

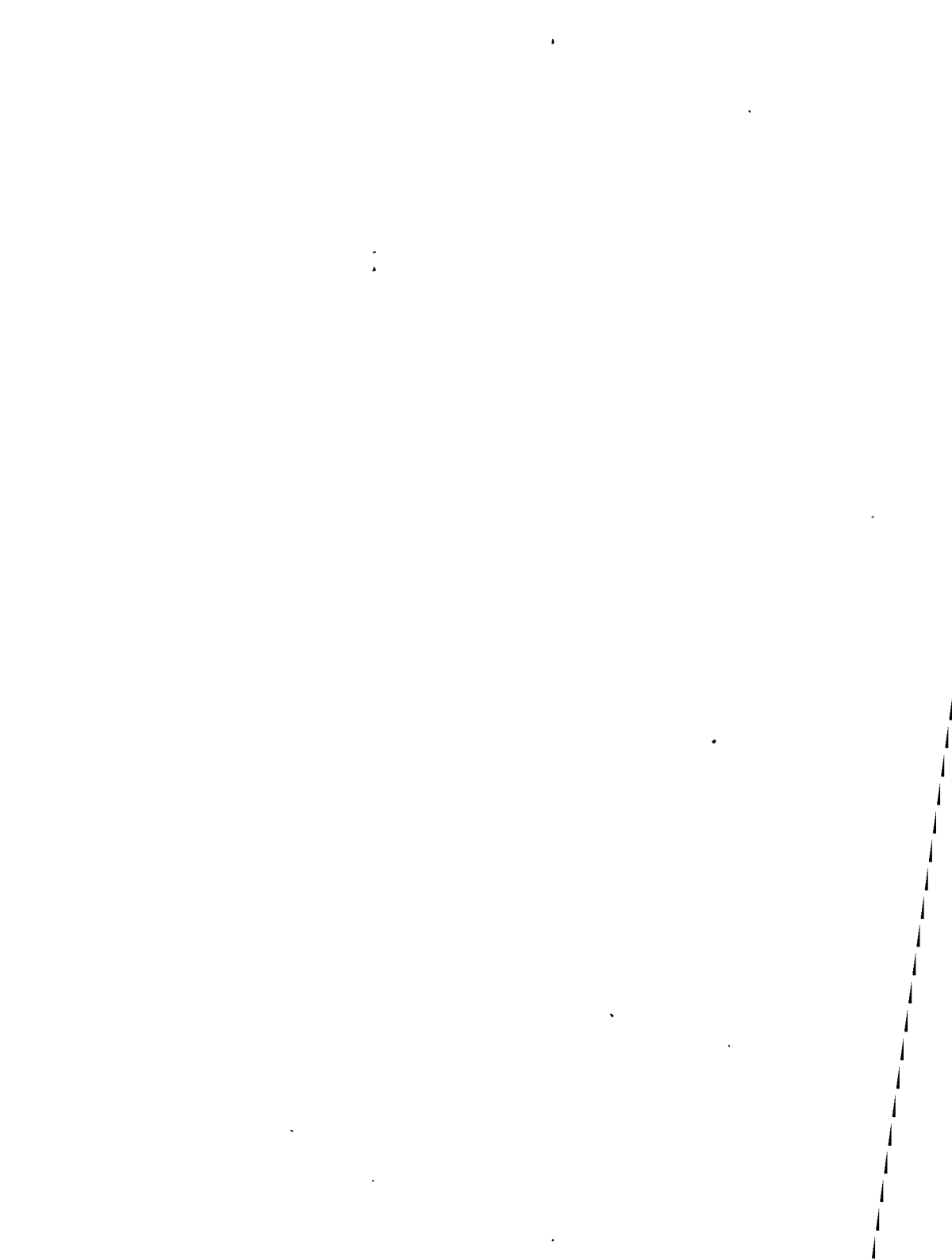
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LX • Mayo - Junio 1984 • Núm. 562



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carifianos.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El principio de territorialidad de la legislación hipotecaria», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	513
«El nuevo asiento de presentación (Su estructura, los derechos conexos inmobiliarios y la interrupción del proceso registral)», por ANTONIO MANZANO SOLANO	547
«Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», por JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS	625

NOTAS:

«Algunas consideraciones en torno a la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983», por MARIANO ALVAREZ PÉREZ ...	679
--	-----

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y sentencias	711
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	711
2. Jurisprudencia mercantil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.	748
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	754
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO	759

LIBROS:

«Prospettive di riforma del credito agrario», de la Associazione Italiana de Cultori di Diritto Agrario, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.	765
«Derecho familiar peruano», de HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	768
«El Consejo Real de Castilla (1385-1522)», de SALUSTIANO DE DIOS, por MANUEL MEDINA DE LEMUS	770
«Principios registrales», de J. A. DORAL GARCÍA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	773
«Agrarrecht in Europa», de ALFRED PIKALO y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	776
«Autores, coautores y propiedad intelectual», de C. ROGEL VIDE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	780

ESTUDIOS

El principio de territorialidad de la legislación hipotecaria

SUMARIO: I. *El principio de territorialidad.*—II. *Diferentes clases de leyes.*—
III. *La legislación hipotecaria:* a) Posición histórica. b) Legislación vigente.
c) La problemática constitucional.

I. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Organizada España en su proyección como nación en diferentes comunidades autónomas, afloran a la problemática jurídica múltiples cuestiones que ponen nuevamente de manifiesto la necesaria solución al sistema de la variedad de legislaciones y a los límites que pueden ponerse a la eficacia de la normativa jurídica.

Aunque la Constitución española, al referirse a España como «Estado social y democrático de Derecho», no aluda a uno de los elementos componentes del mismo, cual es el territorio, sí lo tiene presente al considerar a la nación «indivisible» y al aceptar implícitamente la tesis de GIERKE que entiende al territorio no sólo como un elemento físico, sino necesario para la existencia misma del Estado. También creo que sin un propósito definido al hablar el artículo 2.º de la Constitución de «nacionalidades y regiones» que la «integran» se hace pareja la expresión con ese concepto alemán de la parte constitutiva o integrante que sólo puede aplicarse a las cosas complejas o compuestas. Partes integrantes, según nos explicaba el Profesor CASTÁN (1), «son aquellos elementos componentes de un todo que, teniendo una cierta autonomía, están coaligados entre sí para formar aquél». Claro que, a diferencia de lo que sucede en la normativa del Código alemán, que a su vez llega a la distinción de partes integrantes «separables e inseparables», aquí todas las par-

(1) CASTÁN TOBEÑAS (J.): *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1949.

tes integrantes son inseparables, pues el todo forma unidad indivisible y solidario. Puede haber autonomía, pero no separación.

Triunfa de esta forma aquella genial visión de IHERING (2), quien en las primeras páginas de su conocida obra *El espíritu del Derecho romano* hablaba de que «la importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. Los males sufridos por los pueblos bajo las cadenas romanas se han trocado en ventajas para la historia y los pueblos. Gracias a Roma fue restaurada la unidad del antiguo mundo; por haberse reunido en Roma los hijos de la vieja civilización fue posible la nueva civilización cristiana. Sin el centralismo de la Roma pagana no habría nacido la Roma cristiana».

De todas formas, si al referirse al Estado o a la nación española la Constitución no hace alusión al territorio, sí es cierto que la palabra y el concepto lo utiliza en otros diferentes pasajes. Es importante la expresión «integridad territorial» que maneja el artículo 8.º al encomendar a las Fuerzas Armadas su defensa. Igualmente es importante destacar la expresión «territorio nacional» que plasma el artículo 19 al deslindar un poco alegremente el espacio físico en el que pueden «circular y residir» los españoles. Utilizo el adverbio «alegremente» porque extrañamente no se ha tenido en cuenta la ficción jurídica de la extraterritorialidad.

Aparece de nuevo el término territorio cuando al definir la estructura de las dos Cámaras que forman las Cortes Generales del Estado dice del Senado el artículo 69 que es la Cámara «de representación territorial», con lo cual se está refiriendo al concepto de ente territorial que GARCÍA DE ENTERRÍA (3) atribuye a la región, la provincia y el municipio. En el artículo 132, 2, también se usa la expresión territorio referida esta vez a algo que no es tierra firme, sino soberanía: «el mar territorial». La Constitución sigue utilizando el territorio en forma frecuente a partir de los artículos 137 y siguientes para explicar la «organización territorial» del Estado, lo cual obliga a aceptar la tesis del autor citado anteriormente, donde además de a los municipios y provincias es preciso considerar como entes territoriales a las Comunidades Autónomas. Culminan las referencias al territorio como elemento constitutivo del concepto de Estado cuando se otorga competencia jurisdiccional «en todo el territorio español» al Tribunal Constitucional (art. 161) y cuando se habla de territorios dotados de régimen provisional de autonomía o de derechos históricos de los territorios forales.

(2) IHERING (R. von): *El espíritu del Derecho romano*. Abreviatura. Revista de Occidente, Buenos Aires (Argentina), 1947.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA (E.) y FERNÁNDEZ (T. R.): *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, 1980.

Partiendo, por todo ello, de la existencia de un «territorio nacional» y diversos entes territoriales, con territorio y funciones propias, aparte de con legislación especial o foral, el problema jurídico esencial es la determinación de cómo debe ser entendido el principio de la territorialidad de las leyes. Aparentemente todo parece solucionado con los artículos 148 y 149 de la Constitución española, que, sin embargo, son un auténtico martirio de interpretación de competencias. Ya lo examinaremos con detenimiento cuando lleguemos a la particularización hipotecaria del principio.

No sé muy bien si la reserva con carácter exclusivo de la competencia de las materias a que se refiere el artículo 149 de la Constitución implica o no plasmar en la misma el principio de territorialidad, pero no cabe duda, sigamos la tesis clásica o la crítica hecha por Kelsen a la misma, que el territorio, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA (4), es en todo caso una esfera de vigencia, un espacio delimitado dentro del cual rige un ordenamiento o se aplica una competencia concreta: es un espacio físico en el cual se pueden ejercer válidamente sus competencias. Por tanto, todas aquellas leyes que se dicten en ejercicio de esa reserva de exclusiva están llenas del principio de territorialidad. Son aplicables en todo el territorio nacional. Son leyes territoriales, aunque el término no sea muy correcto en la clasificación que luego veremos.

Repristinar aquí el principio de territorialidad perteneciente al campo del Derecho internacional puede parecer un tanto extraño, ya que aquí al no tratarse más que de Comunidades Autónomas, algunas de las cuales tienen especialidades legislativas, no supone un conflicto entre soberanías, sino de coexistencia de legislaciones diversas dentro de un mismo Estado. Pero de cualquier forma puede servir para la delimitación de competencias, y en cualquier caso para ver las diferencias.

Según el principio de la territorialidad, de origen feudal, el axioma que lo regía era el de que las leyes «no valen fuera del territorio que las estatuye» (*leges non valent extra territorium statuentis*). La aplicación del principio tiene su máximo alarde en la escuela holandesa del siglo XVIII y posteriormente en la anglosajona del XIX, siendo sus dogmas, según explica CASTÁN TOBEÑAS (5), de un lado, la territorialidad absoluta de la ley, sin limitación alguna de carácter propiamente jurídica (el Estado es absolutamente omnipotente dentro de su territorio y absolutamente impotente más allá de sus fronteras), y de otro, la admisión de la ley extranjera por razones de cortesía. Más progresivo era el sistema de las Partidas, donde, aunque se partía del principio de la terri-

(4) *Ob. cit.*, pág. 326.

(5) *Ob. cit.*, pág. 240.

torialidad, permitan la aplicación de la norma extranjera en ciertos casos. De la aplicación y formulación del principio podemos sacar estas conclusiones:

- 1) Las Comunidades Autónomas carecen de poder para dictar normas fuera de su territorio y están imposibilitadas para incluso dictar normas interpretativas de las aplicables generalmente en todo el territorio nacional.
- 2) Aquellas Comunidades Autónomas con derechos civiles, forales o especiales pueden conservarlos, modificarlos y desarrollarlos, allí donde existan. Es decir: la Comunidad Autónoma parece omnipotente dentro de su territorio e impotente fuera de él.
- 3) Todas las normas que el Estado español se reserva en exclusiva tienen aplicación territorial en todo lo que constituye la nación española. La omnipotencia es absoluta.
- 4) Para poder resolver los posibles conflictos de leyes diversas y determinar la aplicable en su caso el Estado tiene facultades absolutas fijando a través del Código Civil el sistema adecuado.

Quiero creer que esto es así y que la función del territorio es la que ha guiado al que elaboró el texto constitucional y la que de hecho existe en ese ensayo de Estado casi federal. Aparte de las consideraciones anteriormente hechas debemos fijarnos en la materia 22 del párrafo 1.º del artículo 149 de la Constitución, en donde el territorio va ligado inevitablemente con la legislación. Me refiero a la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, ya que si las aguas sólo discurren por un territorio de Comunidad Autónoma es ella la que legisla, mientras que si discurren por más de una surge la legislación impuesta por la general del Estado. El tiempo dirá si la solución puede ser justa y si con ello conseguimos una legislación general de aguas de auténtica eficacia. Pero el territorio es determinante, aunque en regiones como la almeriense de poco le vale la regulación en exclusiva de sus cauces secos.

II. DIFERENTES CLASES DE LEYES

He intentado destacar cómo la Constitución española, a pesar de no incluir en esa especie de concepto que da del Estado español el término territorio, sin embargo, luego lo utiliza con gran profusión e incluso, según mi punto de vista, hace aplicación del mismo a los efectos de determinar competencias legislativas y aplicación de leyes. No obstante, la

mayor parte de los comentaristas del texto constitucional no hacen referencia al tema, y entre las diferentes clases de normas que entienden recogidas en la Constitución ninguna la consideran como territorial.

Sin propósito de agotar materia, porque ya son muchas las publicaciones que han aportado criterios interpretativos al texto constitucional, citaré dos o tres autores y sus clasificaciones. Verdaderamente que si uno acude a la teoría general del Derecho, y particularmente al estudio de la norma jurídica, resulta difícil encontrar autores que hagan especial aplicación del principio de territorialidad o no de la norma. Atienden, eso sí, a la estructura y la técnica de su aplicación, a la eficacia frente a la voluntad de los particulares, al ámbito objetivo de su aplicación y a la relación con los principios informadores del sistema jurídico. Sólo en la clasificación que se apoya en el ámbito objetivo puede aflorar lo que supondría una norma territorial.

LINDE PANIAGUA (6) hace un alarde interpretativo de las diferentes clases de normas admitidas por la Constitución. Distingue las siguientes:

- a) *Leyes orgánicas*.—Versan sobre un conjunto de materias especificadas en la Constitución y su aprobación y modificación o derogación exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (artículo 81, 1 y 2).

MENDOZA OLIVÁN (7), al referirse a esta clase de leyes, critica no solamente la denominación, pues hablar de leyes orgánicas es referirse a leyes sobre «organización de las instituciones básicas del Estado», y repasando la lista vemos, en el artículo 141, 1, que debe ser orgánica la ley que modifique los límites provinciales; igualmente la crítica se extiende a los criterios definidores de su ámbito material y a la consideración de carecer dichas normas de rango superior o jerarquía respecto de las ordinarias.

Mi punto de vista, proyectado sobre la idea de la territorialidad, es que la Constitución al introducir estas normas se ha fijado más en el aspecto formal del voto que en cualquier otro requisito para su caracterización. Puede haber dentro de esa lista de materias reservadas a la ley orgánica leyes territoriales y otras que no lo sean.

- b) *Leyes refrendadas*.—El estudio que de estas materias hacen los autores citados brinda el principal problema que suscita y que

(6) LINDE PANIAGUA (E.): *Lecturas sobre la Constitución española*, Facultad de Derecho, Madrid, 1978, pág. 251.

(7) MENDOZA OLIVÁN (V.): «Tipología de leyes en la Constitución», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 79, 1979.

aquí deja de ser importante a nuestros fines. Esto es, la problemática se centra en si las leyes orgánicas o las ordinarias en cuanto «decisiones políticas de especial trascendencia» deben ser sometidas a referéndum.

- c) *Legislación delegada*.—Tanto por la forma como por la limitación de que el objeto de la delegación comprenda a las leyes orgánicas y a las ordinarias, la materia deja de tener trascendencia a los fines que nosotros nos proponemos. El principio de territorialidad no podría nunca informar una legislación delegada de la que se excluyen, como señala MENDOZA OLIVÁN (8) en su trabajo, las leyes orgánicas y las materias objeto de reserva constitucional de ley ordinaria.
- d) *Decretos-leyes*.—El carácter de provisionalidad con el que se reviste al decreto-ley hasta tanto no se pronuncie sobre las mismas el órgano soberano, margina la problemática de la territorialidad hasta que la convalidación convierta en definitivo lo que no pasa de ser un proyecto de ley.
- e) *Legislación de las Comunidades Autónomas*.—Dice Joaquín Tomás VILLARROYA (9) que la Constitución reconoce la existencia de leyes estatales y de leyes de las Comunidades Autónomas; procura fijar las relaciones entre unas y otras; admite la posibilidad de que las distintas Comunidades regulen de manera diversa una misma materia. Toda esta trama de normas y relaciones exige la coordinación que establece el artículo 150, a través de tres clases de leyes estatales que se proyectan sobre la función legislativa de las Comunidades Autónomas: las leyes-marco, las leyes de transferencia, las leyes de armonización. El tema está estudiado ampliamente por el autor citado, además de por Enrique ARGULLOL MURGADAS (10), José BERMEJO VERA (11), José Luis CASTRO SOMOZA (12), Luis COSCULLUELA

(8) *Ob. cit.*, págs. 79 y ss.

(9) VILLARROYA (J. T.): «Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 141, 1979.

(10) ARGULLOL MURGADAS (E.): «Los límites de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, volumen I, pág. 229, 1979.

(11) BERMEJO VERA (J.): «El principio de reserva legal en las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 36, 1979.

(12) CASTRO SOMOZA (J. L.): «Las leyes de las Comunidades Autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y de 1978», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 463, 1979.

MONTANER (13) y Rafael ENTRENA CUESTA (14), entre otros. Casi todos ellos sitúan al territorio como límite de la legislación autonómica, de su vigencia y eficacia. Con mayor precisión, Joaquín Tomás VILLARROYA (15) entiende que las Comunidades Autónomas se hallan sujetas a un límite territorial en un doble sentido: de una parte, deben contener sólo normas que regulen situaciones o relaciones que surjan y se desarrollen dentro de su territorio, y de otra, no deben contener normas que puedan producir efectos fuera del mismo. Este autor reconoce que el principio no es absoluto, ya que en ciertos casos las disposiciones autónomas pueden producir y producirán efectos extraterritoriales (protección del medio ambiente, del turismo, regulación de ferias interiores, cooperación, etc.).

Por su parte, Enrique ARGULLOL MURGADAS (16) plantea el problema con profundidad y entiende que el límite del territorio puede tener dos lecturas diferentes: como límite de validez y como límite de eficacia. En el primer caso se alude a que las Comunidades Autónomas no pueden regular situaciones u objetos no localizados en su territorio. Con la segunda acepción se afirma que las leyes comunitarias no pueden producir efectos que repercutan en ámbitos extracomunitarios. Para el autor citado el límite territorial es de «validez» en base de que la aco-tación de los efectos extraterritoriales de las leyes comunitarias sólo se producen en ciertas circunstancias.

Desde mi punto de vista no creo que es recomendable la distinción del límite territorial como límite de validez o de eficacia, pues si bien en el campo del hecho y negocio jurídico el acto puede ser eficaz, aunque no sea válido, o viceversa, válido, pero no eficaz, en el campo de la norma resulta sumamente peligroso utilizar esta contraposición, aunque sea sometida al aspecto territorial. Las normas de las Comunidades Autónomas sólo son válidas y eficaces dentro del territorio para el que se dictan, con alguna excepción, como hemos visto antes, y en todo caso nunca tienen efectos extraterritoriales como la normativa del Estado, que «será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»

(13) COSCULLUELA MONTANER (L.): «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 539, 1979.

(14) ENTRENA CUESTA (R.): «La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, página 671, 1979.

(15) *Ob. cit.*, pág. 164.

(16) *Ob. cit.*, pág. 242.

(artículo 149, final). Es decir, que aparte del principio territorial que se aplica a la normativa exclusivamente reservada al Estado español, las normas del mismo que sean sobre materias reservadas a las legislaciones comunitarias tendrán efecto extraterritorial, como supletorio de la normativa especial.

Tras estas brevísimas consideraciones de carácter general sobre la influencia del principio territorial en la actual Constitución española, ampliando el mismo a todo el territorio nacional o restringiendo su eficacia al de cada una de las Comunidades Autónomas, vamos a proyectar todo el sistema constitucional en una de esas materias que, a nuestro entender, está incluida en la reserva en exclusiva por parte del Estado español que hace el artículo 149, 1, 8.^a, al hablar de la «ordenación de los registros», y que inevitablemente tiene contactos con las instituciones civiles y forales que se respetan en ciertos territorios. Nos estamos refiriendo a la legislación hipotecaria.

III. LA LEGISLACION HIPOTECARIA

Creo que para llegar a la actual problemática constitucional se hace preciso una regresión histórica al momento en que surge la legislación hipotecaria, el examen de la legislación vigente al momento de aprobarse la Constitución y el encuadre que la misma debe tener en el marco que se estructura. Entiendo —y así lo anticipo— que la legislación hipotecaria tiene un ámbito de validez y eficacia que se expansiona a todo el territorio nacional y, por supuesto, es obligatoria para todos los españoles, sea cualquiera su condición. Es decir, su mandato es personal, de una parte, y territorial, de otra.

A) POSICIÓN HISTÓRICA

No creo que sea muy necesario exponer las razones que movieron al legislador para publicar la primitiva Ley Hipotecaria, pues de todos es conocido el hecho de que su publicación y aprobación se debió a un fracaso sufrido en la Codificación de carácter unitario que se pretendió con el proyecto de Código Civil del año 1851, elaborado por la Comisión General de Códigos creada en 1843. CASTÁN TOBEÑAS (17) explicaba cómo ese fracaso provocó que se desistiera por algunos años (casi treinta años) de llevar a efecto la codificación civil total y se optase por la publicación de «leyes especiales». Respondiendo a este cambio de orienta-

(17) *Ob. cit.*, pág. 60.

ción apareció la Ley Hipotecaria de 1861, verdadero código de la propiedad *territorial*, dictado con carácter de generalidad para todo el territorio español.

Habría que insistir poco para demostrar el carácter territorial de la primitiva Ley Hipotecaria, pero existen bases suficientes para la demostración de este carácter. Voy con ciertas citas de importancia. El proyecto de ley presentado por el Gobierno al Senado en la sesión del día 3 de julio de 1860, que se aprueba el 25 de octubre de 1860, siendo Ministro de Gracia y Justicia Santiago Fernández Negrete, en su artículo 1.º dispone que «el proyecto de Ley Hipotecaria, presentado por el Gobierno a las Cortes, se publicará desde luego como ley en la Península e islas adyacentes». Independientemente del concepto de «*península*» que el legislador concediese a la Ibérica, es lo cierto que aflora en la disposición la idea del «*territorio*».

Igualmente son muy significativas las últimas frases con que termina la conocida exposición de motivos que precede al texto de la Ley Hipotecaria, y que, refiriéndose a la Comisión, dice: «Tiene, sin embargo, la profunda convicción de que si se acepta el proyecto será un gran progreso en nuestras instituciones civiles, precursor de otros que, *dando unidad a nuestro Derecho en todas las divisiones territoriales*, aproximen la época en que llegue a ser una verdad el principio escrito en la Constitución de que un solo Código Civil rija en toda la Monarquía.» Cualquier comentario adicional que podríamos hacer empañaría la idea que guía la redacción de ese párrafo transcrito.

Aparte de que el momento histórico impedía cualquier otra solución, es evidente que no podía realizarse una legislación de este tipo sin acogerse al principio territorial, pues la publicidad en que se basaba y se basa impedía cualquier clase de distingos por razones de territorio o legislación específica, especial o foral. Hubiese sido injusto el establecer un sistema distinto de publicidad —con miras iniciales al crecimiento del crédito—, pues ello no hubiera creado más que problemas en la adquisición de fincas y en la constitución de garantías sobre ellas, sueditándolo todo a la diferente condición territorial o regional del adquirente o transmitente. Aparte de ello —y cuando se decida la institución registral a la aportación de los datos de sus realizaciones—, podrá verse cómo las industrias textil, hidráulica, metalúrgica, minera, ferroviaria, etcétera, tuvieron auténtica floración merced a la protección registral del crédito y su garantía y todas ellas o la mayoría estuvieron situadas en esas zonas o regiones de España que en la actualidad han reclamado derechos históricos para su autonomía.

Por todo ello, y en otra publicación⁽¹⁸⁾, me he permitido establecer en forma sintética los caracteres que a mi entender perfilan la primitiva Ley Hipotecaria y que ahora reproduzco:

- 1.º *Es una legislación de carácter urgente.* — Es curioso cómo en aquella época *sin velocidades* se hablase ya de «urgencias». Pero así fue y así lo refleja el Real Decreto de 8 de septiembre de 1855 al decir que «pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias». Igualmente el discurso de presentación del proyecto de Ley Hipotecaria que el Ministro Fernández Negrete dirige a las Cortes se inicia con la idea de la urgencia, «convencido el Ministro que suscribe de la urgente necesidad de reformar nuestra defectuosa legislación hipotecaria...»

Esta urgencia podría estar mediatizada por el condicionamiento de que cuando llegase la hora de la formulación de un Código Civil unitario o armónico su texto se incorporase al mismo como una parte diferenciada del Derecho de cosas. No sucedió así, pues el Código, como de todos es sabido, no hace más que reproducir ciertos artículos de la Ley Hipotecaria y remitirse a la misma en forma genérica en el artículo 608 y en otros varios del mismo. Es legislación «especial».

- 2.º *Legislación territorial y general.* — Así como dentro del Código Civil se reconocen en su finalidad *armónica* la existencia de diversos derechos coexistentes con el general y llamados forales, la legislación hipotecaria tuvo, desde su comienzo, un carácter territorial y general para toda España, sin perjuicio de que en el régimen de publicidad que se establecía pudiesen encajar esa serie de variantes forales a las que en la actualidad se refiere en forma genérica el artículo 8.º del Reglamento Hipotecario.

- 3.º *Legislación ultramarina, de terceros e innovadora.* — Agrupo estos caracteres que en el fondo no añaden nada a la postura que defendemos, pues el hecho de que esa legislación se aplicase en Cuba, Puerto Rico y Filipinas, así como que influyese en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas, no supone más que un prestigio que enaltece al sistema elegido. El hecho de que sea una ley de terceros, como durante un prolongado tiempo se la conoció, es un carácter técnico que pone de manifiesto la eficacia de la inscripción frente al tercero protegido y que viene

(18) CHICO Y ORTIZ (J. M.): *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Marcial PONS, vol. I, 1981.

a garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Por último, que sea una legislación innovadora expresa que no es una simple concreción u ordenación de una conciencia tradicional, obedeciendo a principios emanados de la razón legislativa.

B) LEGISLACIÓN VIGENTE

La publicación del Código Civil —aparte de otras cuestiones que no son objeto de este momento traer a colación— supuso, como dice SANZ (19), una posición de respeto íntegra y de consolidación del sistema hipotecario que ya gozaba de un gran arraigo en nuestra Patria. Salvando la etapa de la modificación hipotecaria de 1869 y de 1909 es preciso llegar a la legislación vigente de 1944-46, que es la que nos puede dar la pauta de si la ley continúa con el carácter de territorialidad que estamos predicando.

La legislación vigente está constituida por la Ley ya dicha y el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, Decreto de 8 de octubre de 1977 y Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. Todo ello forma un conjunto dispositivo que se integra en lo que la Constitución española denomina «Ordenamiento jurídico» (art. 9.º). Sigue estando informada esta legislación por el principio de territorialidad, aplicándose indistintamente en todo el «territorio nacional». Así lo demuestran las siguientes consideraciones:

- El hecho de que el Código Civil respete en su consideración de legislación especial a la Ley Hipotecaria, según hemos visto dispone el artículo 608. Antes de la reforma del Título preliminar del Código Civil por Ley de 17 de marzo de 1974 el artículo 16 hablaba de fuente supletoria de segundo grado ante una ley especial, y ahora la idea se mantiene, aunque no se hable de legislación especial y sí de «otras leyes» (art. 4.º, 3).
- El Reglamento Hipotecario vigente acepta en su artículo 8.º la existencia de regulaciones peculiares en las legislaciones forales y admite su inscripción según las mismas. Precepto éste que no hace más que reproducir lo que ya decía el artículo 2.º del Reglamento para la ejecución de la primitiva Ley Hipotecaria: «Los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias regidas por fueros especiales, y producen respecto a los bienes inmuebles o derechos reales cualquiera de los efectos indi-

(19) SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Madrid.

cados n el artículo precedente, estarán también sujetos a inscripción. Tales son, entre otros, el usufructo conocido en Aragón con el nombre de viudedad, el contrato denominado en Cataluña heredamiento universal y otros semejantes, siempre que hayan de surtir alguno de los mencionados efectos.»

- El texto de la Ley Hipotecaria, que en su artículo 15 recoge y regula la inscripción y efectos de las legítimas propias de la legislación especial catalana; la admisión en el artículo 14 del contrato sucesorio; las referencias a instituciones forales en el artículo 20, etc.
- Por último, una consideración de carácter general. El principio de seguridad jurídica en su proyección de seguridad del tráfico exige en forma imprescindible un tratamiento unitario dentro de un sistema. Elegir diferentes sistemas y darles aplicaciones según los territorios componentes del todo nacional provocaría una inseguridad que iría contra el principio constitucional que luego veremos. Aparte que, como ya apuntaba ROCA SASTRE (20) en su necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano, solamente razones familiares y sucesorias apartan la legislación civil de las forales, y estas particularidades tienen perfecto encaje en el sistema de publicidad y seguridad que brinda la legislación hipotecaria. Solamente con pensar que una finca pueda estar en territorios de diferente Comunidad Autónoma y someterla a diferente publicidad provoca auténticas inquietudes. Si en vez de adoptar el sistema español se acepta el de transcripción francés, el australiano, el suizo o el alemán, la aplicación práctica resultaría penosa y dificultaría enormemente lo que la ley primitiva llevaba consigo: la publicidad protectora.

C) LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

El problema que ofrece la Constitución ha sido tratado con cierta minuciosidad por muchos autores, algunos de los cuales serán citados. No resulta pacífico cuando el principio de territorialidad se entremezcla con ese reconocimiento que el artículo 149, 1, 8.^a, hace de la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», pretendiéndose que puesto que el Derecho hipotecario es una parte diferenciada

(20) ROCA SASTRE (R. M.): «Necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, 1943, págs. 335 y ss.

del Derecho civil, podrían legislar especialmente sobre la materia las Comunidades Autónomas allí donde exista un derecho especial. Ya concretaremos la postura más adelante.

En alguna otra ocasión (21) he apuntado cómo las referencias que la Constitución hace a las materias relacionadas con el Derecho hipotecario son diversas y sería por ello una inconsecuencia interpretarlas aisladamente. Debe tenerse muy presente el artículo 9.º de la Constitución, aplicable a todo el territorio español, donde se hace referencia a la «seguridad jurídica» que, como todos saben, lleva consigo la seguridad del tráfico jurídico. Si para lograr esa seguridad en el tráfico se respeta la ordenación del Registro de la Propiedad en todo el territorio, es evidente que cualquier norma autónoma que trate de desvirtuar, interpretar, seccionar la legislación hipotecaria en su conjunto desembocaría en una disposición anticonstitucional. De no interpretarse ampliamente el principio de seguridad jurídica quedaría, a mi entender, sin proyección en ciertas materias lo que parece afirmarse de una manera genérica, aparte de ser contrario a toda regla de hermenéutica legal.

Claro que el precepto del 149, 1, 8.ª, habla de «ordenación» y no de «legislación», expresión esta última más tranquilizadora, puesto que es —según dice MUÑOZ MACHADO (22)— la que el Tribunal Constitucional utiliza en su Sentencia de 4 de mayo de 1982, en la que se aclara que cuando la Constitución utiliza aquella expresión para determinar la competencia estatal «incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la *ordenación* jurídica de la materia, que sólo se logra mediante una colaboración entre ley y reglamento». No creo que nadie pueda apoyarse en la falta de utilización de la palabra «legislación» para eludir esa doctrina de la citada sentencia, aparte que ya la regla 8.ª del 149, 1, arranca de un concepto genérico, aplicable a todos los casos que cita, de legislación. Pero, por si fuera poco, quiero hacer una especial cita de mi compañero Pablo CASADO BURBANO (23), el cual en la ponencia que presenta al Congreso de Ju-

(21) CHICO Y ORTIZ (J. M.): «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en la obra *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. «La penetración del Derecho público en el privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1982, pág. 1167.

(22) MUÑOZ MACHADO (S.): *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Cuadernos Civitas, 1979.

(23) CASADO BURBANO (P.): «La legislación hipotecaria en el proceso de las autonomías», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1982, página 697.

risconsultos de Zaragoza en 1981 demuestra el origen de la frase «ordenación de los Registros». Según este autor, en el anteproyecto de Constitución de la República española del año 1931, la Comisión Jurídica asesora citaba como materias que se reservaba en exclusiva el Estado español, nunca delegables en las regiones autónomas, «el Derecho civil, incluso el hipotecario, y salvo lo atribuido a los Derechos forales». Siguiendo al mismo autor, destacamos con él cómo en la historia de las labores constitucionales es la primera vez que se utiliza y denomina a la legislación hipotecaria de esta forma. Parece ser que en la Comisión hubo ciertas discrepancias e incluso se habló de «Derecho inmobiliario», para luego quedar reducido todo a la fórmula que, con leves retoques, va a pasar a la actual Constitución: *la ordenación de los registros e hipotecas*. De todos es conocido el origen de la expresión actual que se tomó de la enmienda que BALLARÍN MARCIAL hiciera en el Senado sustituyendo la palabra hipotecas por la frase «instrumentos públicos». Todo ello viene a demostrar que la frase se está refiriendo a la legislación hipotecaria en su conjunto, aunque por razones de modernidad —y apartándose de la tradición histórica— se utilice la terminología de ordenación de los registros en base de un posible «Derecho registral» en el que, por supuesto, estaría comprendida la legislación hipotecaria vigente. La ordenación de un registro, de otra parte, exige y reclama una legislación.

Hechas estas consideraciones generales, veamos en un examen detallado hasta dónde llega la exclusividad del Estado en esta materia y las interferencias que en ella parecen existir en varios de los Estatutos de las Comunidades Autónomas. Para ello se hace necesario distinguir estos puntos:

- a) *Precisión sobre lo que ha de entenderse por registro.*—Creo que es GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (24) el que hace una cita de mi opinión sobre lo que se debe entender por «ordenación de los registros». Sostenía en el trabajo mío que cita que los registros a que se refiere el artículo 149 de la Constitución eran solamente los «jurídicos», ya que al enlazar la frase con la de instrumentos públicos solamente en los jurídicos se da ese enlace. Posteriormente al trabajo citado he avanzado más, y en otro me reafirmo en mi opinión y alego en favor de ella que la Constitución, acertada o desacertadamente, intencionada o sin intención conocida, separa el registro jurídico del registro adminis-

(24) GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (J. L.): «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos en la Constitución española de 1978», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1982, pág. 1309.

trativo. Así lo demuestra el artículo 105 de la Constitución al decir en su apartado b) que la ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», cosa que sobraba si en la frase «ordenación de los registros» ya hubiera incluido los administrativos. Solamente a los jurídicos está referida la frase, no sólo por razones históricas, sino porque si comprendiese los «administrativos» restringiría considerablemente la competencia que se concede a las Comunidades Autónomas para la «organización de sus instituciones de autogobierno». Permitir, de otra parte, que los que elaboraron la Constitución no supieran distinguir entre la publicidad noticia y la publicidad efecto sería excesivamente fuerte como crítica negativa.

En esta línea de mi postura se mueven diversos autores, aunque algunos discrepen en cuanto a la precisión del número de registros que caben en la locución constitucional. DELGADO ECHEVARRÍA (25) señala que los registros a que se refiere son los civiles (de la propiedad, mercantil y de estado civil). LÓPEZ JACOISTE (26) entiende que la mención relativa a los registros e instrumentos públicos no entraña novedad de fondo, pues tanto la legislación hipotecaria y notarial como sus respectivos reglamentos contaban y cuentan con aplicación general en toda España. LASARTE ALVAREZ (27), al referirse a la frase y a la legislación que comprende, dice que «entre tales leyes de carácter *territorial* general habrá que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria, aunque convenga no echar en olvido a las Leyes de Registro Civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957) ni a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prensas sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en cuanto reguladoras o instauradoras de los registros más significativos (y, en alguna medida, de las instituciones objeto de tales registros, claros es), cuya ordenación corresponde a la legislación civil». Por su parte, ELIZALDE Y AYMERICH (28) entiende que dentro de los registros públicos de índole «civil» deben ser incluidos el Registro de la Propiedad, Registro Civil, Registro de Hipoteca Mo-

(25) DELGADO ECHEVARRÍA (J.): «Los derechos civiles forales en la Constitución», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-septiembre 1979, pág. 162.

(26) LÓPEZ JACOISTE (J. J.): «Constitucionalismo y codificación civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, Madrid, 1978, pág. 605.

(27) LASARTE ALVAREZ (C.): *Autonomías y derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980.

(28) ELIZALDE Y AYMERICH (P.): «Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, tomo II, pág. 762.

biliaria y Prenda sin Desplazamiento, Registro General de Actos de Última Voluntad y Registro de Préstamos Declarados Nulos. Creo que se hace preciso citar a CASADO BURBANO (29), que entiende que la Constitución de 1978 no ha supuesto cambio alguno respecto a la situación anterior, ya que el ordenamiento hipotecario debe seguir manteniendo su ámbito de aplicación general en todo el país, sin que disponga de otra fuente de producción que los órganos legislativos del Estado, tal y como ha venido aconteciendo desde la promulgación de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861. Igualmente, GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (30) mantiene la idea de que los registros que deben ser incluidos en el precepto son los que sean civiles, públicos y jurídicos, que se reducen a los de la Propiedad, Hipoteca Mobiliaria, Prenda sin Desplazamiento, Venta a Plazos y Civil. De todo este conjunto de opiniones se destaca la de Encarna ROCA TRÍAS (31), que pretende, por caminos un tanto dialécticos, llegar a conclusiones distintas. Su opinión merece un comentario más adelante.

Me interesa muchísimo precisar que cuando dije y digo que la frase «ordenación de los registros» se refería a los *jurídicos* únicamente no me refería más que a los que no estaban ya indicados —fueran o no jurídicos— en el resto del artículo 149 de la Constitución. Es decir, que el artículo 149, al enumerar materias, comprende la institución registral que puede estar incluida entre las mismas como elemento de publicidad, tenga ésta un carácter administrativo o jurídico. Piénsese en la nacionalidad, en la extranjería, en la Administración de Justicia, en la legislación mercantil, en la legislación civil, en la de propiedades intelectual e industrial, en la legislación aduanera, aprovechamientos hidráulicos, estadística, etc... No entro en la cualificación de dichos registros, pero sí entiendo que solamente a los jurídicos se refiere la frase «ordenación de los registros». No obstante, quiero significar a mi compañero y amigo GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE que el hecho de trasladar al apartado noveno el Registro de la Propiedad Intelectual no es porque no sea jurídico, sino porque se trata de una legislación especial a la que el Código se remite, aunque la considere incluida en lo que podríamos denominar «legislación civil». Entiendo —aunque éste no

(29) *Ob. cit.*, pág. 714.

(30) *Ob. cit.*, pág. 1326.

(31) ROCA TRÍAS (E.): «El derecho civil catalán en la Constitución de 1978», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, enero-marzo 1979, pág. 31.

sea lugar oportuno para demostrarlo— que el Registro de la Propiedad Intelectual tiene muchas notas que lo acercan más a lo jurídico que a lo administrativo. Ya lo demostré en otra ocasión (32).

- b) *Contenido sustancial del ordenamiento hipotecario.*—Aceptada la idea de que la legislación hipotecaria es la que regula la ordenación de los Registros de la Propiedad, su conjunto armónico constituido por la Ley y el Reglamento son los únicos que deben regir en materia de publicidad. En las conclusiones que saca CASADO BURBANO (33) así lo dice: «ha mantenido en cuanto a la legislación hipotecaria el criterio tradicional, reservando en todo caso al Estado la competencia exclusiva en cuanto a la ordenación de los registros, expresión en la que, igualmente, hay que considerar incluida toda la legislación hipotecaria, careciendo de relevancia la falta de alusión expresa a las 'hipotecas' en el nuevo texto».

Pero todo ello es necesario argumentarlo más a fondo, siendo a mi entender tres o cuatro los problemas que deben ser resueltos: la postura foral, con su nueva tendencia del Congreso de Zaragoza del año 1981; la posibilidad o no de la reclamación en exclusiva por parte de las autonomías de la regulación de las hipotecas; las consecuencias de la calificación registral, habida cuenta las referencias que a la misma se hacen en los Estatutos de algunas Comunidades y la actual reforma del Reglamento Hipotecario, que parece chocar con disposiciones forales. Todo ello lo voy a tratar en forma resumida para no hacer interminables estas notas, pero comprendo que requiere una mayor densidad de páginas, ideas y aportaciones.

- *La cuestión foral.* Diversos han sido los criterios que han intentado solucionar la pluralidad de regímenes existentes en nuestra Patria en orden a la regulación de ciertas instituciones de carácter civil y que impidieron en su día una codificación unitaria.

No es difícil resumir las etapas por la que esta cuestión foral ha transcurrido, y que van desde la conquista del fracaso de un Código unitario hasta la solución armónica de un Código con respeto de la legislación foral a base de apéndices y que

(32) CHICO Y ORTIZ (J. M.): «Presente y futuro de la Propiedad Intelectual». Conferencia pronunciada en el Centenario de la Ley y publicada por el *Boletín de la ANABAD*, enero-marzo 1979, núm 1.

(33) *Ob. cit.*, pág. 716.

se prolonga posteriormente en el escalón que representa el Congreso Nacional de Derecho Civil que se celebró en el año 1946 y que concluyó afirmando la realidad del derecho foral, el apartamiento del sistema de apéndices y la posibilidad de la formación de un Código único que recoja las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y las peculiaridades de algunas regiones, previa su compilación.

Las Compilaciones de los respectivos territorios forales se han publicado, y lo que podía haber cristalizado en un Derecho unitario se ha convertido en un pozo de discordias y reivindicaciones. Sería muy difícil contar sin apasionamiento lo sucedido en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1981, al que dio pie esa imprecisa frase del artículo 149, 1, 8.ª, de la Constitución, en orden a los derechos forales. Al oír voces apasionadas por el tema foral me sentía auténticamente culpable de no pertenecer a alguna de esas regiones forales. Lo cierto es que al llegar el momento de las conclusiones, elaboradas con auténtica maestría numérica y aparentemente democrática, se estableció la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho civil, entendiendo que como legislar es innovar el Derecho actual puede ser ampliado hasta donde permitan sus principios inspiradores. Igualmente se entendió que era competencia de dichas legislaciones autónomas el tema del «desarrollo» de su Derecho, acomodándolo a las nuevas necesidades, y se afirmó que la Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil; a pesar de que dicha Constitución, como hemos visto, parte del criterio de unidad (art. 2.º).

Me imagino que de nada servirían las palabras finales del entonces Ministro de Justicia Pío CABANILLAS, quien, arrancando desde el Derecho romano hasta la Constitución de 1978, hizo un auténtico alarde de comprensión y conciliación, pues si bien afirmó que la «foralidad es, hoy, un valor constitucional, que sólo tiene como límite la propia Constitución», y que «aunque la fórmula empleada por el artículo 149, 1, 8.ª, presente a los derechos forales como una excepción, no por eso tienen carácter excepcional, pues la excepción se pone precisamente a la potestad legislativa estatal: potestad de legislar que pasa, en materia civil, para las regiones de fuero, a la correspondiente Comunidad Autóno-

ma», pero también señalaba la existencia del problema del alcance de esa potestad y la gran posibilidad de una unidad civil conseguida por el acuerdo y la voluntad de los territorios en aquellas materias que se considere viable y útil en esa línea de leyes uniformes en la Europa del Mercado Común.

El marco de la Constitución y esa posibilidad que ofrece el artículo 150 de la misma de que el Estado español dicte leyes para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a éstas, cuando así lo exija el interés general, son los dos únicos límites que esa labor de desarrollo de su derecho peculiar puede tener.

- *Autonomía para crear derechos reales.* Teniendo en cuenta la dirección apuntada y avalada por el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1981, nada es de extrañar que antes del mismo Encarna ROÇA (34) ya mantuviese una peregrina idea, y es la de que habiendo desaparecido de la frase «ordenación de los registros» la palabra «hipotecas» y haberse sustituido por la de «instrumentos públicos», diferencia notable con la Constitución de 1931, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas la creación o supresión de determinados tipos de derechos reales de garantía, siempre que se ajusten a las condiciones de publicidad que, a través de la organización de los Registros, establezca el Estado. Claro que para ella la frase «ordenación de los registros» está referida exclusivamente a la «organización de la fe pública en el territorio español».

La omisión de la palabra «hipotecas» no debe entenderse nunca como un argumento para traspasar funciones a las Comunidades Autónomas, pues ello sería aceptar como principio general el que dijera: «en todo lo omitido serán competentes las legislaciones forales». No; eso es un sofisma. Los artículos 148 y 149 delimitan expresamente las materias que son de competencia del Estado y de las Comunidades, y a éstas se les concede «la conservación, modificación y desarrollo... de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», y la hipoteca no ha existido en dichos territorios como figura peculiar de los mismos, sino que ha venido regulada desde la Ley territorial de 1861 por el orde-

(34) ROÇA TRÍAS (E.): *Ob. cit.*, pág. 31.

namiento hipotecario. LASARTE (35) entiende, en esta línea que apunto, que la alteración textual del inciso constitucional no hace palidecer el verdadero sentido de la reserva constitucional: la ordenación de los registros, con referencia expresa a las hipotecas o sin ella, pretende consagrar constitucionalmente una situación conocida desde hace largo tiempo y que, en pocas palabras, resumiría diciendo que se trata de resaltar que todos los territorios españoles estaban sometidos con anterioridad a la Constitución —y, en su caso, antes incluso del Código Civil— a unas mismas leyes en determinadas materias civiles en las que la instauración de la publicidad registral significó al propio tiempo una modificación de la regulación material. Entre tales leyes de carácter territorial general habría que destacar, por supuesto, a la Ley Hipotecaria. En esa misma dirección cabe apuntar a CASADO BURBANO (36), GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (37), LÓPEZ JACOISTE (38), ESPÍN CÁNOVAS (39), SALELLAS (40), etcétera.

Sería difícil alegar nuevas razones para defender esa exclusiva, pero se me antoja que la Sentencia del Tribunal Constitucional ya citada de 4 de mayo de 1982 resulta aleccionadora para entender lo que es «legislación» y lo que se comprende dentro de la misma. Igualmente el principio de «seguridad jurídica» al que antes me refería es muy importante mantenerlo sin una regulación especial que pueda alterar su aspecto de «seguridad del tráfico», sobre todo cuando el artículo 139, 2, establece como principio el de «la libre circulación de bienes en todo el territorio español». También, con GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE (41), podría alegarse que la ejecución hipotecaria es materia jurisdiccional que escapa a la competencia autonómica. Por último, aunque sea forzar el argumento, si seguimos la pauta que marca la Resolución de la Dirección General de los Registros de 1 de

(35) *Ob. cit.*, págs. 194 y ss. (*Revista de Estudios Regionales*, vol. II, Sevilla, 1980).

(36) *Ob. cit.*, pág. 712.

(37) *Ob. cit.*, pág. 1328.

(38) *Ob. cit.*, pág. 605.

(39) ESPÍN CÁNOVAS (D.): *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1979, página 100.

(40) PUIG SALELLAS (J. M.): «El concepto del Derecho civil catalán en el Estatuto de Cataluña», en *Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, 1980.

(41) *Ob. cit.*, pág. 1330.

febrero de 1980, en la que se habla de un préstamo bancario con hipoteca, al cual, siguiendo al Tribunal Supremo, se le califica de mercantil, y en su tercer considerando se dice: «Considerando que la vis atractiva propia de los contratos mercantiles extiende su campo a las vicisitudes que lo acompañan, como pueden ser los actos complementarios o subordinados, tales como la *constitución o extinción de garantías...*», llegaríamos a la conclusión de excluir de la regulación de las Comunidades Autónomas los préstamos bancarios y de cajas de ahorro, garantizados con hipotecas por ser materia mercantil y no civil. Ya sé que el argumento es polémico y extremado, pero más lo es la cita que se hace de D'ORS (42) al decir que la Ley Hipotecaria rige en Navarra no como costumbre conforme a ley, sino contra la ley navarra.

Todo ello no quiere decir que los propios textos forales en los que desarrollen su derecho establezcan las hipotecas, las anotaciones que estimen oportunas para garantizar situaciones de régimen matrimonial, pero sometidas al principio de publicidad y por el cauce del artículo 8.º del Reglamento Hipotecario. Tanto CASADO BURBANO como GÓMEZ LAFUENTE plantean el problema de la creación de nuevos derechos reales por las Comunidades Autónomas, pero entiendo que es tema que sale un poco del objetivo que me he propuesto en estas notas.

- *Consecuencias de la calificación registral.* El tema de la calificación registral entra de lleno en el principio de «legalidad» que se reconoce en forma general en el artículo 9.º de la Constitución y que tiene su proyección en el campo hipotecario en el artículo 18 de la Ley y sus complementarios legales y reglamentarios. La calificación que versa sobre materias de Derecho civil y foral, puesto que la Ley Hipotecaria es territorial, admite la posibilidad de un recurso gubernativo con una fase de alzada ante el Presidente de la Audiencia respectiva y una solución final, sin posibilidad de recurso, por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Teniendo en cuenta las especialidades forales recogidas en las diversas regiones, los programas de ingreso o acceso a las

(42) D'ORS (A.): *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973.

carreras Notarial, Registral y de Letrados de la Dirección General de los Registros y Notariado, contienen con amplitud el estudio a fondo del Derecho foral peculiar de cada región. De ahí que sea fácil el ejercicio de la calificación en dichas zonas, donde la mayor parte de los ciudadanos «intuyen» las especialidades y sus asesores muchas veces no llegan a su pleno dominio. Para esto no hace falta saber el idioma peculiar de la región. En esto sólo puedo alegar mi labor profesional tanto en Cataluña como en el País Vasco, y yo nací en esa Castilla donde el paisaje no nos ampara.

Si seguimos esa línea del Tribunal Constitucional, la marcada por el principio de legalidad, la precisa de la «ordenación de los registros», la unidad legislativa del ordenamiento, resulta difícil aceptar algunas disposiciones de ciertos Estatutos de autonomía en donde se reclama la exclusiva de la resolución de recursos gubernativos en materia de inscripciones sobre temas forales. Por vía de ejemplo cito los siguientes supuestos:

- a') El Estatuto catalán, en su artículo 20, 1, e), dispone «la competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende... a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privado catalán que deben tener acceso a los Registros de la Propiedad».
- b') El Estatuto vasco, en su artículo 14, 1, e), dice que «la competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende... a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo vasco que deben tener acceso a los Registros de la Propiedad».
- c') El Estatuto gallego, en su artículo 22, 1, e), habla de «la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende... a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privado gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad».
- d') El Estatuto aragonés, en su artículo 29, 1, e), dispone que «las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden... a los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad».

Estas citas, que excluyen los Estatutos de Cantabria, Madrid, Andalucía, La Rioja, Asturias, Murcia, Valencia, Canarias y Castilla-La Mancha, no incluyen, sin embargo, el de Navarra y el de Extremadura, que, con propias legislaciones o especialidades forales, podrán decir algo semejante a los anteriores citados. La materia ha sido estudiada en parte por BERNAL QUIRÓS (43), el cual se pregunta, con cierta razón, qué debe pasar cuando se trate de calificaciones múltiples (con defectos que se refieran al Derecho especial y al Derecho común) y lo que debe suceder cuando el conflicto se suscite por personas sujetas a territorio foral con contratos celebrados en territorio de otras autonomías. Los Estatutos vasco y catalán, según dice dicho autor, solucionan el último de los problemas, ya que entienden en los artículos 20, 6, y 25 que las competencias son exclusivas del territorio. Quizá esto mismo pueda predicarse del Estatuto gallego en el artículo 38, 1; del Estatuto de Aragón, en su artículo 42, y de los demás que contengan normas semejantes.

Ello va a provocar un serio sistema de competencias que en el fondo van a atentar a la seguridad jurídica, al principio de certeza y a dar lugar a complicaciones procedimentales. Todos los recursos que no sean referentes a derechos especiales, aunque los bienes estén en el territorio autonómico, deben resolverse por el camino tradicional del Reglamento Hipotecario. Los referentes a cuestiones forales que se celebren en territorio autonómico ajeno a la legislación foral seguirán igualmente el camino tradicional, y para los que sean múltiples de legislaciones diversas deberán arbitrarse normas o entender que como la legislación estatal es siempre subsidiaria de las autonómicas que la competencia rinde culto al criterio tradicional. ¿Por qué complicar tanto las cosas? Creo que no existe un criterio sereno y serio para resolver estos problemas y que todo ello se debe a un exceso en el entendimiento de materias de competencia.

Mi postura es clara en este punto, aun a riesgo de que la decisión del Gobierno y quizá del Tribunal Constitucional sea otra. El ordenamiento hipotecario al que se refiere el artículo 149, 1, 8.ª, de la Constitución no permite estos excesos y estos lujos, pues si es claro que la palabra o expresión

(43) BERNAL QUIRÓS (J. T.): «Notas sobre las repercusiones en el campo registral y notarial de los estatutos vasco y catalán de autonomía», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1980, núm. 157, pág. 364.

«desarrollo» de las legislaciones forales ha ampliado considerablemente la función legislativa de ciertas autonomías, no por ello deben invadir terrenos reservados en el mismo artículo a una legislación unitaria formada por una ley y un reglamento, y todo lo que se legisle en contra de lo dispuesto en las mismas es anticonstitucional, aunque razones políticas, más que jurídicas, puedan inclinar balanzas en otro sentido.

- *Reforma del Reglamento Hipotecario.* Es curioso cómo ciertas legislaciones forales en la plenitud de su Comunidad autonómica han entendido que la última reforma del Reglamento Hipotecario va en contra de sus peculiares normas. Si esto es así, y está pendiente un posible recurso, hay que extraer de ello una primera consecuencia: que se acepta la aplicación territorial del Reglamento Hipotecario, salvo en esa parte de la reforma que por tocar temas del régimen económico matrimonial o de titularidad de bienes privativos se aparta de sus peculiaridades.

Ignoro los motivos y las razones jurídicas del recurso, pero podría adivinarse que los artículos cuestionados son el 90 y 91, referidos a la comunidad matrimonial y a la disposición *de vivienda habitual de la familia*. La razón de la reforma es quizá el argumento más fuerte que puede emplearse contra esa pretensión. El preámbulo del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 aclara suficientemente que la reforma del Reglamento Hipotecario se hace sobre la base de las modificaciones que la Ley de 13 de mayo de 1982 introdujo en el Código Civil, sin que para nada se modificara con ello ninguna legislación foral. Es bien claro que la reforma reglamentaria se está refiriendo al sistema común, pues ya existe en el Reglamento Hipotecario un artículo claro y contundente que protege la expresión registral de cualquier modalidad foral que se aparte de las normas comunes.

- c) *Aspecto orgánico del Registro.*—La frase «ordenación de los registros», a mi entender, comprende no sólo el aspecto sustantivo de la institución registral, sino el adjetivo u orgánico que pueda suponer la designación por concurso de los Registradores a través de lo que castizamente se ha llamado «turno de la vieja» o riguroso turno de antigüedad y la posible demarcación de los Registros según las necesidades del servicio. Ambas cuestiones vamos a comentarlas en forma abreviada y aséptica.

- *Designación de Registradores.* Los antecedentes de las actuales disposiciones estatutarias autónomas hay que buscarlos en la Constitución de 1931 y en el desarrollo que de la misma se hizo en los territorios de Cataluña, Vasconia, Galicia y Aragón. En todos ellos había una cierta intromisión en el nombramiento de Registradores, aunque Cataluña reconocía el nombramiento por el Estado español, exigiendo únicamente el conocimiento de la lengua y el Derecho catalanes; el Estatuto vasco de 1936 para nada se refería a este punto y sí al de los recursos gubernativos; el Estatuto de la región gallega de 1936 también reconocía que el nombramiento de los Registradores debería ser competencia del Estado, pero para ello se condicionaba a que los allí destinados deberían acreditar el conocimiento de las leyes de la región y la lengua gallega; por último, Aragón, en su proyecto de Estatuto de 1936, reconocía el nombramiento de Registradores por parte del Estado, pero antes de tomar posesión deberán demostrar que conocen el Derecho aragonés.

El examen de estas disposiciones resulta hasta cierto punto de crítica pacífica, aunque existe en todas ellas una especie de desconfianza sobre el criterio a aplicar en la legislación propia. No sé las razones que movieron al legislador a establecer estos puntos, pero hay que tener presente que ningún cuestionario de los programas de acceso a las carreras de Registros o Notarías es tan amplio en Derecho foral como el que pudiera ser exigido por esos Estatutos autónomos. Cualquier Notario o Registrador de Madrid —por citar una localidad centralista— sabe más Derecho foral que cualquier funcionario que en las regiones preste sus servicios. Predomina más la reivindicación regional que la evidencia cultural.

Lo expuesto como antecedente se vuelca en la actual legislación autonómica y plasma en diversos Estatutos normas semejantes a las expuestas:

- α) El Estatuto vasco de 18 de diciembre de 1979 es parco en la plasmación del principio, pues dice que le corresponde a la Comunidad Autónoma vasca o del País Vasco la «ejecución» de nombramiento de Registradores de la Propiedad. Para nada dice, en su respetuoso acatamiento a la territorialidad de la Ley Hipotecaria, la exigencia del conocimiento del idioma

vasco, de por sí difícil y poco practicado en la mayor parte del país.

- b') El Estatuto catalán de 18 de diciembre de 1979 es ya más avanzado, pues se reserva el nombramiento por la Generalidad de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de conformidad con las leyes del Estado, aunque, sin embargo, entiende que tanto en los nombrados por concursos como por oposiciones es mérito suficiente la especialización en Derecho catalán. .
- c') El Estatuto gallego de 6 de abril de 1981 entiende que los Registradores serán nombrados por la Comunidad Autónoma de conformidad con las leyes del Estado, siendo mérito preferente, tanto en concursos como en oposiciones, la especialización en materias del Derecho gallego y el conocimiento del idioma del país.
- d') El Estatuto de Aragón de 10 de agosto de 1982 dispone en su artículo 31, 2, que «los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por la Comunidad Autónoma, de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías y Registros los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos, tanto si ejercen en el territorio de Aragón como en el resto de España. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho aragonés, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o vecindad».
- e') El Estatuto de Valencia de 1 de julio de 1982 reproduce la misma idea, y en su artículo 41 dice: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán nombrados por el Consell, de conformidad con las leyes del Estado.» Pero curiosamente nada se dice respecto a lengua o conocimiento del Derecho especial para el Cuerpo de Registradores, refiriéndose únicamente la disposición a los Notarios en la provisión de las vacantes.

Del examen de estas disposiciones sale uno ciertamente confuso y un tanto perplejo, ya que en el fondo de todas ellas hay una gran contradicción, pues si los nombramientos han de hacerse «de conformidad con las leyes del Estado», la única atribución que aparentemente pueden tener esas Comunidades es la materialidad de extender el nombramiento,

que en vez de ser firmado por el Ministro de Justicia lo sería por el Presidente de la Comunidad, cosa que ya, en principio, desvirtúa lo que dispone la ley del Estado, esto es, la Ley Hipotecaria, que atribuye claramente una competencia al Ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero lo que resulta más asombroso y poco comprensible es que a pesar de tenerse que sujetar a «las leyes del Estado» introduzcan como «mérito preferente» la especialidad en el Derecho foral, que ya en la oposición de ingreso se presume demostrada por la extensión que la materia foral tiene en los programas de acceso. Sea cualquiera la forma de acreditarse tal mérito se está incurriendo por los Estatutos en la violación de un principio constitucional que está pidiendo un recurso inmediato: el artículo 139, 1, de la Constitución dice: «Todos los españoles (y, por supuesto, los Notarios y los Registradores) tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.» Pues no; aquí no existe igualdad, ya que si un Notario o Registrador quiere optar a una Notaría o Registro de Soria no se le exige más que los requisitos generales; pero si opta por una de Cataluña, País Vasco, etc., debe acreditar que sabe Derecho foral, y eso es un mérito preferente para poder saltarse en los concursos una, dos o tres promociones. Es como en el antiguo régimen con la disposición que protegía al que ostentaba por méritos de guerra la Medalla Militar.

Sólo una región, la gallega, exige además un examen o demostración del dominio de la lengua propia. No tengo nada contra las lenguas vernáculas, pues, entre otras cosas, la mayor parte de ellas las entiendo y hasta las domino cuando de aspectos de humor se trata; pero exigir ese requisito para dar preferencia a un funcionario significa privar a otro de la posibilidad de que con la permanencia en el territorio llegue a un pleno conocimiento del idioma. Por ello la medida, aparte de anticonstitucional, me parece regresiva y discriminatoria. No debe olvidarse nunca que en el Discurso de la Corona se hablaba de que nadie podía invocar en su posición un «*privilegio*», y eso mismo recoge la Constitución en todo su articulado y se plasma en el artículo 138, 2, al decir: «Las diferencias entre los Estatutos (los que no dicen nada respecto a la designación de Registradores o Notarios y los que lo dicen) de las distintas Comunidades Autónomas no po-

drán implicar en ningún caso *privilegios económicos o sociales*.» Y yo pregunto: ¿el saber lo que es la «androna» puede ser un mérito preferencial para que a mí me den el Registro de Barcelona? Creo que todo esto, aparte de inconstitucional, es poco serio y lleno de complejos de inferioridad.

Si con ello lo que se pretende es repristinar la vigencia estatutaria del año 1931 en la época republicana, deberíamos haber aceptado que el Estado español era República y no Monarquía, y si esto cambió quiere decir que alguna otra cosa ha cambiado también.

- *Demarcación registral*. Otro tema auténticamente vidrioso es el de la demarcación registral que como principio básico de la ley territorial hipotecaria se basa en que los Registros —en su competencia territorial— se circunscriben a la de los partidos judiciales. El principio que adoptó la Ley Hipotecaria de 1861 ha ido arrastrándose hasta la vigente en su artículo 274, sin perjuicio de las modificaciones provocadas por las divisiones de Registros y agregaciones, segregaciones, agrupaciones, etc., provocadas por las necesidades del servicio.

Esta materia parece claramente de la competencia estatal, pues a nada que se vuelva a recordar la frase «ordenación de los registros» es evidente que dentro del orden está la determinación del sitio o lugar donde deben existir. No lo han entendido así los Estatutos y al reclamar normativamente competencias se han atribuido ésta que yo entiendo que es estatal:

- a') El Estatuto del País Vasco, en el artículo 12, 3, faculta al mismo para intervenir en las demarcaciones registrales, en su caso. La exclusividad estatal del artículo 149, 1, 8.^a, se ve aquí mediatizada por el derecho a «intervenir» en esas demarcaciones.
- b') El Estatuto de Cataluña, en su artículo 24, 4, igualmente reclama la participación en la fijación de las demarcaciones correspondientes a los Registros de la Propiedad y Mercantiles. La ordenación de los Registros en esa autonomía sufre una restricción, pues el Estatuto reclama «participación» no ya sólo en la fijación de los Registros de la Propiedad, que podría ser ma-

teria civil, sino en la mercantil que el Estado se reserva en el artículo 149 de la Constitución.

- c') El Estatuto gallego, en esa línea reivindicatoria, también reclama participación en la fijación de las demarcaciones de los Registros de la Propiedad y Mercantiles (art. 26, 2).
- d') No podía quedarse atrás el Estatuto de Valencia, que igualmente reclama esa participación en la fijación de demarcaciones (art. 41).

Más prudentemente, el Estatuto de Aragón silencia este punto y, por ello, es digno de alabanza. No me quiero arriesgar en investigar de dónde vienen estas disposiciones, pues no creo que la competencia que el artículo 148 de la Constitución atribuye a las Comunidades en materia de «alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio» tenga nada que ver con la demarcación notarial o registral. No obstante, si la legislación autonómica puede determinar la competencia territorial de la jurisdicción, indirectamente podría influir en la demarcación registral, habida cuenta de que cada Registro tendrá la circunscripción del partido judicial. Pero, en todo caso, sería el Estado, sin ninguna intervención autonómica, el que decidiera sobre «la ordenación de los Registros», ajustándolos a los nuevos partidos judiciales. Por ese camino, casi de montaña, que van abriendo los Estatutos se llegará a borrar la «exclusiva» que al Estado se le reserva en las materias del artículo 149.

Mi postura, en todo caso, es clara: todos estos puntos que acabo de examinar inciden en posibles recursos de inconstitucionalidad, pues atacan serios principios de la Constitución y desvirtúan la letra y el espíritu de sus preceptos, cuando no facilitan una posible división e incumplen el deseo de *solidaridad* en que se inspira el artículo 2.º Comprendo, sin embargo, que cuando un Estado está dominado más por la política que por el Derecho el recurso es el del «pataleo», y al que lo invoca sólo le queda la facultad de «arrepentimiento».

* * *

Todas estas notas expuestas sintéticamente en las Jornadas de Estudio sobre Organización Territorial del Estado, dirigidas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado (días 16 al 20 de mayo de 1983), ne-

cesitan un complemento que se refiera a la Sentencia número 87/1983, de 22 de julio, procedente del Tribunal Constitucional, que en forma hábil sortea la problemática que se plantea. Todo ello en base del artículo 22 del Reglamento Notarial, reformado por Real Decreto 1126/1982, de 23 de mayo, que es el impugnado por la Generalidad de Cataluña. Igualmente se hace preciso hacer referencia a la Instrucción de 9 de diciembre de 1983, procedente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre escalafonamiento de los Registradores de la Propiedad.

Si traigo aquí el comentario de estas disposiciones es porque entran de lleno en uno de los temas tratados en mis notas, concretamente en la materia referente al aspecto orgánico en la designación de Registradores. Claro que el tema abordado en la sentencia es netamente notarial, pero con leves retoques podría tener aplicación registral. No debe olvidarse nunca que el Cuerpo notarial está estructurado por Colegios, mientras que el registral es «nacional», con simples «delegaciones» en los territorios que corresponden a las Audiencias.

El Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 sufre una reforma en base del Real Decreto 1126/1982, de 23 de mayo, y entre los artículos que modifica, en base de una necesaria coordinación con la Constitución, es el 22, referido al nombramiento de los Notarios. En su redacción actual dice: «El nombramiento de los Notarios se hará por Orden ministerial, de la que se dará traslado al interesado y al Decano del Colegio notarial a que pertenezca la Notaría. Si el nombrado desempeñare otra de distinto Colegio se comunicará también al Decano de éste.

Cuando el nombramiento de los Notarios del territorio de una Comunidad Autónoma esté atribuido a determinados órganos administrativos de la misma, éstos, sin perjuicio de proceder en la forma prevista en el párrafo anterior, comunicarán los nombramientos a la Dirección General, la cual efectuará la necesaria coordinación entre los distintos Colegios notariales y proveerá a su adecuado reflejo en el escalafón general del Cuerpo de Notarios.

Sin perjuicio de su publicación, cuando proceda, en los periódicos oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas, la Dirección General publicará los nombramientos en todo caso en el *Boletín Oficial del Estado*, siendo su fecha preferente a cualquier otra a todos los efectos y, en particular, a los de la determinación de la antigüedad de los Notarios en la carrera y en la clase.»

Este precepto es el que se impugna por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, por entenderlo atentatorio a las competencias que el artículo 24 del Estatuto de Cataluña atribuye a la Comunidad Autónoma. La sentencia contiene, como todas las del Tribunal Constitucional,

las alegaciones, el dictamen del Abogado del Estado y los fundamentos jurídicos en que se apoya el fallo. En este caso, además, existe el voto particular de uno de los Magistrados del Tribunal. Por ello, vamos a exponer críticamente todo ello respetando sus trayectorias:

- a) *Bases del recurso.*—El recurrente para basar su recurso utiliza diversos argumentos: unos de tipo histórico, otros de tipo gramatical y los más de carácter convencional. Se pretende que el texto del artículo 24 del Estatuto sirva de apoyo para que la Generalidad de Cataluña organice, controle y dirija las dos formas de ingreso y ascenso en lo que podríamos llamar notariado «catalán». Para ello se invoca el antecedente republicano de la Constitución española, el Estatuto de 1932 y el Decreto de transferencias de 1933. Se entiende que nombrar es lo mismo que elegir y seleccionar; que el Estado, al dejar de ser centralista, debe transferir la competencia en estas cuestiones, y que el Reglamento Notarial no ha tenido en cuenta «el mérito preferente» que supone el saber «Derecho foral» para ocupar vacantes en Cataluña, lo que obstaculiza e impide el ejercicio de otras competencias atribuidas a la Generalidad, como es la de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán. Invocar en un Estado monárquico un antecedente republicano pudiera llevar consigo una «seria amenaza» para la Corona. Pretender una competencia de control, dirección y organización es un desconocimiento del carácter territorial de la Ley Notarial, del respeto que el artículo 24 del Estatuto impone a «las leyes del Estado» y de la competencia en exclusiva que el artículo 149, 8, de la Constitución atribuye al Estado. Invocar lo de la «especialización en Derecho catalán» nos mete de lleno en el privilegio de que habla el artículo 138, 2, de la Constitución y provoca una alteración en la clasificación notarial que, aparte de primera, segunda y tercera, ahora crece con la de Notarios de Comunidades Autónomas.
- b) *Informe del Abogado del Estado.*—Este informe es un auténtico alarde de habilidad en el razonar jurídico, pues en el mismo se precisa cómo debió plantearse el recurso para haber tenido éxito, que es lo que dice el artículo 22 del Reglamento Notarial, y sus consecuencias en orden a la pretendida violación del Estatuto catalán. Era preciso haber atacado todo el Reglamento Notarial o, por lo menos, los artículos que a oposiciones y concursos se refieren; es necesario diferenciar entre el «título» de Notario que expresa

la condición de una persona y el nombramiento de un Notario para tal sitio; modélica es la interpretación que de los tres párrafos del artículo 22 del Reglamento Notarial hace el informe, ya que el primero reproduce la redacción anterior, el segundo es una norma de coordinación y el tercero una exigencia de igualdad dentro del Cuerpo notarial. Ataca igualmente la referencia histórica a la Constitución republicana y la expresión «transferencia de servicios» que se pretende sea extensiva al Cuerpo notarial. Naturalmente que «los conocedores del Derecho civil español» pueden ser Jueces del catalán, aunque no sean catalanes y estén o no incorporados a la Administración autonómica.

- c) *Contenido del fallo.*—La fundamentación del fallo recorre el mismo camino que el informe del Abogado del Estado y va desgarrando los diferentes párrafos del artículo 22 del Reglamento Notarial para demostrar que en ninguno de ellos existe violación del artículo 24 del Estatuto catalán. Por todo ello se llega a la declaración de que a la Generalidad le corresponde únicamente el «nombramiento», con la obligación de comunicación a la Dirección General de los Registros, a la cual corresponde íntegramente el escalafonamiento general del Cuerpo. Únicamente se considera que existe violación cuando se afirma el carácter preferente de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, pues el artículo 37, 4, del Estatuto considera suficiente la publicación en⁹ el *Diario Oficial de la Generalidad*.

De todas las argumentaciones la que resulta menos fundada es precisamente la que reconoce la existencia de la violación, pues el no dar «preferencia» a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* es dejar en manos de las autonomías el orden de colación escalafonada del Cuerpo. Con cierta habilidad veremos en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de diciembre de 1983 cómo se ha resuelto el tema para el escalafón registral.

- d) *El voto particular.*—El Magistrado Francisco Rubio Llorente disiente de las razones dadas por el Tribunal y considera que debió resolverse el contenido de la competencia que el artículo 24 establece y que, por supuesto, del fallo se deduce que es simplemente «formal». Para él es inadecuado que el «carácter nacional de un Cuerpo» obligue encomendar a la Administración central todos los actos de ejecución que con él se relacionan, pues ese carácter nacional no puede ser obstáculo a las competencias de ejecución estatutariamente asumidas, pues deben ser

las normas y no los actos concretos de ejecución las que preservan la unidad del Cuerpo.

Puede ser que no fuera misión del Tribunal entrar en unas ciertas interpretaciones del artículo 24 del Estatuto, pero lo que el Magistrado olvida es que la materia de competencia queda estrechamente vinculada por la «territorialidad», y de ahí que esa territorialidad distingue las leyes y normas aplicables a toda España y normas que solamente tienen aplicación en el territorio de que se trate. Dar una amplitud mayor de la que tiene a ese artículo 24 del Estatuto catalán hubiese sido «anticonstitucional» en toda su extensión, pues ya lo es en parte al violar el artículo 138, 2, de la Constitución, aunque eso convenga silenciarlo.

En la línea que marca la sentencia comentada y expuesta, la Dirección General, al recibir la «exclusiva» del escalafonamiento, dicta en su Instrucción de 9 de diciembre de 1983 la forma de llevarlo a cabo, que no puede dejarse al arbitrio, capricho o decisión del órgano competente de cualquiera de nuestras ya numerosas Comunidades Autónomas. La incertidumbre, la confusión, el manejo y todo lo demás que puede surgir por competencias mal entendidas podría dar lugar a romper el principio de igualdad (art. 139 de la Constitución) entre los escalafonados y provocar serios perjuicios, dilaciones y responsabilidades. Por eso, la instrucción trata de superar ese medio que la sentencia del Tribunal Constitucional le niega y que residía en esa publicación «preferente» en el *Boletín Oficial del Estado*. Ahora ya solamente hay un criterio para el escalafonamiento de los aspirantes y otro para los que obtengan plaza en un concurso registral: para los segundos será la fecha en que se resuelva el concurso por la Dirección General, que publicará el *Boletín Oficial del Estado*, y para los aspirantes, el orden de numeración en que hayan sido colocados por el Tribunal censor, rechazándose la fecha de toma de posesión, aunque la misma deba cumplirse dentro de los plazos legales.

Me imagino que al plantearse el recurso lo que se trató de defender es el posible derecho comptencial que la Generalidad podía tener, pues quiero creer que el recurrente desconocía todos los posibles perjuicios que ha ocasionado con el mismo. El estar o no sujetos al transcurso de un año para poder concursar supone siempre la existencia o no de una posibilidad: lograr un puesto que facilite al funcionario el mejor y más fácil cumplimiento de su función. Con el juego de la «traba» del año se cuenta para hacer que esa expectativa del logro del puesto apetecido tenga realidad. Pues bien, señor recurrente de la Generalidad: a unos cuantos

el retraso en resolver el concurso pendiente, firma de nombramientos, etcétera, y aparición de uno nuevo nos ha causado muchos perjuicios. ¿Podríamos invocar la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de que hablan los artículos 9.º y 106 de la Constitución? Me conforta comprobar, una vez más, que la Cultura está en relación inversa con el Derecho. A mayor cultura se respeta el derecho de los demás y se empequeñece el nuestro, y viceversa. Por eso me entristezco cada vez que tengo que alegar el mío no respetado.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad y Vocal
Permanente de la Comisión General
de Códigos

El nuevo asiento de presentación

(Su estructura, los derechos conexos inmobiliarios y la interrupción del proceso registral)

SUMARIO: *Envío: «Al amigo desconocido».*—I. *Introducción y método de exposición.*—II. *El asiento de presentación como expresión formal de una solicitud:* A) El asiento de presentación como estructura: asiento unitario, asiento múltiple y nuevo asiento. ¿Es posible la firma única en la diligencia de cierre? B) Presentación múltiple del mismo título: sucesiva y simultánea. C) Títulos susceptibles de presentación. Solicitudes para expedición de certificaciones. D) Títulos o documentos que no pueden presentarse. E) Cronología de la presentación: a) Cuándo puede pedirse un asiento de presentación. b) Cuándo debe extenderse. F) Solicitud de presentación y solicitud de inscripción. Presentantes e interesados: la figura del portador en la presentación de títulos remitidos por correo.—III. *El asiento de presentación como medio normal para la determinación de la prioridad registral:* A) Colisión entre presentantes: 1) Supresión del doble Diario. 2) Nota de referencia a la presentación. 3) Aportación simultánea de varios títulos por una o por varias personas. B) Colisión entre derechos relativos a títulos presentados: la Resolución de 11 de marzo de 1978 y la prórroga o suspensión del asiento de presentación: a) Prórroga a instancias del presentante o interesado: artículo 432, 1.º, letra c). b) Prórroga automática de un asiento de presentación por prórroga de otro: TEORÍA CONSTITUYENTE DE LOS DERECHOS CONEXOS INMOBILIARIOS: 1) En relación con el plazo para verificar la inscripción: artículo 97, segundo párrafo. 2) En relación con la calificación registral y sus efectos: artículo 111, párrafo tercero. 3) En relación con la rúbrica sobre Diario y asientos de presentación: artículo 432, 2.º, 3.º, y 4.º C) Supuestos dudosos de prórroga del asiento de presentación: 1) Caso de recurso: artículos 97 y 436. 2) Caso de retirada de documentos para pago de impuestos: artículo 432, 1.º, d). 3) Mandamiento judicial en causa criminal: artículo 432, 1.º, letra d). Superación de la antítesis prórroga-suspensión.—IV. *El asiento de presentación como factor desencadenante del trámite registral:* A) La naturaleza del trámite registral. B) Los derechos del presentante y de los interesados en el proceso de inscripción: a) Derechos comunes. b) Derechos exclusivos de los interesados. C) La interrupción del proceso de inscripción: desistimiento de la demanda de registración: 1) Antecedentes legales. 2) Antecedentes jurisprudenciales. 3) Antecedentes doctrinales. 4) El desistimiento en la reforma reglamentaria de 1982: a) Quiénes pueden formularlo. b) Clases de desistimiento: total y parcial. c) Cuándo puede formularse. d) Forma del desistimiento. e) Resolución de la solicitud de desistimiento. f) Operaciones registrales a que da lugar. g) Recursos contra la resolución de inadmisión del desistimiento.

ENVIO: «Al amigo desconocido»

No. No se trata de una frase solamente. Tampoco es un vano intento de notoriedad. Ni espíritu de imitación de lapidarias inscripciones, recordatorias de anónimas hazañas.

Es una verdad íntimamente sentida: yo tengo hoy necesidad de enviar el modesto trabajo que sigue «al amigo desconocido», a un leal y buen amigo que llegó a serlo sin conocerle nunca: a TIRSO CARRETERO GARCIA.

Tres queridos compañeros —Ignacio MARTÍNEZ DE BEDOYA, José María CHICO Y ORTIZ y Abelardo GIL MARQUÉS— le han dedicado ya escritos de memoria y recuerdo (REVISTA CRÍTICA, núm. 557, y *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 193), legitimados para hacerlo por profundas razones de amistad y directo magisterio.

Debo decir en seguida que, aunque yo no le conocí, creo contar también con un legítimo título de amistad que avala mi derecho al sentido recuerdo de TIRSO CARRETERO. Así se lo hice saber a su viuda en mi breve tarjeta de pésame: «Señora: he conocido a su marido exclusivamente a través de sus escritos; sin embargo, le tenía por un gran amigo.»

Precisamente la noticia de su muerte me llegó cuando, con vistas al presente estudio, releía y trataba de profundizar en su comentario a la Resolución de 11 de marzo de 1978, sin el cual —lo digo en el texto— estoy convencido que la última reforma del Reglamento Hipotecario se habría hecho de otra manera. Creo —estoy seguro— que gracias a él se ha abierto un camino mucho más seguro para la credibilidad y eficacia de nuestro Registro de la Propiedad en punto tan importante como es el funcionamiento del principio de prioridad en relación con su normal vehículo determinante, es decir, el asiento de presentación.

La relación detallada de sus obras y de los aspectos más sobresalientes de su doctrina la han hecho ya los nombrados compañeros. Yo debo decir que mi anónima amistad con TIRSO CARRETERO se ha cimentado en los últimos años en la lectura —analítica; apasionada, a veces; siempre detenida, porque a TIRSO no se le podía, no se le puede, leer con prisas, por la profundidad del pensamiento escondido en su germánica concepción del Derecho— de sus comentarios en la REVISTA CRÍTICA. En ella hay constancia de cómo los correspondientes a las Resoluciones de 31 de octubre de 1978 (sobre hipoteca cambiaria; y es lástima que no llegara a aparecer el de la Resolución de 18 de octubre de 1979, sobre la misma materia, anunciado por el propio TIRSO); a

la de 11 de diciembre de 1974 (sobre pacto de cancelación automática de condición resolutoria), y el ya citado a la de 11 de marzo de 1978 (sobre prórroga de asientos de presentación por prórroga de otros, anteriores o posteriores), han constituido para mí fuente importantísima en la preparación de los tres últimos trabajos aportados a la publicación.

Con las sencillas razones que han quedado sumariamente expuestas, querido TIRSO CARRETERO, me atrevo a declararme tu amigo, aunque desconocido, y ofrecerte el pequeño homenaje del presente estudio.

I. INTRODUCCION Y METODO DE EXPOSICION

La reforma parcial del vigente Reglamento Hipotecario, llevada a cabo por los Reales Decretos 3215/1982, de 12 de noviembre, y 3503/1983, de 21 de diciembre, ha tenido, como dice el preámbulo del primero de ellos, un primer objetivo: la necesidad de acometer, con carácter inmediato y urgente, la adaptación del texto reglamentario a la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Materias sustantivas tan importantes como las relativas a la adquisición de inmuebles y derechos reales por uno o ambos cónyuges a título oneroso durante el matrimonio en sus diversas modalidades, la anotación de los embargos trabados sobre bienes gananciales o presuntivamente gananciales y las modificaciones introducidas en el ámbito sucesorio, entre otras, imponían la inmediata adaptación de las respectivas normas hipotecarias.

Sin embargo, la reforma ha alcanzado también al Derecho hipotecario formal. Además de las nuevas reglas en materia de modificación de entidades hipotecarias, circunstancias de las inscripciones y consagración del acta de inscripción, en la introducción del Real Decreto de 1982 se dice lo siguiente: «La misma razón de urgencia ha aconsejado revisar y actualizar las normas reglamentarias relativas al procedimiento registral, aclarando y resolviendo, conforme a las orientaciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia, los numerosos problemas planteados en relación con el asiento de presentación y su vigencia.»

El interés del tema es, por tanto, evidente, a pesar de tratarse de una materia que pertenece a lo que podríamos llamar la mecánica interna o simplemente operativa del Registro de la Propiedad. Esta evidencia resulta, a nuestro juicio, no sólo de la razón coyuntural de urgencia reseñada. Hay algo más profundo y permanente: en el Registro de la Propiedad, que es, fundamentalmente, un mundo de apariencias, las realidades formales se hacen sustantivas. Esto es tan cierto que cuando el

Registrador aplica las fórmulas y recetas típicamente hipotecarias, originando el producto registral básico, es decir, el asiento y su pronunciamiento jurídico, provoca, o puede provocar, una modificación de sustancia jurídica inmobiliaria de tal trascendencia que, en caso de necesidad, aquellas apariencias se imponen a la realidad misma. Pero es que esto es un poco, al propio tiempo, la miseria y la grandeza del Registro de la Propiedad: su capacidad para crear un mundo que puede ser irreal, pero que, en caso de discordancia, prevalece sobre la realidad, aunque, eso sí, por razones de seguridad jurídica, meta última de la institución.

Pues bien: toda esta historia de asientos registrales y pronunciamientos hipotecarios tiene su punto de partida en la aportación y subsiguiente presentación en el Libro Diario de Operaciones de los títulos inscribibles.

La Ley Hipotecaria, en el primer artículo que, de una manera directa, dedica al asiento de presentación —el 248—, le pide al Registrador que sea *breve* en la extensión del mismo. A pesar de que en el artículo siguiente, hasta en siete números, detalla minuciosamente una serie de datos, requisitos y circunstancias que *necesariamente*, según reza el propio texto, debe contener todo asiento de presentación. Y que no agotan el posible contenido del mismo. Los artículos 429 y 430 del Reglamento, anteriores a la reforma, facultaban ya al Registrador para añadir aquellas circunstancias que estime contribuyan a distinguir el título presentado de otro semejante, cuyo asiento se reclame también; le imponían la obligación de expresar la situación de las fincas rústicas y urbanas con indicaciones más concretas y, en general, para la consignación de las circunstancias del artículo 249 de la Ley, debía observar, en cuanto fueran susceptibles de aplicación, las reglas prescritas para las inscripciones.

A lo dicho debemos añadir que el nuevo artículo 423 —que refunde los citados 429 y 430 anteriores— faculta al Registrador para recoger en el asiento los datos relativos al «número de protocolo, procedimiento o expediente del documento que lo motive».

Al resaltar la concepción legal del asiento de presentación como asiento breve —calificación discutible, como hemos visto—, lo hacemos con la pretensión de dejar claramente sentado que, en todo caso, la brevedad no resta absolutamente nada a la importancia cualitativa y cuantitativa del asiento.

La Ley Hipotecaria dedica al asiento de presentación, de manera expresa, los artículos 248 a 252 y 255. Pero otros muchos —1.º, párrafo 3.º; 6.º; 9.º, sexta; 15, último párrafo; 16; 17; 18; 19, último

párrafo; 24 y 25; 42, noveno; 46, primer párrafo; 47; 48; 66; etc.— se refieren a él, directa o indirectamente.

El Reglamento Hipotecario, por su parte, desarrolla la materia en los artículos 416 a 432. Pero, además de en numerosos textos aislados, en los artículos 97 a 136 (relativos al plazo para verificar la inscripción, calificación y recurso gubernativo) no sólo se alude al asiento de presentación continuamente, sino que, en realidad, como veremos en seguida, se contienen reglas específicas de la presentación, diríamos que mal situadas.

Cualitativamente, la importancia del asiento de presentación es tal que, probablemente, puede afirmarse que todo el sistema registral gira en torno al mismo.

Nosotros, sin embargo, no vamos a pretender el estudio, más o menos exhaustivo, de todo lo que pueda decirse sobre el asiento de presentación. Mirando a la reciente reforma reglamentaria (en la que, por cierto, de un total de 123 artículos afectados, 36, o sea casi la tercera parte, tocan el tema que nos ocupa), vamos a intentar encuadrar las más importantes modificaciones en un esquema que, si no agota, sí puede ser representativo de las más importantes funciones del asiento de presentación. Este esquema puede ser el siguiente:

1) El asiento de presentación como expresión formal o traducción gráfica de una solicitud: la solicitud de presentación y/o la solicitud de inscripción.

2) El asiento de presentación como vehículo o medio normal, habitual, aunque no único, en la determinación de la prioridad registral.

3) El asiento de presentación como espoleta o factor desencadenante del trámite registral al que, cada día con mayor insistencia, los hipotecaristas califican como *proceso* o *procedimiento* de registración.

II. EL ASIENTO DE PRESENTACION COMO EXPRESION FORMAL DE UNA SOLICITUD

Como respuesta a una solicitud, el asiento de presentación tiene su propia conformación material, a la que se llega a través de un riguroso mecanismo cuyas formalidades, tanto internas como externas, condicionan y garantizan la producción plena de los efectos del sistema. A aquéllas nos vamos a referir, separando los aspectos que siguen.

A) EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN COMO ESTRUCTURA

El asiento de presentación es, ante todo, una estructura formal que recoge los datos fundamentales jurídico-hipotecarios de un título que pretende el acceso a los libros del Registro o, excepcionalmente, de una solicitud para la expedición de certificaciones.

Como simple estructura o expresión gráfica, el asiento de presentación se ha venido configurando tradicionalmente como algo *unitario*, sobre la base del principio «un asiento de presentación por cada título presentado».

La reforma del Reglamento Hipotecario introducida por el Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, admitió la posibilidad de lo que, en la terminología o jerga registral, llamados *asiento múltiple*: la presentación bajo un mismo número de todos los títulos aportados a la misma hora por la misma persona (art. 428 antiguo, párrafo 3.º; art. 421 nuevo, párrafo 3.º, en relación con el art. 249, números 1.º y 2.º, de la Ley Hipotecaria).

Pues bien: la reciente reforma reglamentaria ha revolucionado la concepción histórica sobre la estructura del asiento de presentación, con la introducción de un nuevo tipo de asiento, calificado por Pedro AVILA ALVAREZ (1), en frase acertada, como *asiento-ómnibus*.

De los nuevos artículos 416, primer párrafo, y 423, párrafos primero, tercero y quinto, resulta que la jornada en el Diario comienza con una diligencia —que, por contraposición a la acostumbrada *diligencia de cierre*, puede ser llamada *diligencia de apertura*— en la que se recogerán el lugar y la fecha. A continuación, y bajo el número que les corresponda en el orden de los asientos, se extenderán los de cada día, sin expresión de lugar, fecha ni firma, pues, según el nuevo artículo 423, «el lugar y la fecha serán los que, para todos los asientos practicados en el mismo día, conste en la apertura y diligencia de cierre»; y «la firma del Registrador en la diligencia de cierre implicará su conformidad con todos y cada uno de los asientos de presentación no firmados especialmente».

Parafraseando a Pedro AVILA, podemos decir que, una vez puesto en marcha el *ómnibus* con la diligencia de apertura, se van recogiendo en cada parada o momento de aportación los respectivos títulos, bajo número propio, pero sin ningún tipo de autorización. Solamente cuando el *ómnibus* termine su recorrido y el Registrador extienda y autorice la diligencia de cierre quedarán, a su vez, autorizados simultáneamente

(1) Notas de urgencia a la reforma. Madrid, 7 de diciembre de 1982.

todos los asientos practicados durante la jornada, en una especie de bendición *urbi et orbi*, pero hipotecaria...

Independientemente del desahogo más o menos irónico, pensamos que ni el asunto debe ser tratado a la ligera, pues está en juego el concepto registral de prioridad, ni la implantación del nuevo sistema va a ser cosa fácil como quizá pueda parecer a primera vista.

Ante todo, el nuevo artículo 423 mantiene la redacción del último párrafo del artículo 430 anterior, en el sentido de que «al lado de la firma del Registrador estampará la suya la persona que presente el título, si ésta lo solicitare o aquél lo exigiere», precepto definidor de un derecho del presentante que, por otra parte, la reforma no podía desconocer, ya que está sancionado por el número séptimo del artículo 249 de la Ley Hipotecaria. Si el presentante hace uso de su derecho a firmar el asiento, previamente deberá firmarlo el Registrador, pues, de lo contrario, estaría suscribiendo una especie de «nada hipotecario», ya que no hay asiento sin autorización, y ésta requiere la firma del Registrador (2). Y lleva razón Pedro AVILA (3) cuando dice que, en este caso, será necesario firmar también los asientos de presentación anteriores, pues no es lógico que la firma del Registrador vaya después de asientos no autorizados, entremezclándose asientos completos con proyectos de asientos. Lo cual lleva consigo, por otra parte, la imposibilidad de cumplir el mandato del nuevo artículo 423. primer párrafo, de que, una vez extendido cada asiento, se inutilice hasta el final la última línea. En efecto, ante la eventualidad de tener que firmar anticipadamente algún asiento, el cumplimiento de dicha prescripción habrá de posponerse al momento del cierre.

Al supuesto anterior de *firma por el presentante* añade Pedro AVILA otros dos:

- que antes del cierre del Registro haya de *certificarse de un asiento de presentación* extendido ese mismo día, pues ese asiento no podrá esperar a que recaiga la autorización general; y
- que se trate de *Registros en régimen de división personal*: si uno de los Registradores se hace cargo del Diario tras la apertura irá presentando los títulos que reciba; pero si alguno de los asientos exige firma especial, según lo apuntado más arriba, y posterior-

(2) La importancia de la firma como elemento esencial en la autorización de los asientos es una consecuencia del sistema registral de inscripción adoptado por nuestra legislación hipotecaria: calificación y responsabilidad del funcionario calificador. ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., tomo III, pág. 689) afirma la inexistencia de errores en el asiento sin firma «porque no estando firmado aún el asiento, en rigor éste no existe todavía».

(3) Notas citadas.

mente ha de hacerse cargo del Diario el otro Registrador (por imposibilidad, ausencia, etc.), el primero habrá de dejar firmados los asientos cuyos títulos haya recibido, porque el segundo no debe ni puede responder de la recepción de títulos que no se le han entregado; cada Registrador ha de firmar los asientos extendidos en el tiempo en que el Diario se halle a su cargo, tiempo —termina Pedro AVILA— fácilmente determinable cuando algún asiento se encuentre firmado individualmente.

Por nuestra parte, a las tres excepciones que Pedro AVILA opone a la regla general de firma única en la diligencia de cierre, añadiremos otras tres —y no creemos agotar la casuística—:

- 1.^a Cuando el presentante o el interesado hagan uso, antes del cierre, de su *derecho a retirar el documento* sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado, ya sea sin alegación de causa alguna, ya sea para satisfacer los impuestos o para subsanar defectos (arts. 97, segundo párrafo, y 427, párrafos 1.º y 2.º). Para extender la nota al margen del asiento de presentación expresiva de la devolución (art. 427, tercer párrafo), la presentación habrá de contener todos los requisitos necesarios y, entre ellos, la autorización del Registrador.
- 2.^a Cuando se produzca la *prórroga legal de un asiento de presentación* el Registrador ha de hacer constar por nota marginal que quedan prorrogados también los asientos de presentación relativos a títulos contradictorios o conexos, anteriores y posteriores (nuevos arts. 97, párrafo tercero; 111, último párrafo, y 432, 2.º, que desarrollaremos más adelante). La extensión de las notas haciendo constar la prórroga puede afectar, indudablemente, a algún asiento no firmado ni avalado por la firma del cierre.
- 3.^a Cuando se expida una *certificación a virtud de solicitud presentada al Diario ese mismo día* habrá que distinguir dos casos: a) que no se exprese en la certificación nada más que la fecha; en este caso, según el artículo 350, último párrafo, del Reglamento Hipotecario, se entiende expedida después del cierre del Diario; por tanto, el asiento de presentación de la solicitud no tendrá que ser especialmente autorizado, ya que la nota de expedición de la certificación es también posterior al cierre; b) que en la certificación se expresen la fecha y la hora, por haber sido expedida antes del cierre; en este segundo caso el

asiento requerirá también autorización especial como en los supuestos antes citados.

A la vista de las numerosas excepciones anotadas que, por otra parte, encajan en la posibilidad reglamentaria de la existencia de asientos de presentación «firmados especialmente» (art. 423 nuevo, último párrafo), se ha cuestionado si el nuevo sistema de firma única en la diligencia de cierre debe estimarse obligatorio o potestativo.

En opinión de Pedro AVILA (4), de la lectura de la nueva reglamentación se deduce que el sistema es obligatorio.

Creemos, en efecto, que la obligatoriedad del nuevo sistema debe ser la regla general, por el carácter imperativo con que se produce, y por el contexto general del nuevo artículo 423, que no ofrece resquicio alguno que permita la opción por uno u otro proceder. Ahora bien, de las excepciones recogidas creemos que resulta claramente un dato: la posibilidad de tener que autorizar especialmente alguno de los asientos parciales existe hasta el momento mismo del cierre. Por ello, y como mínima medida de prudencia, la última línea de cada asiento no debe rellenarse —a pesar del art. 423, primer párrafo— hasta que haya sido extendida y firmada la diligencia de cierre.

Sobre si en estos casos de asientos especialmente firmados la autorización exige recoger también la fecha, aunque el asunto nos parece baladí, nos inclinamos por la negativa: 1) porque la fecha y el lugar ya constan en la diligencia de apertura; 2) porque la consignación de la fecha sólo la exige el artículo 423, párrafo tercero, para ambas diligencias de apertura y cierre; 3) porque, en cambio, en los asientos parciales sólo se admite la posibilidad de que estén «especialmente firmados», pero no se habla para nada de fecha ni lugar, que serán siempre los que consten en aquellas diligencias (art. 423, párrafos tercero y último); y 4) porque la tendencia simplificadora que se observa, v.gr., en cuanto al cierre, debe llevar a no reiterar unos datos como son la fecha y el lugar que no sólo constan ya en la diligencia de apertura, sino que, por mandato reglamentario, se sobreentienden en cada asiento.

Por último, la reforma reglamentaria ha introducido numerosas modificaciones que pueden calificarse de menores, afectantes a la estructura del asiento de presentación, entre las que destacamos las siguientes:

- 1.^a En la exigencia de expresar la situación de la finca, donde antes se decía «nombre del pueblo» (art. 430 antiguo) ahora se dice «nombre de la localidad», y se añaden las circunstancias

(4) Notas citadas.

del «piso o local, en su caso», tratándose de urbanas (artículo 423, 2.º párrafo).

- 2.^a La indicación en el asiento de presentación del término municipal o localidad se podrá omitir cuando el Registro comprenda uno solo (art. 423, segundo párrafo, inciso final).
- 3.^a Se ha simplificado la diligencia de cierre al suprimir el nuevo texto la exigencia de expresión de la hora. Las fórmulas «siendos las ... horas cierro el Diario con los asientos números ... (del primero al último)» o «sin asientos hechos hoy» (art. 425 antiguo) se han sustituido por las más concisas «cierre del Diario con los asientos números ... (del primero al último)» o «cierre del Diario sin asientos» (art. 424 nuevo). La supresión es lógica, pues, como veremos en seguida, la hora de cierre o es la general (art. 360) o ha sido suficientemente notificada.
- 4.^a La consignación de los datos del asiento —día, hora, número y tomo del Diario; curiosamente, no se recoge la referencia al folio— no es opcional ya hacerla «en la cubierta del documento o al final del mismo» (art. 416, último párrafo, antiguo), sino que dichos datos se harán constar precisamente «en el documento» (art. 416, último párrafo, nuevo) (5).
- 5.^a Se ha establecido un sistema de pases cuando al margen del asiento de presentación no haya espacio suficiente para extender la nota, que se continuará al margen de otro u otros asientos de presentación en los que sea posible, cuidando de expresar con detalle la continuación y procedencia de la nota, de forma que no pueda confundirse con la correspondiente a otros asientos. Aunque el artículo 435, que introduce la novedad, se refiere concretamente a la «nota análoga a la extendida al pie del documento», creemos que la razón de falta de espacio, que justifica el pase, debe aplicarse a cualquier tipo de nota que se extienda al margen del asiento de presentación, aunque no tenga traducción al pie del documento.
- 6.^a Aunque el artículo 373, que no se ha tocado, mantiene las expresiones «firma» y «media firma» que, en cuanto al asiento de presentación, aparecían en los artículos 425 y 431 antiguos, los nuevos 423, dos últimos párrafos; 424 y 434, párrafo sexto, hablan simplemente de la «firma del Registrador», o el

(5) La reforma en este punto parece tener como referencia la Resolución de 26 de septiembre de 1979. Aunque la Dirección, ante las alegaciones del recurrente, declaró que bastaba hacer constar en la cubierta los datos de presentación que no exigen firma del Registrador, la modificación nos parece positiva, pues la cubierta es un «nada jurídico», aunque sea estéticamente prodigiosa.

último de ellos, con carácter general, de que «las notas de despacho... irán firmadas por el Registrador». Si, conforme a la concepción tradicional, por firma entendemos la expresión del nombre y apellido, con o sin rúbrica, y por media firma la que no consta sino del apellido, sin rúbrica, es evidente que la distinción está desnaturalizada en la práctica. En este sentido, la supresión de la distinción en cuanto al asiento de presentación entendemos que está más acorde con la realidad que el texto inalterado del artículo 373.

B) PRESENTACIÓN MÚLTIPLE DEL MISMO TÍTULO:
SUCESIVA Y SIMULTÁNEA

Literalmente, dos textos de la reforma aparecen como contradictorios: los artículos 108 y 421.

No ofrece particularidad el primer párrafo del artículo 108: transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva presentación. Es la presentación que podríamos llamar *sucesiva* del mismo título.

La redacción novedosa —y posiblemente contradictoria— es la del párrafo siguiente del mismo artículo, que admite la presentación *simultánea* de los mismos títulos, antes de haber transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación, mediante otro asiento, independiente del anterior, cuando el objeto de la nueva presentación se refiera a fincas o actos que hubieran sido expresamente excluidos de la precedente.

El nuevo texto parece chocar con el artículo 421 (428 anterior, ya retocado por la reforma reglamentaria de 27 de agosto de 1977), en cuanto establece que «de cada título no se hará más que un asiento de presentación, aunque esté formado aquél por varios documentos o, en su virtud, deban hacerse diferentes inscripciones».

La contradicción resulta evidente: frente al principio de un solo asiento de presentación (art. 421) se afirma la posibilidad de dos o más asientos de presentación de un mismo título y con vigencia simultánea (artículo 108).

Un esfuerzo de clarificación que, por otra parte, se corresponde con la práctica ya consolidada puede ser el siguiente: entender el artículo 421 en el sentido de que de cada *copia* de un título no se hará más que un asiento de presentación y, simultáneamente, el artículo 108, como que la solicitud de registro de los diferentes actos inscribibles de

un mismo título podrá hacerse en diferentes asientos de presentación, aunque esté vigente otro asiento de presentación del mismo título extendido en virtud de copia distinta.

La práctica, como hemos apuntado, había aceptado, desde luego, la posibilidad de presentación simultánea de copias diferentes. Tal vez la reforma no ha acertado a traducir fielmente esta realidad, pues si se aplica literalmente el nuevo artículo 108, estando presentado un título —en poder del Registrador o devuelto al presentante o interesados—, la solicitud de nueva presentación simultánea, que habrá de ser expresa, podrá dar lugar a que un mismo título, una misma copia, aparezca con diferentes cajetines o notas de presentación en horas y días diferentes (y no en la cubierta, como hemos apuntado más arriba, sino en el documento mismo), lo cual puede inducir a error sobre las respectivas prioridades en el caso de que no se aclare suficientemente su correspondencia. Piénsese en el caso de que unos presentantes recurran y otros no, o simplemente de que cada uno haga distinto uso de los derechos que como tales presentantes o interesados les correspondan.

C) TÍTULOS SUSCEPTIBLES DE PRESENTACIÓN. SOLICITUDES PARA EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIONES

Se mantiene la regla tradicional de presentación de los títulos capaces de producir alguna inscripción, anotación, cancelación o nota marginal (nuevo art. 416, 2.º párrafo), así como la obligación de presentar los documentos judiciales y administrativos para la expedición de certificaciones y las solicitudes de los particulares con el mismo fin, cuando lo soliciten expresamente (que había introducido la reforma del Reglamento de 17 de marzo de 1959).

Se incorporan algunas novedades en cuanto a las solicitudes de los particulares para la expedición de certificaciones, ya se trate de las certificaciones que podemos llamar tradicionales, ya se refiera la solicitud a las nuevas figuras creadas por el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983: la *certificación con información continuada*, la *información continuada sin expedición de certificación* y la certificación ordinaria o tradicional en la que el Registrador emita un breve *informe no vinculante* sobre la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral o sobre el alcance de una determinada calificación (arts. 354 y 355 del Reglamento Hipotecario, según el citado Decreto de 1983).

En cuanto a las certificaciones ordinarias, el Registrador, si lo estima procedente, puede exigir la presentación; y habrán de presentarse nece-

sariamente cuando la certificación expedida provoque algún asiento registral (art. 416, tercer párrafo).

En este segundo caso, es evidente que se invierte el orden normal de operar: la consulta exhaustiva de los asientos relacionados con la solicitud habrá de preceder necesariamente a la extensión o no del asiento de presentación. Aunque, por lo demás, la obligación de presentar dichas solicitudes parece congruente con el nuevo artículo 353, 3, del Reglamento (art. 355 anterior): obligación de cancelar determinados asientos al expedir la certificación (a la relación anterior la reforma de 1983 ha añadido las afecciones anteriores a la nota marginal por la que se haya hecho constar en el Registro la calificación definitiva de «Viviendas de Protección Oficial»). De esta manera, la nota del Diario podrá reflejar no sólo la circunstancia de haberse expedido la certificación, sino además las operaciones a que ha dado lugar, eliminando toda duda sobre una posible actuación oficiosa del Registrador y facilitando el conocimiento rápido de las mismas con vistas a la publicidad formal posterior.

Respecto a las nuevas figuras, la obligación de presentar las solicitudes duplicadas para la expedición de certificaciones con información continuada, o simplemente para que se facilite información continuada, sin necesidad de expedir certificación, resulta con toda claridad del nuevo artículo 354, que, además de expresar en el apartado 2 que dichas solicitudes «se presentarán», en el apartado 4 habla de «presentada la solicitud en el Libro Diario».

No queremos entrar en el examen de estas dos nuevas figuras, requisitos de las solicitudes, efectos, plazos, operaciones a que pueden dar lugar en los libros del Registro o en la propia certificación o su duplicado, porque con ello desbordaríamos el plan de nuestro estudio, que, como anotábamos al principio, no alcanza a la publicidad formal. Pero sí queremos destacar dos aspectos, uno por su novedad y otro por su directa relación con el asiento de presentación, y que, por tanto, encaja en nuestro propósito.

En primer lugar, la información continuada puede hacerse de tres maneras: *personalmente* al destinatario, bajo recibo de éste; por *correo certificado* (en cambio, la solicitud puede hacerse por correo ordinario, si bien se exige legitimación notarial de firma del solicitante; este documento llegado por correo seguirá el régimen del art. 416, que veremos más adelante) y por *telégrafo*, lo cual constituye una auténtica novedad como medio técnico al servicio de la publicidad registral (art. 354, 2, apartado c, y 5).

En segundo lugar, es de observar que el nuevo artículo 354, 3, es muy estricto en cuanto a las personas que pueden pedir la certificación o información continuada: los titulares registrales de derechos sobre la

finca a que la información se refiere, sus cónyuges o sus legítimos representantes. El «interés conocido» del artículo 221 de la Ley Hipotecaria queda reducido a estas personas. No cabe, por tanto, la representación verbal. Esto no quiere decir, a nuestro juicio, que el presentante no pueda ser otra persona. Pero la solicitud sólo pueden formularla dichos interesados, con los requisitos del artículo 354, 2.

Por último, la reforma de 1983, en el nuevo artículo 355, establece que mediante petición expresa y por escrito en la solicitud de certificación (ordinaria) o a continuación de la ya expedida podrá solicitarse que el Registrador emita un breve *informe no vinculante* explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral.

No se añade aquí ninguna particularidad respecto de la obligación o no de presentar estas solicitudes. Por tanto, en principio, seguirán el régimen general del artículo 416 del Reglamento y del artículo 221 de la Ley, ya que no se limita la legitimación para pedir el mencionado informe, como en el caso de la certificación con información continuada.

La importancia de esta nueva función que se asigna al Registrador es patente, aunque se califique el informe de «no vinculante», y encuentra su justificación en su condición de jurista y «profesional del Derecho», como dice el preámbulo del Decreto de 1983.

D) TÍTULOS O DOCUMENTOS QUE NO PUEDEN PRESENTARSE

La reforma ha estimado oportuno complementar el principio general de necesidad de documentación pública o auténtica de los actos inscribibles del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, mediante una relación de documentos que no deben siquiera ser presentados:

1. Los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral.
2. Los documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios.
3. Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna (art. 420 nuevo).

El punto 1 nos parece enormemente peligroso y perturbador. Las excepciones que la legislación hipotecaria reconoce al principio general

apuntado han de ser aceptadas como tales (6). Pero esa regla general no precisa para nada de una relación equívoca de documentos sin precisa definición jurídica. Las excepciones deben ser claras y concretas en el contexto de la propia legislación hipotecaria y no formuladas en una imprecisa definición que las englobe. El peligro no es soslayable: la declaración de admisión de documentos privados en los supuestos en que las disposiciones legales de todo tipo les atribuyan eficacia registral. Y esas disposiciones legales no deben ser otras que las de la propia Ley Hipotecaria y su Reglamento que, en nuestra opinión, es lo que debió decir el precepto.

De los otros dos números, el 2 resulta inútil al establecer una regla de competencia que ya está recogida en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y ratificada por el nuevo artículo 1.º del Reglamento. Y en cuanto al 3, formulado el principio del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y aclarado por los artículos 33 y 34 de su Reglamento, qué debe entenderse por título para los efectos de la inscripción y cuándo estamos ante un documento auténtico, no acertamos a comprender el mensaje del nuevo texto.

E) CRONOLOGÍA DE LA PRESENTACIÓN

Distinguiremos dos apartados: cuándo puede pedirse y cuándo debe extenderse un asiento de presentación. Dejamos para el segundo punto del esquema propuesto —por su más íntima relación con la idea básica de prioridad— el problema de la duración, prórroga y suspensión del asiento.

a) *Cuándo puede pedirse un asiento de presentación.*—La declaración del artículo 360 anterior, «el Registro estará abierto todos los días no feriados desde las diez a las catorce horas», se ha sustituido por la más concreta «el Registro estará abierto al público, a efectos de presen-

(6) El texto reglamentario recoge nuevamente el caso de la solicitud privada o instancia en caso de heredero único (art. 79) y la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados mediante solicitud del legatario, cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor ni se hubiere facultado al albacea para hacer la entrega (art. 81). Pero pueden recordarse otros supuestos de solicitud privada: anotación preventiva a favor de los acreedores de una herencia, concurso o quiebra, en el caso del artículo 45 de la Ley Hipotecaria; anotaciones del derecho hereditario (art. 46 de la Ley Hipotecaria); anotación a favor del acreedor refaccionario (art. 59 de la Ley Hipotecaria); anotaciones de legados por convenio (arts. 147 y 148 de la Ley Hipotecaria).

Probablemente la reforma se ha inspirado en la Resolución de 17 de febrero de 1955, que planteó el problema de inscripción de un documento privado de venta. La Dirección no sólo la rechazó, sino que (penúltimo Considerando) afirmó la no presentación de los documentos privados, salvo que «las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral».

tación de documentos, todos los días hábiles desde las diez a las catorce horas».

La sustitución de la expresión «días no feriados» por la de «días hábiles» no tiene mayor importancia. Pero la vinculación del horario tradicional exclusivamente a la presentación deja abierta la posibilidad de otro horario de apertura y cierre con distinta finalidad.

Se mantiene el texto anterior en cuanto permite al Registrador, si lo estima conveniente, ampliar aquel horario en dos horas, o adelantar en una hora la apertura y el cierre, notificándolo a la Dirección General con ocho días de antelación (esto es novedad) y al público por medio de edictos fijados en lugar visible de la oficina.

Por último, el artículo 361 nuevo suprime la redacción anterior «los Registradores no admitirán documento alguno para su inscripción en el Registro ni harán ningún asiento de presentación sino durante las horas señaladas...», que sustituye por la más correcta «no admitirán documento alguno para su presentación sino durante las horas señaladas...» Y la estimamos más correcta porque corresponde mejor a la forma de operar en el Registro, ya que no es posible inscribir ningún documento si previamente no se ha presentado. Y la redacción anterior, al menos en apariencia, entendía inscripción y presentación como operaciones desconectadas e independientes.

b) *Cuándo debe extenderse.*—La Ley (art. 248) dice que el asiento de presentación se extenderá «en el momento de presentarse cada título». El nuevo artículo 416, segundo párrafo, dice que el asiento de presentación se extenderá «al ingresar» el título; en la redacción anterior decía «en el acto de ser presentado».

La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de julio de 1979, en su norma 1.^a, dice que el Registrador ha de extender el asiento de presentación en el *instante mismo* en que el título sea realmente presentado en el Registro, sin que pueda excusar de ello la voluntad expresa o tácita del presentante, y sin perjuicio del derecho que éste tiene —conforme al art. 434 del Reglamento Hipotecario (ahora, el 427, primer párrafo)— a que se le devuelva el título sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación. Sin embargo, en los Registros con oficina liquidadora —según la misma Circular—, aparte de la posibilidad de previa presentación en el Registro, prevista por el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, el momento de la extensión del asiento de presentación en el Diario, por solicitud expresa o tácita, será el de la *terminación del proceso de liquidación*.

Por encima de estas declaraciones bien intencionadas, la realidad nos

muestra que la extensión del asiento de presentación es un hecho material que requiere tiempo y, a veces, no es posible practicarlo en el momento de ingresar el título, por estar extendiéndose los de otros anteriormente presentados, por el número de títulos, por verificarse la entrada en hora próxima al cierre o por otra causa (ver art. 417 RH). A esto hay que añadir la circunstancia de que, habitualmente, el asiento de presentación es manuscrito, pues, aunque está autorizado el uso de estampillas (7), las singularidades de cada título las desaconsejan en la mayoría de los casos.

Las engorrosas normas anteriores para resolver el problema, dispersas, además, en numerosos textos (arts. 419, 421 a 424 y 427 antiguos), fueron completadas ya en la Resolución-Circular de 13 de julio de 1979, citada antes, que, en base al artículo 401, permitió la utilización de un cuaderno auxiliar para salvar las deficiencias.

El nuevo artículo 417 (equivalente al 419 anterior) contiene dos normas sencillas: 1.ª Extensión en el documento de una nota en los siguientes términos: «Presentado a las ... de hoy por don ... (nombre y apellidos, número de entrada que le corresponda y la fecha)», nota que podrá ser firmada por el presentante, si éste lo solicitare o el Registrador lo exigiere. 2.ª En los casos de excesiva acumulación de títulos podrá llevarse un *libro de entrada* en el que, por riguroso orden, se hagan constar los documentos, con expresión de las personas presentantes y hora y día de la presentación. Es decir, se trata de algo así como una especie de *diario del Diario*. En todo caso, los asientos se extenderán por el orden de entrada en el Registro, con los datos básicos de la nota o del libro de entrada (arts. 417, último párrafo, y 423 nuevos).

F) SOLICITUD DE PRESENTACIÓN Y SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN. PRESENTANTES E INTERESADOS

La legislación hipotecaria tradicional ha sido muy exigente con la figura del presentante, exigencia que llega hasta el Reglamento de 1915. El presentante tenía que ser el solicitante de la inscripción o su mandatario, pero entendido este término en su sentido más estricto de mandato representativo: no se alcanzaban las diferencias, hoy claras, entre el mandato como *obligación* de hacer o de actuar y la representación como *facultad* de concluir un negocio jurídico a nombre y por cuenta de otro. No se tenían ideas precisas de la distinción entre presentación y solicitud de inscripción y quién podía hacer cada una de ellas. El asiento de pre-

(7) Véase la Resolución de la Dirección General de 10 de junio de 1977, dictada en aplicación del Real Decreto 3285/1976, de 23 de diciembre, punto 5.º, así como el punto 4.º de la de 4 de abril de 1979.

sentación tenía que ser necesariamente firmado por el presentante, su mandatario o testigos.

La misma figura del Notario como presentante se ponía en entredicho. Y así, frente a la doctrina actual de la Dirección General (8), que estima que el Notario autorizante puede presentar el título y pedir la inscripción *en nombre propio*, sin ser mandatario de los interesados, porque está interesado en asegurar el derecho que se deba inscribir (artículo 6.º, letra c, Ley Hipotecaria), porque está autorizado para subsanar las omisiones que impidan la inscripción del acto o contrato (art. 22 LH) y porque está legitimado para recurrir la calificación (arts. 66 Ley Hipotecaria y 112 de su Reglamento), en la Resolución de 19 de septiembre de 1895 se subordinaba la facultad del Notario para retirar el documento presentado y calificado a la circunstancia de que actuara como *representante* de los interesados.

Sin duda, esta configuración del presentante, como mandatario en sentido estricto, era desorbitada. Pero sus consecuencias han llegado hasta nuestros días, creando la falsa idea de que era imposible presentar un documento sin que el solicitante del asiento estuviera presente en el Registro, por sí mismo o por medio de sus representantes. Esto explica la prohibición de presentar los títulos que llegaban por correo, que la encontramos todavía en el propio Reglamento de 1915. Y aunque se levante en el Reglamento de 1946 —que, siguiendo al Reglamento del Registro Mercantil de 1919, sustituyó la prohibición por autorización para presentar—, la idea de que existe un mecanismo interno de representación directa en el acto de la presentación y de que hay que buscar necesariamente a un apoderado presente en la oficina, justifica las doctrinas de ROCA (el Registrador debe producirse en concepto de mandatario de los interesados), LA RICA (el mismo cartero asume la representación del interesado al solo efecto de la presentación) y CAMY (en este caso hay presentación, pero no presentante) (9).

Había que ser lógicos en algunos puntos básicos y, sobre todo, destruir la idea de que entre los interesados y el presentante tenía que haber necesariamente una relación de representación.

LACRUZ (10) había afirmado ya en 1968 que la petición de inscripción es una *declaración de voluntad* dirigida a poner en marcha el procedimiento registral; la presentación, en cambio, es un *hecho material*,

(8) Véase la Resolución de 14 de marzo de 1950.

(9) En nuestro trabajo «El asiento de presentación y los títulos recibidos por correo» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 520, mayo-junio 1977, páginas 564 y ss.) expusimos dichas teorías y nuestro total desacuerdo, en este punto, con la posición de los tres grandes hipotecaristas.

(10) *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pág. 350.

aunque de importantes consecuencias jurídicas. En ambos casos hay una relación de derecho entre los interesados, de una parte, y el que pide una presentación o solicita una inscripción por otros o en nombre de otros, de otra parte. Esa relación —como dice CAMY (11)— está suficientemente servida con un contrato de arrendamiento de servicios o de mandato de ejecución, en el caso de la presentación; en cambio, la solicitud de inscripción, que supone una decisión sobre el contenido del título, sólo corresponde a los que tienen un interés jurídico en el mismo o a sus representantes. Y este es el representante a que se refiere el artículo 6.º, *d*), de la Ley Hipotecaria y el artículo 39 de su Reglamento.

La Resolución de 19 de junio de 1975, a nuestro juicio, confirma lo expuesto. Al resolver un problema de conflicto entre los interesados y el presentante como persona distinta, precisa no sólo la clara distinción entre uno y otro, sino, sobre todo, la distinta posición y los derechos de cada uno en el proceso de inscripción. No se puede practicar en el Registro —dice el Centro directivo— ningún asiento, salvo casos excepcionales, sin que haya sido solicitado expresamente por los *interesados*, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria y mediante la presentación de los documentos pertinentes. La representación del artículo 6.º, letra *d*), de la Ley Hipotecaria está sumamente facilitada en el artículo 39 del Reglamento; pero si la petición de un asiento concreto se contiene expresamente en el documento presentado y los términos de la inscripción van a ser diferentes, el *presentante* deberá asegurarse de la aquiescencia de los *interesados* a la variación a introducir y el funcionario calificador evitar que se practique un asiento no querido por dichos interesados que, al estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, ha de producir todos los efectos legales.

Es decir, la declaración de voluntad que requiere la práctica de un asiento principal hay que presumirla en quien presenta los títulos en el Registro al objeto de solicitar la inscripción, pero esa presunción tiene un marco que no se puede desbordar: la voluntad de los interesados expresada en el documento que sólo ellos pueden modificar, pero no el presentante. Y si no ha habido expresión de voluntad de los interesados en orden a la práctica del asiento y sus posibles modalidades, hay que presumirla en el presentante, presunción subordinada a la posible actuación directa de los interesados que, a su vez, tiene un límite: la extensión del asiento mismo que, una vez autorizado, queda bajo la salvaguardia de los Tribunales. Todo esto, además, ha de hacerse bajo la dirección del funcionario calificador, que es quien debe apreciar si el tenedor del título

(11) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Granada, 1969, tomo I, pág. 547.

o el que lo envía al Registro agota sus facultades en la solicitud de presentación o puede actuar la voluntad, expresa o presunta, de los interesados en orden a la inscripción y sus modalidades, actuación del funcionario que, en este sentido, tiene un objetivo claro: evitar que se practique un asiento no querido por los interesados.

La reforma reglamentaria, como veremos, habla ya siempre, en los nuevos textos, de presentante o interesados, superando la confusión que implicaba la identificación de uno y otros y especificando los respectivos derechos en cada momento del proceso de registración.

Pero la reforma reglamentaria ha hecho, en nuestra opinión, algo mucho más importante: ha superado también la idea tradicional acerca de la calificación jurídica de los sujetos que, por su relación posesoria con el título, intervienen en el proceso que desemboca en la extensión del asiento de presentación. Con ello no sólo se elimina la necesidad de construir inútiles ficciones para justificar la relación tenedor-presentante, sino que se abre la posibilidad de utilización de los modernos métodos de aportación de datos.

CHICO Y ORTIZ recoge, en su más reciente publicación de carácter general, algunas de las ideas que nosotros habíamos expuesto en un trabajo monográfico dedicado al estudio de los problemas que venía planteando la presentación de títulos enviados por correo y que apareció en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en 1977 (12). Las razonables dudas expuestas por dicho autor en relación con algunos de nuestros puntos de vista creemos que han podido resolverse —abrigamos esa esperanza— tras la reciente reforma reglamentaria. Un resumen de las conclusiones principales de aquel estudio del año 1977 podría contenerse en los siguientes puntos:

1. A las dos figuras tradicionales del presentante y el solicitante del asiento definitivo hay que añadir, a veces, la del simple portador, en el sentido de porteador o transportista del título.
2. Tanto el presentante del título como el solicitante del asiento definitivo han de ser personas jurídicamente interesadas; el mero portador no es necesario que lo sea.
3. El interés del presentante nace de sus relaciones con el o los interesados en el título; el interés del solicitante del asiento definitivo nace directamente del título.
4. Para solicitar la inscripción en nombre de los interesados es necesaria la representación directa, legal o voluntaria; para pre-

(12) Puede verse el tomo I de sus *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 1981, págs. 628 y ss. Nuestro trabajo es el ya citado en la nota 9.

- sentar es suficiente una relación de gestión, mandato o arrendamiento de servicios.
5. El portador material del título no es necesariamente el presentante: el concepto de portador debe identificarse con las personas, pero también, en su caso, con los medios utilizados para hacer llegar el documento al Registro.
 6. La presunción del artículo 39 del Reglamento Hipotecario de considerar representante de los interesados a quien presente los títulos en el Registro al objeto de solicitar la inscripción no puede ser entendida en otro sentido que en el de estimar que el presentante —calificado como tal por el Registrador y fuera del caso en que sólo tenga mandato expreso limitado a la presentación— está facultado para pedir dicha inscripción, pero esa presunta representación de la que dimana puede ser posteriormente revocada o modificada por los interesados (antes de la autorización del asiento, añadiríamos ahora).
 7. No es necesario recurrir a ninguna ficción para justificar la existencia de un solicitante del asiento de presentación cuando el título es remitido por correo, sin que, por otra parte, la presentación pueda ni deba confundirse con la mera dejación del título en la oficina. En este caso, el presentante es el que solicita un asiento de presentación, aunque no esté presente en el Registro, utilizando el correo como vehículo o medio para transportar el título (caso hoy normal de títulos remitidos por Notarías, Gestores administrativos, oficinas del Estado, etc.). Asignar al Registrador la función de presentante (tesis de ROCA) es hacerlo parte en un trámite en el que debe ser totalmente imparcial. Y asignar esa misma función al cartero (tesis de LA RICA) es confundir su carácter de porteador con la naturaleza del envío mismo, al que es ajeno, olvidando que, a veces, el correo no es ni siquiera una persona, sino un medio mecánico, v.gr., en el sistema de casillas o apartados.
 8. El correo, desde luego, debe ser aceptado como medio para transportar los títulos al Registro. La conveniencia de agilizar el trámite de la presentación, el respeto a los principios fundamentales del sistema y la eliminación de toda duda sobre una posible actuación oficiosa del Registrador en la determinación de la prioridad pueden lograrse combinando la modalidad de correo certificado con acuse de recibo con algún medio mecánico de constatación de la hora de entrada, como puede ser el llamado sello o reloj marcador, utilizado en el Derecho mejica-

no (13). Y en un futuro no lejano no sólo el correo, sino el teléfono, el télex, la radio, la televisión y los modernos canales electrónicos de remisión de datos serán inevitablemente utilizados para llevar al Registro los títulos o los datos esenciales del futuro asiento de presentación.

9. Tratándose de documentos expedidos por autoridades que no residan en el lugar del Registro, deben presentarse sin necesidad de devolverlos a sus subalternos allí residentes o al representante del Ministerio Fiscal o Alcaldía.
10. En tanto el sistema no se mejora, el artículo 418, primer párrafo, debiera entenderse —decíamos entonces— no como una triple opción concedida al Registrador, sino como un orden de prelación a seguir: presentar; si no es posible, devolver el título; y, si tampoco es posible la devolución, conservarlo a disposición de quien tenga derecho al mismo.

La Resolución-Circular de la Dirección General de 13 de julio de 1979, ya reiterada, anticipó, en la línea de la reciente reforma reglamentaria, que «en los casos de presentación por correo podrá procederse en una de las formas establecidas por el artículo 418, primer párrafo, del Reglamento; pero, en el caso excepcional de que se opte por la conservación del título en el archivo, sin presentarlo en el Diario, deberá comunicarse al remitente a la mayor brevedad» (norma 1.^a).

Aunque el nuevo artículo 418 puede ser tachado de tímido en algunos aspectos, sobre todo enfocado con una visión de futuro, no hay duda de que ha mejorado el sistema en algunos puntos básicos, afectantes, a nuestro juicio, no sólo al supuesto del título remitido por correo, sino en general a todos los casos de utilización de terceros tenedores, ajenos a la presentación misma; y, con una interpretación comprensiva, se abre la vía para la utilización de medios técnicos avanzados por el presentante para hacer efectiva su solicitud y proporcionar al Registro los datos básicos del asiento. Destacamos del nuevo artículo:

1. No se impone la presentación de los títulos remitidos por correo, sino que se mantiene el sistema de autorización al Registrador, como regla general.
2. Se exceptúa de la regla general el caso de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas, respecto de los cuales el Registrador está obligado a extender asiento de presentación.

(13) Guillermo COLÍN SÁNCHEZ: *Procedimiento registral de la propiedad*, Editorial Porrúa, S. A.; México, 1972, págs. 53, 108 y ss.

3. Se mantiene la triple opción que permite al Registrador presentar y despachar los títulos remitidos por correo, devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición de quien tenga derecho a ellos.
4. No obstante, la libertad que para el Registrador supone esa triple opción, está limitada, ya que, si opta por la no presentación, debe notificar su decisión al remitente (criterio avanzado por la Circular citada más arriba).
5. Si el Registrador opta por la presentación del documento, considerará como presentante al solicitante de la presentación o al remitente.
6. Como hora de entrada en el Registro, en este último caso, el Registrador considerará la de su determinación de despachar el título.

Parece lógico que, aunque el texto reglamentario reformado se refiere específicamente al correo —correo oficial—, la solución deba ser la misma cuando el remitente utiliza los servicios de correos paralelos o empresas de distribución de documentos, o de un propio. Y, como hemos apuntado antes, al separarse jurídicamente las figuras del presentante y el portador del título, se abre la posibilidad de que ese portador sea un medio mecánico o, en el futuro, un canal electrónico o similar.

Quizá la reforma ha tenido la oportunidad de eliminar las dudas sobre una posible actuación oficiosa del Registrador tanto en la decisión misma de presentar el título llegado por correo como en la fijación de la hora de entrada. E incluso en el rápido conocimiento de estos datos por el remitente. Nos remitimos en este punto a lo señalado más arriba sobre las conclusiones de nuestro trabajo de 1977. Pero es evidente que sólo cuando estos datos estén cubiertos con la garantía de la llegada del título —a través de un sistema como puede ser el correo certificado con acuse de recibo— la obligación de presentar podrá sustituir a la simple autorización.

Por último, los artículos 6.º, letra *d)*, de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento, en cuanto regulan la presunción de representatividad en quien presenta los títulos en el Registro con objeto de solicitar la inscripción, se ha complementado en la reforma con el nuevo artículo 425, que presume, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y a las fincas a que el mismo se refiera, siempre que radiquen en la demarcación del Registro y aunque materialmente no se hayan hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia, en todo caso, a esta circunstancia. Es de-

cir, la solicitud tácita de inscripción que resulta de los textos citados es total, independientemente de los datos, tanto físicos como jurídicos, que se hayan hecho constar en el asiento de presentación. Sólo el presentante o los interesados pueden expresamente limitarla. Y es en este caso cuando creemos que la nota de despacho debe expresar la no inscripción de alguno o algunos de los actos o contratos inscribibles contenidos en el documento presentado. En los casos normales, la expresión habitual «Inscrito...» será suficiente para dar a entender la inscripción total del documento.

III. EL ASIENTO DE PRESENTACION COMO MEDIO NORMAL PARA LA DETERMINACION DE LA PRIORIDAD REGISTRAL

En nuestra legislación hipotecaria las máximas ventajas del sistema se otorgan al adquirente civil que, además de acudir al Registro, lo hace antes que el titular de derechos contradictorios sobre la misma finca o derecho real inmobiliario.

La existencia de una pluralidad de fuentes de producción de títulos inscribibles (notariales, judiciales, administrativas, militares, eclesiásticas, privadas), la mayor o menor perfección técnica de los instrumentos utilizados para la creación y reproducción del título, la rapidez o lentitud de los medios de comunicación y transporte, entre otras causas, imponen, inexorablemente, un desfase entre el momento de la creación formal del título inscribible y el de su presentación a registro. El principio *prior in tempore potior in iure* —o su equivalente *prevalet iure qui prevenit tempore*— nace por la necesidad de poner orden —orden jurídico— en el caos originado por aquel desfase, con su inevitable secuela de derechos encontrados sobre la misma finca.

El orden a que nos referimos es doble: el que ha de seguir el Registrador en el despacho de documentos, en el aspecto formal; y en el aspecto sustantivo, el que va a determinar cuál de los derechos que mutuamente se estorban va a prevalecer —función excluyente—, o se va a colocar antes —función prelativa—. Y su establecimiento se hace en función del factor tiempo, siendo el asiento de presentación el medio *normal* para precisarlo, ya que «se considera como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma»; y «para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, re-

lativas a una misma finca, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos» (arts. 24 y 25 Ley Hipotecaria) (14).

Decimos que el asiento de presentación es el medio normal para determinar la prioridad registral porque, como explica LACRUZ (15), no es correcta una vinculación demasiado estricta entre ambos. Todos los autores recogen supuestos de inscripciones en los que el momento de la presentación no determina la plenitud de eficacia registral de los respectivos asientos (16).

Por otra parte, la existencia de dos fechas —la del asiento de presentación y la de la inscripción— determina, a veces y a pesar del «... a todos los efectos legales», la preferencia de la última o del asiento principal (17).

En cualquier caso, el asiento de presentación es importantísimo como medio normal en el establecimiento de ese orden exigido por la prioridad formal, punto de partida para la plena producción de los efectos sustan-

(14) En nuestro trabajo ya citado ahondábamos en estas ideas y en el carácter meramente formal del llamado principio de prioridad que configurábamos como sinónimo de orden o presupuesto y método elegido para hacer posible el funcionamiento del sistema. Aunque no es el momento de volver sobre el tema ni sobre los argumentos jurídico-hipotecarios que justifiquen aquella definición, no nos resistimos a recoger una reciente divulgación sobre las raíces puramente gramaticales del sustantivo *prioridad* que creemos pueden servir para situar nuestro principio en el lugar que le corresponde. Dice el BROCENSE («Diálogo de la Lengua: PRIORITARIO Y PRIORIDAD», ABC. 2 de julio de 1983) que el adjetivo *prioritario*, del inglés *priority*, no lo registra el diccionario académico y es un término irritante y cursi, voz oficinesca que se utiliza hoy como equivalente a *principal*, *sobresaliente*, *de mayor relieve* o *trascendencia*; v. gr., «el objetivo prioritario es...», «mi visita tiene el propósito prioritario...», etc.

En cambio —sigue EL BROCENSE—, el sustantivo *prioridad*, palabra clásica del latín *prior*, en castellano significa *anterior*, y su adverbio *prius*, *primeramente*, *antes que* o *antes de*. *Prioridad*, en lengua castellana, significa anterioridad o preferencia de una cosa a otra que depende o procede de ella y no al contrario. Anterioridad o preferencia —dice el diccionario— EN TIEMPO Y EN EL ORDEN. *Prioridad* equivale a *ORDEN* o *PRECEDENCIA*.

Quizá —pensamos nosotros— no sea posible definir con tan pocas, aunque tan precisas, palabras el verdadero alcance de la prioridad registral.

(15) *Ob. cit.*, pág. 157 y nota al pie.

(16) Pueden citarse: 1) La suspensión de efectos de la publicidad en el caso de los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria; 2) la concesión de igual rango a todos los que anoten su derecho en los casos del artículo 45 de la Ley Hipotecaria, sin que el ser anterior en el Diario comporte ninguna ventaja; 3) la anotación preventiva a favor de los legatarios de género o cantidad (art. 51 en relación con el 48 de la Ley Hipotecaria); 4) el caso de la anotación de embargo es bien conocido: aquí lo que quiebra no es sólo la ecuación prioridad-asiento de presentación, sino el principio mismo de prevalencia de la apariencia sobre la realidad extrarregistral.

(17) Por ejemplo: 1) Para el ejercicio de retractos legales; 2) cómputo de la caducidad de determinados asientos (arts. 84, 87 y 96 de la Ley Hipotecaria); 3) suspensión efectos inscripciones de inmatriculación (art. 207 de la Ley Hipotecaria), etc.

tivos que, en nuestro sistema, implica la utilización del mecanismo registral.

Pues bien: la reforma reglamentaria de noviembre de 1982, que venimos comentando, ha mejorado, en nuestra opinión, el texto anterior, al menos en tres aspectos básicos, como son los problemas derivados de la colisión entre presentantes, los que surgen por la colisión entre derechos relativos a títulos presentados y la clara fijación de algunos supuestos dudosos de prórroga, lo cual supone una mayor seguridad sobre la vida del asiento de presentación y la prioridad que implica. Pero trataremos de estudiar por separado la reforma en esta triple agrupación convencional que hacemos de cuestiones en torno al llamado principio de prioridad.

A) COLISIÓN ENTRE PRESENTANTES

La reforma trata de evitar o resolver los problemas que puede plantear con tres medidas:

- 1.^a *Supresión del doble Diario.*—La reforma del Reglamento introducida por el Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, dio nueva redacción al artículo 428, cuyo último párrafo dispuso que, en los casos de Registros divididos personalmente y cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, la Dirección General podrá autorizar la apertura de más de un Diario, para términos municipales o secciones determinadas. La reciente reforma —entendemos que con buen criterio— ha suprimido la posibilidad de apertura de más de un Diario, perturbadora para los fines de la prioridad registral.
- 2.^a *Nota de referencia a la presentación.*—El artículo 105 anterior, en caso de retirada o devolución de un título presentado, exigía, además de la nota en el documento y al margen del asiento de presentación, que, si las fincas a que se refería el documento constasen inscritas según el mismo, debía extenderse, en el folio de cada una de ellas y al margen de la última inscripción, una nota de referencia a la presentación que, en los casos de segregación y agrupación, se extendía al margen de la finca matriz o de las agrupadas; en los casos de inmatriculación, agrupación y segregación podían hacerse constar los datos y descripción de las fincas en un libro auxiliar.
El nuevo artículo 426 extiende estas obligaciones a todo supuesto de presentación en el que las fincas consten inscritas se-

gún el título, *aunque éste no se retire*, y permite sustituir el citado *libro auxiliar* por la confección de una *ficha*.

Se trata, indudablemente, de una medida de seguridad para la correcta aplicación de la prioridad registral, sobre todo en Registros donde la documentación a presentar diariamente sea de gran volumen.

- 3.^a *Aportación simultánea de varios títulos por una o por varias personas*.—El nuevo artículo 422 (en parte, los arts. 420 y 426 anteriores) establece reglas precisas para determinar el orden de presentación y, por tanto, la prioridad registral, en el caso de aportación simultánea de varios títulos por una sola persona —en el que ella misma determinará el orden de presentación—, o por varias personas. En este segundo caso se pondrá la misma hora a todos los títulos y se presentarán correlativamente, haciendo constar que a la misma hora se ha presentado otro u otros y citando el número que se les haya dado o deba dárseles. Cuando se trate de títulos contradictorios y no se manifestare por los interesados a cuál de ellos deba darse preferencia, se tomará anotación preventiva de cada uno, expresando que se hace así porque no es posible extender la inscripción o anotación solicitada hasta que los interesados o los Tribunales decidan a qué asiento hay que dar preferencia (art. 422 nuevo, 2.º párrafo). Hay una novedad en el texto reformado en cuanto a la anotación preventiva que, en el anterior, sólo era posible si ninguno de los títulos «contuviere defecto que impida practicar la operación solicitada». Esta exigencia se ha suprimido, y creemos que correctamente, pues la anotación preventiva de que se trata obedece a la imposibilidad de fijar de momento el orden derivado de la prioridad registral. Pero es independiente de los defectos, subsanables e incluso insubsanables, de los respectivos títulos que, en su día, determinarán la práctica o no del asiento definitivo de que se trate. Aunque algún título contenga defectos insubsanables —calificación que, en cualquier caso, está sujeta a recurso— no hay razón para privarlo de la preferencia que pueda corresponderle (18).

(18) Creemos que abona este punto de vista la doctrina de la Resolución de 22 de diciembre de 1971. Presentados al mismo tiempo dos títulos contradictorios —declaró —y planteada judicialmente la cuestión de preferencia, con extensión de la correspondiente anotación de demanda (ver el párrafo cuarto del nuevo artículo 422, equivalente al mismo del 426 anterior), es correcta la denegación de otros asientos que podrían afectar al problema en litigio, como la anotación de suspensión.

B) COLISIÓN ENTRE DERECHOS RELATIVOS A TÍTULOS PRESENTADOS:
TEORÍA CONSTITUYENTE DE LOS DERECHOS CONEXOS
INMOBILIARIOS

La reforma, en este punto, es merecedora, a nuestro juicio, de las máximas alabanzas. Ha dado solución a un gravísimo problema, casi imposible de resolver en la legislación precedente y que revelaba la insuficiencia de las normas reguladoras de la prioridad formal en nuestro sistema hipotecario.

Quizá la mejor manera de plantear y entender dicho problema sea hacer un breve resumen de la Resolución de 11 de marzo de 1978, que, sin duda alguna, es el precedente que más ha pesado en este aspecto de la reforma reglamentaria. La importancia del fallo —en lo resuelto y sobre todo en lo simplemente apuntado— motivó, en su día, tres estudios que es imprescindible tener a la vista para valorar adecuadamente el alcance de la reforma: «El artículo 255 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de marzo de 1978», de Emiliano CANO; «Notas sobre la aplicación del artículo 255 de la Ley Hipotecaria», de César GARCÍA-ARANGO, y el «Comentario» de Tirso CARRETERO (19).

Vamos a resumir el acuerdo de la Dirección General, siguiendo el orden de sus Considerandos y las fundadas opiniones de los tres citados autores, según los casos, en relación con la reforma.

— *Primer Considerando*: Se planteó el problema de si era inscribible una escritura de hipoteca, cuyo asiento de presentación caducó, al no estar inscrito el título previo de compra del deudor-hipotecante, y que, cuando se presenta de nuevo, encuentra ya presentadas —y prorrogados sus asientos de presentación— la citada de compra y otra de aportación a una sociedad de las fincas hipotecadas.

Emiliano CANO (20) concreta la realidad y frecuencia del supuesto: el comprador hipoteca inmediatamente después de la compra; el acreedor hipotecario presenta en seguida su escritura para ganar prioridad; en cambio, el comprador-hipotecante no suele ser tan diligente; retirada la hipoteca para pago del impuesto, y aunque la adquisición también se haya retirado, es más rápida la liquidación en aquélla, por no plantear dificultades la fijación de la base, de modo que, cuando se aporta de nuevo

(19) Los dos primeros trabajos los publicó el *Boletín del Colegio de Registradores*, tomo de 1978, págs. 625 y ss. y 980 y ss., respectivamente. El Comentario de Tirso CARRETERO apareció en el núm. 531, marzo-abril 1979, de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 437 y ss.

(20) Trabajo citado, pág. 625.

la hipoteca, suele estar vigente su asiento de presentación, mientras que la de compra puede motivar la aplicación de la prórroga del artículo 255 de la Ley Hipotecaria. Si, con posterioridad a tales documentos, existiese otra venta o aportación a sociedad presentadas al Diario, la suspensión del asiento de presentación del primer adquirente motivaría la suspensión del asiento de presentación de la segunda adquisición, pero no la del asiento de presentación de la hipoteca, por tratarse de un asiento anterior (ver art. 111 anterior a la reforma), con lo que este último caducaría a los sesenta días, perdiendo su preferencia.

— *Segundo. Considerando:* Se trata fundamentalmente de una necesidad, la coordinación del principio de prioridad (art. 17 Ley) y el de tracto sucesivo (art. 20) cuando el titular de un derecho que obró con toda diligencia y desde el primer momento acude a gozar de la protección registral, no puede lograr la inscripción de su título, por circunstancias totalmente ajenas y de pura mecánica de oficina, unido a una laguna legal y reglamentaria en la regulación de esta materia.

¿Qué había ocurrido para que el principio de prioridad quedara tan malparado? Tirso CARRETERO (21) lo explicó muy gráficamente: que el desigual mecanismo formal de caducidades y prórrogas del asiento de presentación funcionó como diabólico mecanismo para triturar la hipoteca que primero acudió al Registro, que quedó no sólo postergada a otras dos que acudieron más tarde, sino excluida por virtud de la escritura de aportación a la sociedad.

— *Tercer Considerando:* El artículo 111 del Reglamento Hipotecario establece que la suspensión del plazo de vigencia de los asientos de presentación y de las anotaciones de suspensión, en su caso, lleva consigo la de los asientos de presentación *posteriores* relativos a títulos contradictorios, pero no toma en consideración a los títulos que originaron un asiento de presentación *anterior* ya caducado.

Este parece ser el meollo de la cuestión, planteado con toda claridad por Tirso CARRETERO: ¿por qué la suspensión o prórroga por vía de consecuencia no es posible extenderla a los asientos anteriores referentes a títulos cuyo único defecto sea precisamente la falta de inscripción del título cuyo asiento ha sido objeto de la suspensión del transcurso o prórroga conforme al artículo 255? Si la norma —sigue Tirso CARRETERO— que establece la prórroga de los asientos posteriores constituye una defensa o norma de protección de los beneficiarios de tales asientos contra la norma excepcional de prórroga del asiento anterior, ¿no será razonable

(21) Comentario citado, pág. 438.

deducir que, por ser la norma del artículo 111 del Reglamento una cautela contra una norma excepcional (el art. 255, apartado cuarto, de la Ley), debe considerarse como lo más contrario a una norma excepcional y, por ello, de las más idóneas para ser objeto de aplicación analógica en cuanto exista identidad de razón? Aunque reconocía Tirso CARRETERO, en tanto no hubiera una reforma reglamentaria, la dificultad para que los asientos anteriores deban ser prorrogados en todo caso y automáticamente por el Registrador, estimaba conveniente arbitrar medios —como podría ser la anotación preventiva por defecto subsanable del título primeramente presentado que no puede inscribirse por falta de tracto sucesivo— con el fin de evitar el fracaso de la prioridad registral en casos como el del recurso, especialmente si tal prioridad fue ganada de buena fe y máxime en el caso de ser coincidente con la prioridad sustantiva (22).

Emiliano CANO (23), por el contrario, estimó peligrosa la extensión de la prórroga a los asientos de presentación anteriores, pensando que la Resolución habla de prórroga para los asientos de presentación pendientes de pago del impuesto y de suspensión para los posteriores contradictorios, aunque reconoce que el legislador es confuso en los dos artículos, 255 de la Ley y 111 del Reglamento. En igual caso, el Reglamento del Registro Mercantil (art. 51) habla de prórroga. La prioridad, en su opinión, no puede quedar sometida a una finalidad recaudatoria y el despacho de documentos debe ser posible con la sola presentación en la oficina liquidadora, sirviendo de garantía al Estado la nota de afección. En este punto de vista —resuelto en cuanto a los documentos sujetos a autoliquidación por la reciente reforma del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales— insiste también GARCÍA-ARANGO (24). Y no le falta razón a Emiliano CANO cuando argumenta en base a una dificultad de hecho: la nota haciendo constar la suspensión de los asientos de presentación posteriores contradictorios con el suspendido se extiende simultáneamente en ambos; pero ¿y en los asientos que se practiquen con posterioridad? La dificultad es enorme, particularmente en Registros de gran volumen de documentos. Esta dificultad, como veremos, subsiste tras la reforma.

— *Cuarto Considerando:* El principio de prioridad no puede aplicarse con tal rigurosidad que impida al Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, examinar los asientos de presentación relativos a títulos contradictorios pendientes de despacho, aunque (en el caso del recurso) el de la hipoteca ya estaba caducado y no había términos hábiles para tomarlo en cuenta.

(22) Comentario citado, págs. 445, 446 y 447.

(23) Trabajo citado, págs. 626, 633 y 635.

(24) Trabajo citado, pág. 989.

— *Quinto Considerando*: En la actual legislación hipotecaria sólo se contempla el caso de la prórroga o suspensión de los asientos posteriores al prorrogado y, al ser totalmente excepcionales estos casos, no puede el Registrador aplicarlos a supuestos distintos. En una futura reforma reglamentaria —decía la Dirección— sería conveniente plantearse la cuestión de si la suspensión o prórroga de un asiento posterior que es título para uno anterior debiera producir la prórroga de éste.

Apuntaba aquí, a nuestro juicio, la Dirección General hacia una solución ajustada estrictamente al caso del recurso que, como veremos en seguida, la reforma ha superado con creces. Dice Tirso CARRETERO (25) que ni Emiliano CANO ni César GARCÍA-ARANGO se plantean el problema de la extensión por analogía del artículo 111 del Reglamento a los asientos anteriores, solución defendida por el primero, como hemos visto en el comentario al tercer Considerando. De todas formas, GARCÍA-ARANGO (26), como el propio CARRETERO reconoce (27), se refiere a los títulos posteriores, *sean verdaderamente contradictorios o no*, opinión que ya entonces desbordaba el texto del artículo 111.

— *Sexto Considerando*: Extendido el asiento a favor de la sociedad, surge el obstáculo derivado del párrafo 2.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por lo que no podrá practicarse la inscripción solicitada, salvo que el propio titular registral la consienta.

Está claro que la Dirección General no podía fallar de otra manera; pero, como apuntó Tirso CARRETERO (28), la Resolución era una severa amonestación a la doctrina hipotecarista española cuando se jacta en exceso de la perfección de nuestro sistema por la llevanza de un libro Diario para la mejor aplicación del principio de prioridad, cuyos inconvenientes derivan principalmente de la defectuosa y complicada regulación de la duración de los efectos del asiento de presentación.

— *Séptimo Considerando*: En el último Considerando, la Resolución deja en el aire, al no haberse planteado en el recurso, la cuestión de si el artículo 255 de la Ley Hipotecaria establece una *prórroga* de ciento ochenta días en la vigencia del asiento de presentación o, por el contrario, lo que establece es una *suspensión* del plazo de vigencia de dicho

(25) Comentario citado, pág. 446.

(26) Trabajo citado, pág. 987, *in fine*.

(27) Comentario citado, pág. 444, nota 12.

(28) Comentario citado, pág. 439. Señala también Tirso CARRETERO la mayor perfección del sistema alemán que se limita a imponer el despacho por orden de solicitudes dando al Registrador margen discrecional para fijar el plazo de subsanación y pudiendo practicar de oficio una anotación preventiva o un asiento de contradicción, según los casos.

asiento, suspensión que abarcaría el tiempo transcurrido entre la iniciación de la suspensión y la fecha de pago del impuesto, momento en el que volvería a seguir corriendo dicho plazo hasta cumplir los sesenta días de vigencia del asiento de presentación y sin que nunca pudiera rebasarse el de ciento ochenta días de su fecha, ya que, de aceptarse esta última solución, podría implicar una posible nulidad de unos asientos practicados fuera del plazo de vigencia del asiento de presentación.

Con gran rigor, partiendo de los textos vigentes, César GARCÍA-ARANGO (29) se inclina por la suspensión, en base a la opinión de la doctrina autorizada (ROCA, LA RICA) y la dicción de la Ley Hipotecaria, que habla de suspensión en el artículo 255 actual y lo hacía el artículo 246 de la Ley anterior en el caso de consulta del Registrador. Aunque reconoce que el Reglamento —el Reglamento antes de la reforma— es confuso al respecto: unas veces habla de que el asiento de presentación «queda subsistente» (arts. 107 y 109 antiguos); otras habla simplemente de *suspensión* (art. 111 no reformado); otras, de que el asiento de presentación, en estos casos, «surtirá todos sus efectos» (art. 434 anterior). Y en cuanto al cómputo de los plazos, el de ciento ochenta días de duración máxima no le ofrece problemas: empieza al día siguiente del asiento de presentación y termina a los ciento ochenta días hábiles, en base al artículo 17 de la Ley y la Disposición adicional segunda del Reglamento (hoy sería el art. 109, primer párrafo). Pero, dentro de este plazo máximo, el plazo ordinario de sesenta días actúa a modo de escala móvil para cuya fijación, según los casos, hay que tener en cuenta distintas fechas: la del asiento de presentación, la de retirada del título, la de alegación y justificación de la causa de suspensión, la de la nota marginal de suspensión, la de pago del impuesto, la de devolución del título al Registro y la de inscripción del mismo.

Tirso CARRETERO (30) aventuró que, posiblemente, el precepto del artículo 255 de la Ley quiso establecer una suspensión del transcurso del plazo de vigencia durante el período que corriese entre retirada y pago del impuesto; pero, por razones de seguridad jurídica, en el último momento, recurre a una simple modificación del plazo ordinario de vigencia del asiento de presentación, sustituyendo los sesenta días por los ciento ochenta. No cabe desconocer —termina— las ventajas de la solución más simple y segura de prórroga *hasta* ciento ochenta días contados desde la fecha del asiento de presentación. Pero —insiste— nunca debe hablarse de prórroga *de* ciento ochenta días, ni de prórroga *por*

(29) Trabajo citado, págs. 981 y 982. En cambio, estimó prórroga y no suspensión el supuesto del artículo 111 del Reglamento.

(30) Comentario citado, págs. 443 y 445.

ciento ochenta días. La solución de Tirso CARRETERO es, como veremos, la adoptada por la reforma.

En la modificación reglamentaria está plenamente asegurada la protección del que, habiendo presentado antes su título, no puede obtener la inscripción sin el previo despacho de otro título presentado con posterioridad. La prórroga de su asiento de presentación puede lograrla por propio impulso; pero, además, se impone al Registrador la obligación de hacer constar automáticamente dicha prórroga en determinados casos. Los veremos separadamente:

a) *Prórroga a instancias del presentante o interesado: art. 432, 1.º, letra c).*—En el caso de que, para despachar un documento, fuese necesario inscribir previamente algún otro presentado con posterioridad, el asiento de presentación del primero se prorrogará a instancia de su presentante o interesado hasta treinta días después de haber sido despachado el documento presentado posteriormente o hasta el día que caduque el asiento de presentación del mismo.

Aunque dichos treinta días son de *vigencia* del asiento de presentación, para nosotros no ofrece duda —e insistiremos más adelante— que lo que se ha querido es asegurar, en todo caso, ese plazo mínimo de treinta días para verificar la inscripción, una vez removido el obstáculo que impedía el despacho del título presentado antes. Por esta razón, modificado el artículo 97, primer párrafo, por el Real Decreto de 21 de diciembre de 1983, en el sentido de reducir a *quince días* el plazo para practicar la inscripción, no entendemos por qué se mantiene el referido plazo de treinta días no sólo en este supuesto, sino también en los restantes, como veremos, del nuevo artículo 432.

Pero sobre este punto y lo que puede ser una interpretación sistemática del Reglamento en orden a la configuración del concepto de justa causa para la aplicación del plazo extraordinario de *treinta días* para la práctica de la inscripción a que se refiere el artículo 97, trataremos más adelante.

Ha de destacarse que esta prórroga debe concederse independientemente de que el asiento posterior haya sido o no prorrogado. Incluso creemos que el supuesto normal será el de que ambos asientos de presentación, el anterior y el posterior, se encuentran en el transcurso del período legal de sesenta días. Si el título presentado con posterioridad llega a despacharse, el presentado antes tiene aún *hasta* treinta días de vigencia de su asiento de presentación, contados desde el siguiente a la fecha de aquel despacho. Y si el título presentado después y que es previo no llega a despacharse, el asiento de presentación del primero y

el del segundo caducarán el mismo día, o dicho de otro modo, el asiento del primero se prorroga hasta que caduque el asiento del segundo.

Se trata de asegurar la subsistencia del asiento de presentación del título que primeramente llegó al Registro en tanto subsista el del título llegado después, con el fin de evitar —como ocurrió en el caso del recurso que acabamos de ver— la inscripción de los posibles actos de enajenación o gravamen emanados del titular registral nacido a virtud del título presentado después, y cuya inscripción podría perjudicar al que fue más diligente en acudir al Diario.

En todo caso, para que esta prórroga se produzca, es necesario «instancia del presentante o del interesado», que debiera ser expresa y por escrito, aunque el texto del Reglamento no lo diga, pues así se evita toda posible oficiosidad del Registrador que, en la concesión de esta prórroga, actúa a virtud de impulso de presentante o interesados, a diferencia de los supuestos que veremos a continuación de prórroga de un asiento como consecuencia de la prórroga de otro.

Por último, la prórroga se hará constar por nota al margen del asiento de presentación que queda prorrogado, es decir, el correspondiente al título primeramente presentado (ver el número 3.º del nuevo art. 432).

b) *Prórroga automática de un asiento como consecuencia de la prórroga de otro: teoría constituyente de los derechos conexos inmobiliarios.*—La reforma no se ha detenido en el supuesto del título presentado antes cuyo despacho está pendiente del de otro presentado después. El artículo 111 del Reglamento, anterior a la reforma, había previsto la suspensión del plazo de vigencia de los asientos de presentación *posteriores relativos a títulos contradictorios*, en caso de suspensión del plazo de vigencia de otros asientos anteriores. Como ya hemos apuntado, César GARCÍA-ARANGO se refería en su trabajo (31) al supuesto de títulos posteriores —*sean verdaderamente contradictorios o no*— como de muy diferente naturaleza al típicamente regulado en el artículo 255 de la Ley que exclusivamente contempla el caso del título retirado para pago del impuesto, sin plantearse el tema de la prioridad y los efectos sobre los títulos posteriores, aclaración que atinadamente completaba señalando que el artículo 111, como el primer párrafo del propio texto indica, hay que referirlo a los supuestos del artículo 19 de la Ley, no a los del artículo 255.

Tirso CARRETERO, igualmente, no sólo había propugnado la extensión de la prórroga a los asientos tanto anteriores como posteriores en los casos de ambos artículos, 255 de la Ley y 111 del Reglamento, sino que, al concretar los supuestos de aplicación, utiliza una terminología,

(31) Trabajo citado, págs. 987 y 988.

diríamos que deliberadamente imprecisa, ante la exigencia de superar la idea de extensión de la prórroga exclusivamente a los asientos relativos a títulos contradictorios: asientos de presentación *contradictorios o coordinados* con el que se considera; asientos *conexos* de la misma naturaleza; asientos *contradictorios o relacionados*; asientos *contradictorios y no propiamente contradictorios*; asientos *contradictorios* y asientos *concatenados*, etc., son las expresiones que utiliza (32).

Con una evidente preocupación por asegurar los efectos de la prioridad registral, el nuevo texto reglamentario formula hasta tres reglas, sustancialmente idénticas, en las que —justo es decirlo— recoge las propuestas, que hemos venido exponiendo, del «Comentario» de Tirso CARRETERO. Nosotros, al menos, lo entendemos así. Los respectivos artículos son los siguientes, y de ellos empezaremos por destacar la rúbrica bajo la que aparecen:

1) *En relación con el plazo para verificar la inscripción: art. 97, párrafo segundo.*—Después de disponer en su primer párrafo el artículo 97 (tras las dos reformas de 1982 y 1983) que «las inscripciones se practicarán, si no mediaren defectos, dentro de los *quince días* siguientes a la fecha del asiento de presentación, o de los *treinta* si existiese justa causa, y, en todo caso, dentro del plazo de vigencia de dicho asiento a que se refiere el artículo 17 de la Ley», el segundo párrafo, ampliamente novedoso, establece: «Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción o tuviere defectos subsanables, el plazo indicado se contará desde la devolución o subsanación. En tales casos, si los documentos se aportaren dentro de los diez últimos días de vigencia del asiento de presentación, se entenderá prorrogado dicho asiento por un período igual al que falte para completar los *diez días*. La prórroga implicará la de los asientos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores.»

Nos encontramos, por tanto, con que hay tres plazos distintos para la práctica de la inscripción, o más concretamente, tres plazos dentro de los cuales, en principio, tiene que producirse la calificación e inscripción de los títulos presentados al Diario. Vamos a intentar considerarlos brevemente por separado:

- a') *Plazo de quince días* siguientes a la fecha del asiento de presentación.—Es el plazo que podemos calificar normal y es un plazo doble: de calificación y de inscripción. Si no existe ningún impedimento material o legal (ver último párrafo del mis-

(32) Comentario citado, págs. 443, 444, 445 y 446.

mo art. 97), *dentro* de esos quince días debe producirse la inscripción del título cuya calificación por el Registrador ha revelado que no hay obstáculo alguno para ello. El concepto de impedimento material o legal, como vamos a ver en seguida, es más amplio que el de defecto, subsanable o insubsanable.

En definitiva, este plazo de quince días es, según el Reglamento Hipotecario, el de inscripción de aquellos títulos hipotecariamente aptos para su acceso a los libros del Registro de la Propiedad, definición que resulta de la calificación emitida dentro de ese mismo período de tiempo. Si el concepto teológico o seráfico de lo inmaculado pudiera aplicarse a la titulación registrable, éste y no otro sería el límite temporal para su despacho.

- b') *Plazo de treinta días* siguientes a la fecha del asiento de presentación, *si existiese justa causa*.—Indudablemente, este plazo lo es para la inscripción, pero no para la calificación. La utilización por el Registrador de este plazo está condicionada a un requisito: que aprecie la existencia de justa causa para desbordar el plazo normal de los quince días, y eso debe hacerlo dentro de este último plazo. Está claro que la apreciación de si se da o no justa causa para practicar la inscripción en el plazo de treinta días y no en el de quince es de la exclusiva competencia y responsabilidad del Registrador. Pero *¿qué debe entenderse por justa causa*, puesto que el Reglamento directamente no la define?

Con toda intención, hemos dicho *directamente* porque creemos que una interpretación sistemática del Reglamento, tal como ha quedado tras las dos reformas de 1982 y 1983, puede acercarnos a lo que el legislador ha querido decir cuando en el nuevo artículo 97 habla de justa causa.

La primera pregunta que debemos hacernos es la siguiente: si la calificación, hecha por el Registrador dentro del plazo normal de los quince días, es desfavorable porque el título o el Registro ofrecen algún tipo de impedimento material o legal, ¿debe el Registrador extender la nota de calificación o, en general, advertir los obstáculos al presentante o a los interesados dentro de ese plazo de quince días o dentro del de treinta días, por haber apreciado la referida justa causa? Creemos que la respuesta está en el artículo 429: «Si la calificación fuere desfavorable... se notificará al presentante o al interesado, verbalmente o por escrito...» No se establece aquí ningún plazo. Por el contrario, en el segundo párrafo del propio artículo, se sigue

diciendo: «En todo caso, transcurrido *el plazo de treinta días* que señala el artículo 97, el Registrador extenderá la nota de calificación correspondiente o despachará el documento de acuerdo con su calificación...» Es decir, el Reglamento, en caso de calificación desfavorable, remite al plazo de los treinta días del artículo 97, previsto para los supuestos en que una justa causa autoriza a ampliar el plazo normal de quince días. En este caso no hay ninguna duda —¡hablen cartas y callen barbas!— de que la calificación desfavorable es aquí un supuesto de justa causa.

Desde luego, podemos pensar que, por la rapidez con que se ha hecho la reforma de 1983, el legislador se ha olvidado, al modificar el artículo 97, de lo que decía en el artículo 429. Pero esto es un juicio temerario. Una interpretación que pretenda ser rigurosa no puede apoyarse en el presunto olvido del legislador. Al contrario, debe pensar que el legislador nunca se olvida de nada y partir de la necesaria correlación sistemática de los distintos preceptos.

En segundo lugar, ¿qué debemos entender por *calificación desfavorable* en orden a la obligación que se impone al Registrador de practicar las inscripciones en el plazo de quince o de treinta días? El propio artículo 97, último párrafo, como hemos apuntado, habla de «*impedimento material o legal*» para practicar la inscripción en los plazos fijados. Estamos, desde luego, una vez más, ante un concepto genérico y muy amplio. Pero también creemos, del mismo modo, que es posible de concreción, en alguna medida, sin salirnos del propio Reglamento Hipotecario.

Indudablemente, pueden darse *impedimentos de orden material*, derivados de circunstancias extraordinarias que el propio Reglamento prevé. No vamos a extendernos sobre lo ya dicho a propósito de la cronología de la presentación (ver II, letra E), y cómo el artículo 417 nuevo ha previsto incluso la llevanza de un *libro de entrada* con trascendencia hipotecaria en caso de excesiva acumulación de títulos (no nos referimos al Libro de Entrada que, con alcance simplemente administrativo, ha creado el Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo), lo cual puede dar lugar a la imposibilidad material de cumplir el plazo de los quince días. Y, en fin, la realidad es siempre imprevisible y puede, en cualquier momento, poner obstáculos materiales a la marcha de un Registro de la Propiedad.

Más interés tienen los *impedimentos de orden legal* que pueden constituir justa causa para la aplicación del plazo de los treinta días. Tenemos que volver al artículo 429, que, junto con el artículo 434, creemos que agotan lo que, con denominación más amplia y comprensiva, el primero de ellos llama supuestos de *calificación desfavorable*, entre los que se incluyen:

— *La retirada del título*, ya lo sea inmediatamente después de presentado, sin calificación (véase art. 427), ya sea la retirada a que se refiere el citado artículo 429, por la que optan presentante o interesado después de la notificación a que se refiere dicho último artículo. Pero, en realidad, la retirada del título es un impedimento material para su despacho, si faltar la materia prima que, una vez manipulada, da lugar al asiento registral. Otra cosa son los posibles impedimentos derivados del título mismo o de su relación con el Registro, y, en este sentido, el título retirado no ofrece particularidad alguna. Por esta razón, creemos que el párrafo segundo del artículo 97 —que contiene las especialidades en la materia aplicables a los títulos retirados o defectuosos— hace muy bien en no referirse concretamente a ninguno de los dos plazos del primer párrafo y sigue hablando del «plazo indicado». Es decir, que el título retirado, una vez aportado de nuevo, puede no ofrecer obstáculo alguno para su despacho, en cuyo caso se aplicará el plazo de los quince días, o puede ofrecer dificultades que constituyan justa causa para extender el plazo hasta los treinta días.

El supuesto de devolución del título retirado dentro de los diez últimos días de vigencia del asiento de presentación lo veremos por separado.

— La existencia de *defectos, subsanables o insubsanables*. Es lógico que el trámite de notificación, comparecencia, en su caso, y firma de la nota por el citado, opciones que tiene, etcétera, justifiquen la aplicación del plazo de los treinta días para extender las oportunas notas. Otra cosa es que, una vez aportados los documentos subsanatorios, entre en juego el segundo párrafo del artículo 97, como acabamos de ver.

— Aunque está incluido en el supuesto anterior, el artículo 429 cita expresamente el caso de que, una vez se le haga la notificación, presentante o interesados opten por solicitar que

la extensión de la *nota de suspensión o denegación* se haga con *expresión de los motivos*.

- En el mismo caso anterior, cuando opten o expresen su conformidad a la extensión del *asiento con eliminación de los pactos o estipulaciones rechazados*.
- Cuando manifiesten su conformidad a la práctica del *asiento con el alcance y contenido que exprese la calificación*.
- Cuando presentante o interesados opten por *desistir* de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiera.
- Igualmente, cuando el *carácter o modalidad del asiento practicado haya de diferir de lo solicitado* o pretendido en el título.

Probablemente, con esta relación, contenida en los artículos 427, 429 y 434 nuevos del Reglamento, no hemos agotado los supuestos que, con la interpretación literal y sistemática que hemos seguido, pueden constituir supuestos de justa causa a los efectos de *aplicar el plazo de treinta días y no el de quince* recogidos en el artículo 97, primer párrafo. Pero hemos querido no salirnos del texto reglamentario, única garantía de lo que puede ser, en nuestra modesta opinión, práctica suficientemente fundamentada.

- c') *Plazo de diez días*—Si el título retirado o los documentos sub-sanatorios del calificado defectuoso se aportan dentro de los diez últimos días de vigencia del asiento de presentación, se entiende prorrogado este último por un período igual al que falte para completar los diez días. O sea se reduce a sólo diez días el plazo para despachar y, en su caso, calificar el documento.

Esto es lo que se deduce literalmente del artículo 97, aunque no creemos que sea ese el espíritu de la reforma. Aquí al legislador diríamos que se le ha ido la mano y que debió distinguir entre títulos calificados o no, que es lo que hacía en el fondo el artículo 434 antiguo cuando, al regular el derecho del interesado a la devolución sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación, lo limitaba a dos casos: tratarse del supuesto del artículo 255 de la Ley o ser defectuosos los documentos presentados. Y la propia reforma, en el nuevo artículo 428, siguiendo creemos que el espíritu del artículo 105 anterior (que hablaba de devolución por falta que impida la inscripción o por otra causa) se refiere a la retirada

«para pago de impuestos, subsanación de defectos o por cualquier otra causa». Esta *causa* entendemos que ha de ser una causa jurídico-hipotecaria, lo cual implica la previa calificación. La retirada inmediata, sin calificación, y la aportación dentro de los diez últimos días de vigencia del asiento de presentación es, aparte de lo dicho, un medio que se pone a disposición del presentante o interesado para ampliar «por su cuenta», sin intervención del Registrador, el plazo legal de sesenta días, sin causa jurídico-hipotecaria alguna que lo justifique.

Pues bien: «la prórroga implicará la de los asientos *contradictorios o conexos, anteriores o posteriores*». Se hará constar por nota al margen del respectivo asiento de presentación la devolución o aportación de los títulos o de los documentos subsanatorios. Pero, además, el Registrador debe hacer constar también la prórroga al margen de cada uno de los asientos contradictorios o conexos. Esto le va a obligar a dos cosas: a fijar el concepto de título conexo —el de título contradictorio no le ofrecerá problemas, pues hay una elaboración hipotecaria del mismo— y a un examen detenido del Diario, de todos los asientos vigentes que respondan a ese concepto. Pero dejaremos esto para más adelante.

2) *En relación con la calificación registral y sus efectos: art. 111, párrafo 3.º*—Los supuestos específicos son los del artículo 19 de la Ley; es decir, la facultad que tienen los interesados para recoger el documento, subsanar las faltas dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, pedir anotación preventiva, recurrir la calificación gubernativamente o formular demanda ante los Tribunales de Justicia.

También en estos casos «la prórroga del plazo de vigencia de los asientos de presentación y, en su caso, de las anotaciones preventivas llevará consigo la prórroga del plazo de vigencia de los asientos de presentación relativos a títulos *contradictorios o conexos, anteriores o posteriores*». Y «el Registrador hará constar esta circunstancia por nota al margen de los asientos de presentación».

Aquí sí estamos claramente ante un supuesto de prórroga de asientos de presentación motivada por la de otros. Y, como veremos, la reforma ha aceptado íntegramente la tesis de Tirso CARRETERO de extender dicha prórroga, de modo automático y sin necesidad de petición de los interesados, a los asientos no sólo posteriores relativos a títulos contradictorios, como rezaba el artículo 111 antiguo, sino a los asientos de presentación tanto posteriores como anteriores, y no sólo a los contradictorios, sino también a los relativos a títulos conexos.

3) *En relación con la rúbrica relativa al Diario y asientos de presentación: art. 432, 2.º, 3.º, 4.º*—Se reitera la norma anterior, pero limitándola, en cuanto a las anotaciones, exclusivamente a las por defectos subsanables: «la prórroga del plazo de vigencia de los asientos de presentación y, en su caso, de las anotaciones preventivas por defectos subsanables llevará consigo la prórroga de los asientos de presentación anteriores o posteriores relativos a título contradictorio o conexos».

Decimos que la norma es reiterativa porque si el artículo 111 se refiere a anotaciones preventivas en general, sin especificar, está claro que incluye a las por defectos subsanables.

Se reitera también la advertencia al Registrador de que «la prórroga de los asientos de presentación se hará constar por nota al margen de los mismos» (art. 432, núm. 3.º), contenida igualmente en los artículos 97 y 111. De esta nota destacaremos dos aspectos: en primer lugar, la dificultad —puesta ya de relieve antes de la reforma por Emiliano CANO, según apuntábamos más arriba— de que no escape ningún posible asiento contradictorio o conexo a la extensión de la misma, porque esa nota haciendo constar la prórroga se extenderá simultáneamente en el asiento prorrogado y en los contradictorios o conexos anteriores o posteriores existentes ya; pero ¿y en los asientos que se practiquen después? En los Registros de gran volumen de títulos es casi imposible garantizar el control de todos aquellos que tengan una relación de contradicción o conexión con el prorrogado, problema que se acentúa ante la falta, como veremos, de un concepto preciso sobre la idea de conexión jurídico-hipotecaria.

En segundo lugar, habría que cuestionar el alcance de esa nota haciendo constar la prórroga. Nosotros suscribimos íntegramente el planteamiento hecho por Emiliano CANO (33), adaptado a los textos reformados. Es decir, que, frente a la tesis de los que sostienen que no es precisa la extensión de la nota marginal para que los asientos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores, se entiendan prorrogados, debido al automatismo de esta prórroga, pensamos que lo único que puede acreditarla es la nota marginal. Como dice CANO, siendo el principal objeto del Registro la publicidad respecto de terceros, éstos no podrían resultar perjudicados por un asiento que, conforme a su fecha, resulta caducado, ya que la caducidad opera de modo automático, mientras que la prórroga requiere siempre un asiento en el que se haga constar, por ser un supuesto excepcional que no puede presumirse.

Por último, el artículo 432, 4.º, establece para los asientos prorrogados como consecuencia de la prórroga de otros, una norma análoga a

(33) Trabajo citado, pág.-634.

la que, para el caso de prórroga a instancias del presentante o interesado, hemos visto en el apartado anterior. Dice el texto reglamentario que «los asientos prorrogados como consecuencia de la prórroga de otro caducarán a los treinta días, contados desde el despacho del documento a que se refiera aquel asiento o desde su caducidad, salvo que su plazo de vigencia fuera superior». En cuanto al mantenimiento por la reforma de 1983 del plazo de treinta días, nos remitimos a lo ya dicho en el repetido apartado *a)* anterior.

Allí el asiento de presentación del título primeramente presentado se prorrogaba hasta treinta días después de haber sido despachado el documento presentado posteriormente, o hasta el día que caducara su asiento de presentación. Ahora se añade una posible salvedad: que el plazo de vigencia de los asientos prorrogados por prórroga de otro, contradictorio o conexo, fuera superior. Allí no podía darse este supuesto por dos razones: porque el asiento de presentación prorrogado es siempre anterior y porque ambos, el anterior y el posterior, se encuentran en el transcurso del plazo normal de sesenta días del artículo 17 de la Ley.

Ahora bien: tanto aquí como allí, la finalidad de la prórroga enlaza con la necesidad de asegurar a cada presentante el puesto, el orden ganado a virtud del ejercicio diligente de la prioridad formal, cuando el asiento que haya de practicarse pueda entrar en conflicto o estar relacionado o conexionado con los derechos reales inmobiliarios objeto de los demás títulos.

Y es esta consideración de partida la que nos enfrenta con el verdadero problema de fondo: ¿qué requisitos, condiciones o elementos de orden jurídico-hipotecario ha de contener un título para que el Registrador pueda y deba entender que se encuentra, respecto de otro título presentado, en relación de conexión jurídico-inmobiliaria?; ¿qué diferencia el título conexo del contradictorio, si es que hay alguna diferencia?

Creemos que el problema es importante, porque de su solución depende la actitud a adoptar en los cuatro supuestos de prórroga recogidos en los apartados *a)* y *b)* precedentes. Decimos los cuatro porque, aunque en el caso de prórroga a instancias del presentante no se alude a títulos o derechos conexos, sino sólo a la necesidad de previa inscripción de un título presentado después, esto último supone también una previa calificación de conexión inmobiliaria. Justamente esto es lo que ocurría, como vimos, en el caso de la Resolución de 11 de marzo de 1978, y, por ello, sus tres citados comentaristas —CANO, GARCÍA-ARANGO y CARRERERO— hablaban de la necesidad de ampliar el concepto de título contradictorio.

El interés del tema es el que nos ha llevado a nosotros —sin ningún

tipo de énfasis, sino exclusivamente con pretendido sentido práctico— a hablar de lo que pudiera ser una especie de teoría en formación de los derechos conexos inmobiliarios, cuyo desarrollo confiamos a los estudiosos en aras de una mayor precisión de la que, por encima de todo, debe ser precisa, terminología hipotecaria.

Teoría constituyente de los derechos conexos inmobiliarios.—No establecemos solución de continuidad con el apartado más general que vemos estudiando de colisión entre derechos relativos a títulos presentados, porque entendemos que no la hay y que no es posible entender nuestro intento sin tener muy presente cuanto ha quedado ya expuesto como antecedente.

En el orden estrictamente etimológico, *conexo* es un adjetivo derivado del verbo latino *connectere*, unir, enlazar, y se aplica a la cosa que está unida o enlazada con otra, o a la que va agregada y pendiente de otra principal (34). Se trata, por tanto, de un adjetivo que nos refleja una situación de hecho: que algo está unido, o enlazado, o relacionado con otra cosa, tanto si depende de ella como si es ésta la subordinada a la primera.

Trasladada esta idea al orden jurídico-general, la conexión implicará relación jurídico formal entre alguno o algunos de los elementos subjetivos u objetivos de distintos negocios jurídicos, de tal modo que los derechos derivados de los mismos dependen unos de los otros, ya sea para su misma constitución, ya sea para su eficacia.

En el orden jurídico-hipotecario, la conexión habrá que referirla a los derechos confluyentes en el mismo inmueble o derecho real inmobiliario, nacidos de la misma o de distintas relaciones jurídicas y afectantes a los respectivos sujetos. Esas relaciones y los derechos de ellas derivados podrán estar conectados entre sí, dando lugar a una situación de contradicción que imponga bien la preferencia de unos sobre otros, bien la exclusión de unos en beneficio de otros (contradicción clásica); o dando lugar a una situación de conexión, formal o sustantiva, pero en la que los respectivos derechos mantienen entre sí una posición de plena autonomía, sin depender los unos de los otros (derechos simplemente conexos).

La idea de conexión jurídico-hipotecaria se nos aparece así como un concepto genérico que habríamos de referir a los derechos que tienen alguna relación entre sí, ya sea por razón de los sujetos, del inmueble o derecho real inmobiliario a que afectan o de las situaciones jurídico-inmobiliarias antecedentes o consecuentes. Si hablamos de títulos, en sen-

(34) Es la definición etimológica de la *Enciclopedia Espasa*, tomo 14, página 1134.

tido formal, serían conexos aquellos entre los que se den las citadas circunstancias. Si no se dan, no hay ni títulos ni derechos conexos.

Podemos concretar, pues, una primera clasificación. Que los títulos y los derechos en ellos contenidos, en orden a la relación que mantengan entre sí, pueden ser *conexos* y *no conexos*.

Ahora bien: esta relación o *conexión* puede ser, en primer lugar, *de carácter simple*, sencillo, manteniendo los títulos y derechos en ellos contenidos su autonomía o independencia, de tal modo que ninguno de ellos necesita o precisa de los demás para su constitución sustantiva y ejecución o realización. No hay entre estos títulos conexos ningún tipo de oposición o incompatibilidad de fondo. Podrá haber *dificultades* al tratar de ordenar los respectivos derechos, a la hora de aplicar lo que podríamos llamar *reglas del juego*. Pero serán dificultades transitorias, de mera forma, derivadas de la coordinación o concatenación que existe entre ellos y que, por definición, excluye toda idea de contradicción.

A su vez, esta conexión simple puede tener un doble origen. Podemos hablar de una *conexión formal o meramente externa* y de una *conexión sustantiva o interna*. En el primer caso incluiríamos aquellos derechos coordinados o concatenados, pero nacidos de títulos diferentes y que, en todo caso, mantienen su independencia. Por ejemplo: necesidad de previa inscripción de la transmisión anterior para poder inscribir la posterior, en general (art. 20 Ley Hipotecaria); necesidad de previa inscripción de la compra para poder inscribir la hipoteca otorgada por el comprador. En estos casos el título anterior y el posterior, o el título de compra y el posterior de hipoteca, se encuentran entre sí en una relación de conexión simple. Se trataría de derechos conexos, pero independientes, sin que se dé entre ellos ninguna relación de contradicción.

En el segundo caso —conexión simple, pero sustantiva o interna— estaríamos ante derechos autónomos, pero nacidos de un mismo negocio jurídico o de una ordenación jurídica que les es común. Por ejemplo: en la hipoteca en garantía de títulos nominativos o al portador en la que cabe la ejecución parcial separada cuando existan otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución (art. 155 Ley Hipotecaria); en el caso de hipoteca cambiaria única en garantía del pago, de varias letras, pues cada tenedor podrá proceder a ejecutar aisladamente la hipoteca, en base al impago justificado con el protesto de la letra y con subsistencia de la hipoteca en cuanto a las restantes (Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979); en el supuesto del artículo 45 de la Ley Hipotecaria de adjudicación de bienes inmuebles de una herencia, concurso o quiebra para pago de deudas reconocidas contra la misma universalidad, los acreedores reconocidos por escritura o

sentencia pueden obtener anotación preventiva de su derecho, independientemente los unos de los otros, siempre que lo hagan dentro del plazo de ciento ochenta días; lo mismo en el caso de legatarios de género o cantidad a que se refieren los artículos 48 y 51 de la Ley Hipotecaria; en el caso que hemos llamado de presentación múltiple simultánea del mismo título, cuando cada uno de los asientos contenga la solicitud de inscripción separada de los distintos actos documentados (párrafo 2.º del nuevo art. 108 del Reglamento), etcétera.

En segundo lugar, la conexión puede ser de derechos no autónomos, sino interdependientes, de tal modo que la interrelación existente entre ellos es tan importante que da lugar a una situación jurídica de mutua contradicción, lo cual va a producir un choque frontal que puede afectar al nacimiento mismo de alguno de esos derechos o, en otro caso, a su eficacia, o al alcance de sus posibilidades de realización o ejecución. Es decir, esos derechos *contradictorios* unas veces serán *compatibles*, pero reclamando prioridad o preferencia de unos sobre otros —v.gr., en la constitución de distintos derechos reales sobre una misma finca— y otras veces serán absolutamente *incompatibles* —caso de la doble venta: artículos 1.473 Código Civil, 17 y 32 Ley Hipotecaria—, imponiendo la exclusión de unos en beneficio de otros.

Este podría ser un esbozo o punto de partida para intentar dar contenido jurídico-hipotecario a la nueva terminología introducida por la reforma reglamentaria. En todos estos casos de conexión tendrían aplicación los artículos que hemos venido comentando y que utilizan reiteradamente la expresión «títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores». Para una mayor concreción, hemos sintetizado nuestros puntos de vista en el cuadro que se adjunta.

Desde luego, creemos estar ante la formulación legal de una terminología totalmente nueva (aceptaremos, si no es así, nuestro error), aunque no faltan antecedentes de su utilización en la jurisprudencia hipotecaria. Por ejemplo, las Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, que consagraron la llamada doctrina de los actos complejos, para permitir al marido «adquirir bienes para la sociedad conyugal hipotecándolos en forma simultánea y *conexa*, sin necesidad de obtener el consentimiento de la mujer».

Y los reiteradamente citados comentaristas de la Resolución de 11 de marzo de 1978 —CANO, GARCÍA-ARANGO y CARRETERO— parecen utilizar la idea de *conexión* como opuesta a la de *contradicción*, o para incluir en ella todos los casos que no sean de oposición o incompatibilidad, aunque no concretan los distintos supuestos.

DERECHOS
REALES
INMOBILIARIOS

CONEXOS
(De posible confluencia sobre un mismo inmueble o derecho real inmobiliario.)

SIMPLEMENTE
CONEXOS
(Derechos autónomos.)

CONEXIÓN FORMAL
O EXTERNA
(Derechos completamente autónomos.)

CONEXIÓN SUSTANTIVA
O INTERNA

(Derechos autónomos, pero nacidos de un mismo negocio jurídico o sujetos a un mismo régimen.)

CONTRADICTORIOS
(Derechos interdependientes.)

COMPATIBLES
(Que reclaman prioridad de unos sobre otros.)

INCOMPATIBLES
(Que imponen exclusión de unos en beneficio de otros.)

- Necesidad de previa inscripción de la transmisión anterior para inscribir la posterior (art. 20 de la Ley Hipotecaria).
- Necesidad de previa inscripción de la compra para inscribir la hipoteca (ítem).
- Etc., etc.

- Hipoteca en garantía de títulos nominativos o al portador, cuando haya ejecución separada (artículo 155 de la Ley Hipotecaria: «dejando subsistentes...»).
- Hipoteca cambiaria única en garantía del pago de varias letras (Resoluciones de 31-10-78 y 18-10-79).
- Anotación en favor de los acreedores de una herencia, concurso o quiebra (art. 45 de la Ley Hipotecaria).
- Anotaciones de legados de género o cantidad (arts. 48 y 51 de la Ley Hipotecaria).
- Nuevo artículo 108, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, o solicitud separada de inscripción de los distintos actos de un mismo título.
- Etc., etc.

- En general, varios derechos reales sobre una misma finca.
- Una primera hipoteca respecto de una segunda, tercera...
- Etc., etc.

- Doble venta: artículos 1.473 del Código Civil, 17 y 32 de la Ley Hipotecaria.

NO CONEXOS

C) ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS DE PRÓRROGA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN

Sin repetir lo ya dicho, vamos a concretarnos a aquellos supuestos a los que la reforma ha dado una mayor claridad.

Tampoco pretendemos agotar los supuestos de prórroga del asiento de presentación, anteriores o posteriores a la reforma. En este sentido, creemos que sigue siendo válido el estado de la cuestión que, antes de la modificación reglamentaria, expuso José A. RUIZ RICO en su trabajo «Prontuario del asiento de presentación» (35).

- 1) *Caso de recurso: arts. 97, cuarto párrafo, y 436, segundo párrafo.*—«En caso de recurso, se extenderá nota al margen del asiento de presentación, si no hubiese transcurrido el plazo de su vigencia, haciendo constar que queda prorrogado hasta su resolución» (art. 436, segundo párrafo).

Sin embargo, el plazo resulta ampliado por el artículo 97, cuarto párrafo, al disponer que «si se hubiere interpuesto recurso judicial o gubernativo el plazo para practicar la inscripción (quince o treinta días, según veíamos) comenzará a contarse desde la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte».

Observemos cómo la reforma recoge el *hasta* propuesto por Tirso CARRETERO, como hemos reiterado más arriba. La conjunción de los dos textos podría ser la siguiente: en caso de recurso, el asiento de presentación queda prorrogado hasta quince días o treinta si existiese justa causa, contados desde la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte. Ahora bien: esto tendría aplicación, lógicamente, cuando la resolución declare inscribible el título, aunque previamente hubiera necesidad de subsanar algún defecto. Por el contrario, si el fallo considera insubsanables los defectos de la nota de calificación y no inscribible el título, el asiento de presentación caducará «la fecha en que se notifique al Registrador la resolución que se dicte», también por interpretación conjunta de ambos preceptos.

- 2) *Caso de retirada de documentos para pago de impuestos: artículo 432, 1.º, b)* —En este caso, el asiento de presentación se

(35) Publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 164, enero de 1981, págs. 5 y ss.

prorroga «hasta ciento ochenta días desde su propia fecha». Pero han de presentarse los siguientes documentos: a) el que acredite al Registrador que el documento presentado no se ha devuelto al interesado por la correspondiente oficina de gestión; y b) instancia del presentante o interesado, que habrá de ser presentada en el Registro antes de la caducidad del asiento, y que habrá de formularse por escrito.

En este punto, la reforma reglamentaria ratifica la exigencia del artículo 255, penúltimo párrafo, de la Ley, de «causa legítima, debidamente justificada». Tirso CARRETERO (36) había considerado, sin embargo, absurdo que la imposibilidad de pago dentro de los sesenta días tuviera que ser justificado con un documento a presentar dentro de esos sesenta días.

En cambio, subsiste el problema de que el plazo de ciento ochenta días sea insuficiente, cuando la liquidación se retrase más de dicho plazo, cosa que en la práctica, como dice el propio CARRETERO (37), no cabe descartar. Hoy, habría que exceptuar los casos de autoliquidación. Desde luego, es dudosa la vigencia de la doctrina de la Resolución de 24 de enero de 1950 (38), que concedía treinta días de prórroga desde la devolución de los documentos.

- 3) *Mandamiento judicial en causa criminal: art. 431, 1.º, d).*—El supuesto contemplado por este texto es aquel en que, presentado al Diario algún título otorgado por el procesado y pendiente de despacho, posteriormente se presente mandamiento judicial en causa criminal ordenando al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de dichos títulos, cuyo asiento de presentación está vigente. Dice el Reglamento que, en este caso, «podrá prorrogarse el asiento de presentación hasta la terminación de la causa». Justificaremos en seguida lo subrayado.

A nosotros nos parece este precepto enormemente confuso. En primer lugar, cuando habla de títulos otorgados por el procesado, creemos que lo que se ha querido decir es que se trate de títulos en los que el procesado aparezca otorgando actos de enajenación, gravamen o, en general, de dejación de derechos. Pero no simplemente de títulos en que el procesado aparezca

(36) Comentario citado, págs. 441 y 442.

(37) Comentario citado, págs. 441 y 442.

(38) GARCÍA-ARANGO la estima vigente, siguiendo a ROCA y LA RICA (citado página 988). Tirso CARRETERO, en cambio, lo duda, ya que la reforma reglamentaria de 1959 la pasó por alto (cit. pág. 444 y nota núm. 13).

como otorgante, pues si en esos títulos adquiere bienes o derechos, lo más oportuno a la finalidad de asegurar las responsabilidades civiles de la causa criminal —que parece ser la intención no confesada de la norma— creemos que es practicar aquellas operaciones que lleven a la inscripción. Si el procesado aparece bajo la condición de titular registral, será más fácil afectar los bienes y derechos a la garantía de aquellas responsabilidades.

En segundo lugar, y partiendo ya de que se trate de actos de enajenación o gravamen, nos preguntamos si la limitación afectará también a los títulos antiguos cuyo otorgamiento es anterior a la causa. Si así fuera —cosa que nos resistimos a creer— se estaría perjudicando a los adquirentes anteriores en beneficio de los eventuales beneficiarios de las indemnizaciones derivadas de la causa criminal. El texto, desde luego, habla de «títulos otorgados por el procesado», expresión que debe interpretarse literalmente, a nuestro juicio, sin alcanzar a los otorgamientos anteriores al hecho originador de la causa.

En tercer lugar, la confusión alcanza a la naturaleza misma del mandamiento —aquel en que se ordena al Registrador «que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos otorgados por el procesado»—, que no se configura como alguno de los supuestos del artículo 2.º, 4, de la Ley (inscripción de resoluciones judiciales que puedan afectar a la capacidad civil de las personas) o de su artículo 42 (algún tipo de anotación preventiva, quizá la de prohibición de enajenar desarrollada en el art. 145, aunque ésta no alcanzaría a las operaciones basadas en asientos vigentes anteriores). Creemos que el mandamiento podrá ordenar al Registrador que practique aquellas operaciones que impliquen concreción registral de garantías sobre una finca (v.gr., anotación de embargo) o prohibición de inscribir los actos dispositivos del titular registral (v.gr., a través de una inscripción de incapacidad o de una anotación de prohibición de enajenar). Pero no alcanzamos a comprender la expresión genérica que utiliza el precepto y la operación registral a que deba dar lugar un mandamiento concebido en esos términos. Literalmente, el supuesto parece encajar en la idea de apremio al Registrador a que se refiere el artículo 136, cuyo rechazo es, como dice ROCA SASTRE (39), garantía de la independencia y responsabilidad del Registrador.

(39) *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., tomo II, pág. 22.

Por último, no se establece tampoco con claridad el carácter automático de la prórroga hasta la terminación de la causa de los asientos relativos a los títulos otorgados por el procesado. Ni la necesidad de que tenga que ser solicitada. Y apoyamos esta doble duda en que se utiliza la expresión «podrá prorrogarse el asiento de presentación...» Ni se impone expresamente la solicitud (como en las letras *b* y *c* del propio art. 432, 1.º), ni se trata de un caso de prórroga de un asiento por prórroga anterior de otro (como en los estudiados más arriba), pues hay que suponer que si el mandamiento concreta la operación registral que deba efectuarse, superando las deficiencias del texto reglamentario, el asiento de presentación del mandamiento judicial no habrá tenido que ser objeto de prórroga alguna.

Y como rúbrica de todos los supuestos en que tiene lugar la ampliación del plazo normal de sesenta días hábiles de duración del asiento de presentación, nos parece oportuno hacer una breve referencia a la tradicional distinción entre *prórroga* y *suspensión*, objeto de la atención de los comentaristas antes de la reforma, como hemos visto.

Creemos que, en la filosofía de la reforma reglamentaria, se trata de superar totalmente la distinción, en la forma y en el fondo. En la forma, la terminología de la reforma se ha concretado en la palabra *prórroga*, eliminando la de *suspensión*. Así ha ocurrido en el fundamental artículo 111, y aunque, como es natural, la Ley ha quedado intacta, manteniendo el artículo 255 el término *suspensión*, el apartado *b*) del número 1.º del nuevo artículo 432, que lo desarrolla, también recoge la palabra *prórroga* y no la de *suspensión*, de la que no ha quedado rastro en la modificación del Reglamento. Por el contrario, los nuevos textos —artículos 97, párrafos 2.º y 3.º; 432, en sus cuatro números, y 436, párrafo 2.º— utilizan exclusivamente la palabra *prórroga* (40).

En el fondo, está claro también el deseo del legislador de considerar como de *prórroga* todos los supuestos estudiados, al emplear reiteradamente la frase «el asiento de presentación se prorrogará *hasta* ciento ochenta días desde su propia fecha» (art. 432, 1.º, *b*); o «*hasta* treinta días después de haber sido despachado...» (art. 432, 1.º, *c*); o «*hasta* la terminación de la causa» (art. 432, 1.º, *d*); o, en caso de recurso, «queda prorrogado *hasta* su resolución» (art. 436, párrafo 2.º); etcétera. Se adopta así la solución más simple y segura, como ya había afirmado

(40) Sólo el artículo 104 nuevo, que recoge literalmente el contenido del artículo 101 anterior, mantiene la distinción «suspensión o prórroga». Y es lógico, en cierto modo, pues se trata de reforzar la idea de que el supuesto contemplado escapa a dicha distinción.

Tirso CARRETERO (41), eludiéndose las expresiones más equívocas de «prórroga por...» o «prórroga de...»

IV. EL ASIENTO DE PRESENTACION COMO FACTOR DESENCADENANTE DEL TRAMITE REGISTRAL

Hablamos de *trámite registral* como expresión genérica que comprende el conjunto de peripecias seguidas por el título inscribible desde el momento en que es aportado al Registro hasta aquel otro en que es devuelto al presentante o interesados, una vez practicadas las operaciones solicitadas. Indudablemente, este es el camino normal, ya que ese *trámite*, salpicado de mayor o menor número de incidencias jurídico-hipotecarias, puede acabar sin la formalización del asiento pedido, bien porque el título adolezca de defectos que lo impidan o bien porque los interesados en el mismo o su presentante desistan de su primitivo intento.

Esta segunda posibilidad constituye, como veremos en seguida, auténtica novedad de la reforma reglamentaria de 1982.

Pues bien, de ese *trámite registral* destacaremos tres aspectos: las distintas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia sobre su naturaleza y carácter, los derechos que se otorgan al portador del título antes y como consecuencia de la presentación y, por último, la nueva regulación del desistimiento como medio para la interrupción del proceso o camino de registración.

A) LA NATURALEZA DEL TRÁMITE REGISTRAL

Teniendo en cuenta las profundas modificaciones introducidas por la reforma en cuanto a los derechos que competen a las personas relacionadas con el mismo, particularmente la regulación del desistimiento, no parece ociosa una referencia, en esquema, a esta materia. Probablemente, la nueva ordenación va a llevar a los estudiosos a replantear el tema. En cualquier caso, podríamos decir que estas son las posiciones de partida:

1. *Proceso* actuado por un órgano jurisdiccional: el juicio del Registrador determina si, con arreglo al Derecho objetivo, se ha originado o no el acto real inscribible, sin que altere tal naturaleza la falta de un contradictor, que sólo significa que no se ventilan intereses contrapuestos. Así concreta esta posición LA-CRUZ BERDEJO (42), posición seguida, entre otros, por ROMANÍ

(41) Comentario citado, págs. 441 y 443.

(42) *Ob. cit.*, págs. 347 y ss.

CALDERÓN, GALLARDO RUEDA y LA RICA. Pero, como expresa el propio LACRUZ, se ha objetado la falta de cosa juzgada, que la operación de subsumir el hecho en la norma es común a todo supuesto de aplicación de la misma y la misión de la inscripción es muy distinta a la que se encomienda al Juez en el proceso.

En general, en esta posición, se consideran correlativos los términos proceso y jurisdicción.

2. *Procedimiento*, ligando la función registral a una actividad fundamentalmente administrativa y, a veces, conectada con el concepto mismo de servicio público (GONZÁLEZ PÉREZ, LÓPEZ MEDEL).

LACRUZ argumenta en contra sobre la base de que el procedimiento registral versa sobre derechos privados y su impugnación no discurre por vía auténticamente administrativa, ni su resolución es susceptible de recurso contencioso-administrativo, ni la Administración es parte.

3. Participa de la naturaleza propia de los *actos de jurisdicción voluntaria*, siendo el Registrador un *órgano administrativo*. Es la posición de ROCA SASTRE (43), que viene a reconocer que, en el fondo, el Registro tiene algo de judicial y de administrativo, en el sentido indicado por DERNBURG de que se trata de una *justicia administrativa*, o la Resolución de 7 de abril de 1938, que calificó de *sentencia administrativa* la decisión del Registrador recaída en funciones calificadoras.
4. Participa de la naturaleza propia de los *actos de jurisdicción voluntaria*, siendo el Registrador un verdadero *juez territorial* (Resoluciones de 11 de diciembre de 1917 y 29 de mayo de 1925).

Es el punto de vista seguido por la mayoría de la doctrina (don Jerónimo GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ PALOMINO, NÚÑEZ LAGOS) y la Dirección General, en el segundo Considerando de la Resolución de 13 de septiembre de 1926, declaró literalmente: «el procedimiento de inscripción en los libros del Registro encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria».

LACRUZ pone de relieve, sin embargo, que no encaja en la definición legal y que las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tienen aplicación al procedimiento registral.

(43) *Ob. cit.*, tomo II, págs. 9 a 12.

5. En la vigente legislación la función registral es *independiente tanto de la Administración como de la Jurisdicción*, confirmando la vigente Constitución española la oportunidad de dicha independencia. Por otra parte, el concepto de funcionario público administrativo no es aplicable a la figura del Registrador. Es la posición de LACRUZ en su «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador» (44).
6. La función registral encuentra su explicación y sentido en el valor *justicia registral*. La función registral no es función administrativa, ni judicial, ni tan siquiera jurisdicción voluntaria —aspectos negativos—; es, en primer lugar, una garantía institucional del tráfico jurídico inmobiliario; en segundo lugar, el Registro es promotor de la paz interpersonal y comunitaria en dicho tráfico; y, en tercer lugar, es como Tabla o Carta Magna declarativa de derechos subjetivos inmobiliarios en el juego de la libertad, la propiedad y su sentido social, promoviendo el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica.
Es la tesis de LÓPEZ MEDEL en su trabajo sobre la «Naturaleza de la función registral», completando otros anteriores sobre la misma cuestión (45).
7. Otros autores hablan, en fin, de una función certificante, de control y publicidad (ZANOBINI), o de una función legitimadora (CASTÁN) (46).

B) LOS DERECHOS DEL PRESENTANTE Y DE LOS INTERESADOS

Cualquiera que sea la naturaleza que se asigne al que hemos llamado *trámite registral*, en realidad, como dice LACRUZ (47), la cuestión no se plantea como un *prius* para deducir las normas que le son aplicables, ya que en la legislación hipotecaria están previstos prácticamente todos los eventos que pueden presentarse. A ellos vamos a referirnos bajo la rúbrica de derechos del presentante y de los interesados que quizá no sea demasiado correcta, pues, a veces, se tratará más bien del cumplimiento automático por parte del Registrador de determinadas obligacio-

(44) Publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1979, págs. 75 y ss.

(45) En la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 540, septiembre-octubre de 1980, págs. 1079 y ss. De los trabajos anteriores deben destacarse su «Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público» (1957) y «Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad» (1961).

(46) Ver LACRUZ, cit. pág. 348, nota 3.

(47) *Ob. cit.*, pág. 348, nota 4.

nes legales que, en su conjunto, van a determinar la legalidad del proceso de registración.

Vamos a seguir el sistema de lista, que es más asequible, aunque comporta el riesgo de quedar incompleta, pues son muchos los textos, tanto antiguos como nuevos, que hacen referencia a momentos del proceso hipotecario que pueden configurarse como derechos de los interesados o como obligaciones del Registrador. Esperemos recoger, al menos, los más importantes, en lo que sigue, distinguiendo entre derechos comunes a presentarse e interesados y los que son exclusivos de estos últimos.

a) *Derechos comunes a presentante e interesados*

1. El primero de ellos es el *derecho mismo a la presentación* que corresponde, además de a los interesados, al tenedor legítimo del título en el sentido que veíamos más arriba. Aunque la presentación no será posible tratándose de los documentos enumerados en el artículo 420 nuevo del Reglamento. Esto requiere un juicio previo, una especie de precalificación sobre la oportunidad de poner en marcha el trámite registral, sobre si se dan o no las condiciones mínimas para ello, que, indudablemente, corresponde al Registrador (art. 416, 2.º párrafo).

En el caso de títulos remitidos por correo, el Registrador decide sobre la presentación, pero no es presentante (art. 418 nuevo, ampliamente comentado en el apartado II, F).

2. Derecho a *retirar* el documento sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado (art. 427, párrafo 1.º).

La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros de 13 de julio de 1979, en su norma 1.ª, había ratificado —conforme al art. 434, ahora el 427— el derecho del presentante a que se le devuelva el título sin otra nota que la expresiva de haberse practicado el asiento de presentación.

Se trata de una retirada previa a la calificación, pues, de no ser así, estaríamos en el caso del párrafo segundo del artículo 429, que también concede a presentante e interesados el derecho de retirar el título, pero sólo para evitar que se extienda nota de calificación o el despacho del documento de acuerdo con la misma.

En cambio, a esta retirada se refiere también el artículo 97. Pero no insistimos en este supuesto, tratado ya entre los casos de prórroga automática del asiento de presentación por prórroga de otros asientos.

3. Derecho a *retirar* el documento para satisfacer los impuestos o para subsanar defectos (art. 427, segundo párrafo).

También nos hemos referido ampliamente a la retirada para pago de impuestos, prórroga del asiento, etc. Quizá convenga recordar que este derecho tiene como contrapartida el que corresponde al Registrador para suspender la calificación y la inscripción u operación solicitada y devolver el título al que lo haya presentado, cuando no se acredita el pago de los impuestos (arts. 254 y 255, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria).

En el párrafo tercero del artículo 427 nuevo se contiene una norma, común a todo supuesto de retirada, que ya establecía el artículo 105 anterior: la indicación en el título de la fecha de presentación y la nota al margen del asiento de presentación expresiva de la devolución; con una novedad: esa nota de retirada podía ser firmada antes por el presentante o un testigo, si el Registrador lo exigía; ahora, en el mismo caso, debe firmarla el *presentante o el interesado*, ratificándose, una vez más, la distinción entre estas dos figuras (ver apartado II, F).

4. Derecho a *aportar otra copia o ejemplar* del documento o título retirado para pago de impuestos, subsanación de defectos o por cualquier otra causa, siempre que no exista duda de la identidad entre ambas copias o ejemplar, haciéndose constar en las notas al margen del asiento de presentación y en el documento (art. 428 nuevo).

Se consagra legalmente ahora un derecho que era práctica habitual antes de la reforma y que está plenamente justificado porque, como dice José Manuel GARCÍA Y GARCÍA (48), lo que se presenta no es el documento en su aspecto formal, sino el documento en cuanto contiene un determinado acto o título material inscribible (49).

5. Derecho a *prórroga del asiento de presentación*, que en unos casos será automática y en otros tendrá que ser expresamente solicitada (ver apartado III, letra B).
6. Derecho a que, dentro de los *quince días* siguientes a la fecha del asiento de presentación, o de los *treinta* si existiese justa causa, el Registrador *despache el documento* de acuerdo con

(48) *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, S. A.; 4.ª edición, 1983, pág. 399, nota 89.

(49) La Resolución de 4 de mayo de 1982 estimó que basta la aportación de otra copia para rectificar la inscripción hecha en virtud de otra anterior errónea con respecto a la matriz, sin que sea necesaria escritura de rectificación.

su calificación o extienda la *nota de calificación* correspondiente (arts. 97, primer párrafo, y 429, también segundo párrafo).

Sobre lo que puede ser una interpretación que conjugue los artículos 97 y 429, en orden a la aplicación de uno u otro de los plazos citados sobre la base del concepto de justa causa, nos hemos pronunciado más arriba (apartado III, letra B, a). Tendríamos que aclarar que, aunque el artículo 429 dice «transcurrido el plazo de treinta días...», la extensión de la nota o el despacho han de tener lugar *dentro* de los treinta días —o de los quince, conforme al art. 97—. Resulta así del repetido artículo 97 y está confirmado por la Resolución de 26 de septiembre de 1979 (50). Ahora bien: según que la calificación sea favorable o desfavorable al despacho, serán también distintos los derechos del presentante o interesados, como veremos a continuación.

7. Si la calificación es favorable, produciéndose el despacho dentro de los indicados quince días, derecho a que el Registrador ponga al *pie del título* que se inscriba una *nota* que expresará aquella circunstancia, indicando la especie de inscripción o asiento que se haya hecho, el tomo (no se dice nada del libro) y folio en que se halle, el número de la finca y el de la inscripción o, en su caso, anotación practicada; y, si el asiento se refiere a varias fincas o derechos comprendidos en un solo título, derecho a que el Registrador indique, *al margen de la descripción* de los mismos, aquellos datos (arts. 253 de la Ley y 434, párrafo segundo, del Reglamento).
8. Si la calificación fuere desfavorable al despacho del documento presentado, interesados y presentante tienen *derecho a ser notificados*, verbalmente o por escrito, haciéndose constar dicha notificación por nota al margen' del asiento de presentación, que firmará el notificado si el Registrador lo exigiere (artículo 429, primer párrafo).

Esta notificación, aunque implícita en los artículos 104 a 106 anteriores a la reforma, se formula ahora como novedad escrita y tiene también, como contrapartida por parte del Registrador, el propio límite de los quince o treinta días. En este punto nos remitimos a lo ya dicho (ver apartado III, B, a) en orden a una posible interpretación de la idea de justa cau-

(50) Po no hacerlo así, el Registrador fue objeto de «... y lo demás acordado».

sa (art. 97, primer párrafo) como conectada con la de calificación desfavorable (art. 429, primer párrafo), con la de defecto subsanable o insubsanable (art. 434, párrafos tercero y cuarto), e incluso con una calificación del Registrador sobre el carácter o modalidad del asiento practicado que difiere de lo solicitado o pretendido en el título (art. 434, quinto párrafo), todo lo cual podría encajar en la doble expresión general que utiliza el último párrafo del propio artículo 97 cuando habla de «impedimento material o legal» para practicar la inscripción.

9. Derecho a *retirar el documento calificado* sin que el Registrador extienda nota de calificación alguna (art. 429, segundo párrafo).

Insistimos en las diferencias entre esta retirada —que requiere previa notificación al presentante o interesados, constatada al margen del asiento de presentación, contestada por los notificados, etc.— y la regulada en el primer párrafo del artículo 427, a la que nos hemos referido en el número 2 y que es previa a la calificación.

10. Derecho a *solicitar la extensión de la nota de suspensión o denegación con expresión de los motivos* (art. 429, segundo párrafo).

Aunque el artículo 429 se refiere al caso de respuesta a la notificación antes señalada, el tercer párrafo del artículo 434 es terminante al afirmar que «siempre que el Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado devolverá el título con nota suficiente que indique la causa o motivo...», aunque hay que salvar siempre el derecho previsto tanto en el artículo 427 (número 2) como en el 429 (núm. 9 anterior) y las excepciones que veremos a continuación.

11. Cuando la suspensión o denegación afecten solamente a algún pacto o estipulación, o a alguna de las fincas o derechos, tanto presentante como interesados tienen derecho a que, sin su *conformidad*, no se lleve a efecto la *extensión del asiento* con eliminación de los aspectos y estipulaciones rechazadas o con el alcance y contenido que exprese la calificación (arts. 429, segundo párrafo, y 434, cuarto párrafo).

En este mismo caso, presentante e interesados tienen derecho a *desistir* de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiera (art. 434, cuarto párrafo).

La nota, en ambas oportunidades, indicará únicamente la circunstancia de la conformidad o del desistimiento, pero no los motivos de la suspensión o denegación (art. 434, cuarto párrafo).

Las variantes del desistimiento las estudiaremos por separado más adelante.

La Resolución de 24 de agosto de 1983 —ya posterior a la reforma— ha declarado que el carácter rogado de la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino en que no se podrá extender la función calificadora a extremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación (primer Considerando); y que este carácter rogado del procedimiento registral aparece reconocido especialmente en los artículos 433 y 434 del Reglamento Hipotecario, que autorizan al presentante o interesado en el documento a la devolución del título sin práctica de asiento alguno o la exclusión de alguna o algunas de las cláusulas que el mismo contenga o manifestar su conformidad a que se despache el documento sin esa estipulación o pacto, y sin que en este caso haga constar el Registrador los motivos de suspensión o denegación (segundo Considerando).

12. Derecho a que el *asiento definitivo se practique conforme a lo solicitado*, siempre que la rogación encaje en los moldes hipotecarios preestablecidos (resulta de los arts. 429 y 434 nuevos y, entre otras, de las Resoluciones a que nos vamos a referir). La Resolución de 19 de junio de 1975 planteó el problema de la posible vulneración por el Registrador del principio de rogación, al no corresponder la inscripción practicada con la petición contenida en la escritura. La Dirección reiteró la doctrina de que el carácter rogado es consecuencia de la voluntariedad de la inscripción y no se puede practicar ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que haya sido solicitado expresamente. La representación del artículo 6.º, d), de la Ley Hipotecaria está sumamente facilitada, pero si la petición de un asiento concreto se contiene expresamente en el documento presentado y los términos de la inscripción van a ser diferentes, deberá extremarse —dice la Dirección— el cuidado, tanto por parte del presentante del título, que deberá asegurarse de la aquiescencia de los interesados a la variación a introducir, como por parte del funcionario calificador, que, en buena téc-

nica hipotecaria, y una vez obtenido aquel consentimiento, deberá hacer constar aquella circunstancia, evitando que se practique un asiento no querido por los interesados (51).

Por su parte, la Resolución de 26 de septiembre de 1979 resaltó el valor decisivo de lo querido por las partes en las inscripciones de modificación de entidades hipotecarias, que exigen solicitud expresa de los interesados, siempre que su rogación encaje en los moldes hipotecarios preestablecidos. Por ejemplo (y es el caso del recurso): no se puede hacer por vía de segregación lo que exige división, al no quedar resto, sino cuatro parcelas distintas, ya que una de las dos segregadas estaba entre las dos del resto.

Aunque no podemos decir que esta doctrina constituya una novedad en la aplicación del principio de rogación, está fuera de toda duda que la propia reforma del Reglamento Hipotecario ha reactualizado su importancia. Baste pensar en los nuevos artículos 93 y siguientes, de los que resulta claramente *el valor decisivo de lo querido por los interesados* para determinar la modalidad del asiento relativo a adquisiciones de bienes por la sociedad conyugal: «... para la comunidad o atribuyéndose de común acuerdo... con carácter ganancial... a nombre de marido y mujer» (art. 93, 1); «... adquiridos por uno solo... para la sociedad de gananciales... a nombre del cónyuge adquirente» (art. 93, 4); «... por uno solo... sin expresar... a nombre del adquirente... con carácter presuntivamente ganancial» (art. 94, 1); etcétera.

13. Derecho a que en la nota de despacho el Registrador haga constar sucintamente el *carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título* (artículo 434, quinto párrafo).

Este derecho creemos que hay que situarlo al margen de la idea de calificación negativa, de suspensión o denegación, total o parcial. A estos casos responden los derechos que hemos extractado en los números 6 a 11. En cambio, ahora se trata

(51) Comenta esta Resolución Manuel AMORÓS GUARDIOLA en el núm. 511 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1975, páginas 1435 y ss. En dicho comentario insiste en el carácter dispositivo del procedimiento registral (pág. 1439) y se adelanta en soluciones a la reforma sobre la forma de articular en la práctica el asentimiento o conformidad (pág. 1441), recogidas hoy por el nuevo artículo 429. No obstante, nos parece que es hoy insostenible la confusión que muestra entre los conceptos de presentante e interesados —«... los interesados, es decir, el presentante del título, como mandatario suyo...»— y aceptable sólo en parte su afirmación de que «el presentante del título actúa en el procedimiento registral sustituyendo a las partes».

de un derecho complementario al que hemos definido en el número 12 inmediatamente anterior. Allí decíamos que el asiento definitivo debe practicarse conforme a lo solicitado. El Reglamento, en el artículo 434, 5.º, nos dice, además, que, cuando aquello no sea posible porque la rogación no encaje en los moldes hipotecarios, se haga constar en la nota de despacho la modalidad realmente adoptada por el Registrador en el asiento practicado.

Como dice José Manuel GARCÍA Y GARCÍA (52), se trata de una innovación interesante aplicable a aquellos casos de falta de coincidencia descriptiva no importante y también, por ejemplo, al caso del cónyuge en régimen de gananciales que compra sólo declarando que el precio es privativo sin acreditarlo, pues, en tal caso, la inscripción ha de practicarse en forma distinta de la pretendida.

El origen de esta novedad creemos que se encuentra —al menos como antecedente inmediato— en la ya citada Resolución de 19 de junio de 1975, que planteó el problema de la inscripción con carácter parafernial de bienes adquiridos por mujer casada, aseverando el esposo, sin acreditarlo, la idéntica naturaleza del dinero-precio de la compraventa. El asiento no se practicó conforme a lo solicitado, sino con carácter ganancial, y la Dirección, sin perjuicio de aceptar la solución al problema de fondo, además de expresar la necesidad de obtener previamente la conformidad de los interesados a esa variación (ver número 12 anterior), impuso al Registrador la obligación de hacer constar esta circunstancia en el asiento correspondiente.

14. Derecho a pedir que se tome *anotación preventiva de suspensión*, si el Registrador no hiciera la inscripción solicitada por defecto subsanable, lo cual se hará constar por nota al margen del asiento de presentación (arts. 42, núm. 9.º, de la Ley; 106, 111, primer párrafo, y 430 del Reglamento).

Hay que destacar que, para que pueda extenderse, en general, la anotación de suspensión, hace falta solicitud expresa (artículos 19 la Ley y 430 del Reglamento) y que, aunque el artículo 42 de la Ley habla del *que presentare* en el Registro algún título, y el artículo 106, del *interesado*, el artículo 430 del propio Reglamento, más comprensivo, permite que la solicitud pueda hacerla tanto el presentante como el interesado.

(52) *Ob. cit.*, pág. 403, nota 108.

15. Derecho a que la *anotación de suspensión* se extienda *de oficio*, sin necesidad de solicitud, en los casos del artículo 170 del propio Reglamento (art. 430, segundo párrafo).

El artículo 170 del Reglamento, también modificado, recoge los dos supuestos tradicionales de anotaciones de suspensión que se venían practicando de oficio en el libro especial: las de mandamientos judiciales dictados en causa criminal y las de embargos administrativos por débitos a la Hacienda pública. Pero la modificación es triple: en primer lugar, en cuanto a la regulación del propio libro, que ahora se ha trasladado al artículo 401 y que coincide sustancialmente con la anterior, habiéndose alterado la casilla «cantidad total por la que se decreta el embargo» por la que ahora reza «cifra total de responsabilidad». En segundo lugar, se recoge una nueva anotación de suspensión por defectos subsanables a practicar de oficio: la de mandamientos judiciales dictados en procedimiento laboral. Y, por último, la anotación de embargos administrativos por débitos a la Hacienda pública se extiende a los indicados por las Corporaciones territoriales o institucionales de Derecho público.

16. Derecho a que *no se retrase el despacho* de los documentos presentados *por falta de pago de honorarios*, sin perjuicio de que el Registrador proceda a su cobro por la vía de apremio (artículos 431 y 615, párrafo segundo, del Reglamento).
17. Derecho a que las *notas de despacho estén firmadas por el Registrador*, cualquiera que sea el carácter o modalidad de los asientos practicados (art. 434, párrafos penúltimo y antepenúltimo).

Quizá convenga aclarar que no tiene carácter de nota de despacho el simple cajetín recogiendo los datos del asiento de presentación. La Resolución de 26 de septiembre de 1979 declaró ya que los datos de presentación no exigen firma del Registrador, por más que ahora tengan que recogerse en el propio documento y no en su cubierta. Y si nos atenemos al texto literal del segundo párrafo del artículo 358 del Reglamento, ni siquiera debe estamparse el sello del Registro junto a aquel cajetín, aunque es práctica habitual hacerlo.

18. Derecho a la *devolución del documento*, con la nota que proceda, según los casos, una vez hecho de ellos el uso que corresponda o cuando caduque el asiento de presentación (artículo 434, primer párrafo), devolución que *tampoco puede*

retrasarse por falta de pago de honorarios (art. 431), sin perjuicio —como hemos dicho en el núm. 16— de que el Registrador proceda a su cobro por la vía de apremio (art. 615, segundo párrafo).

19. Derecho a *nueva presentación de los títulos*, una vez transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado; esta nueva presentación surtirá sus efectos desde la fecha del nuevo asiento (arts. 108, primer párrafo, y 111, segundo párrafo). También, en caso de desistimiento, será posible, como dice José Manuel GARCÍA Y GARCÍA, una inmediata y nueva presentación, si así se solicitare (53).
20. Derecho a *desistir de la solicitud de inscripción*. Este derecho, auténtica novedad de la reforma reglamentaria, corresponde, según el nuevo artículo 433, tanto a presentante como a interesados, durante la vigencia del asiento de presentación. A él nos referiremos por separado en seguida.

b) *Derechos exclusivos de los interesados*

1. Los interesados tienen *frente al presentante* derecho a exigirle que se asegure de su *acquiescencia* cuando la petición de un asiento concreto o las modalidades de la inscripción se contengan expresamente en el documento y los términos del asiento definitivo hayan de ser diferentes. Este derecho resulta claramente de la Resolución de 19 de junio de 1975, pero —insistimos— se trata, en principio, de un derecho que nace de la relación interna entre los que tienen un interés directo en el documento y el presentante, ya le ligue a aquellos una simple relación de mandato o de arrendamiento de servicios, o de representación expresa o presunta y válida para solicitar la inscripción (ver más arriba, letra F del apartado II, donde hemos tratado esta cuestión). Es decir, al Registrador le bastará con hacer la oportuna notificación, cuando sea procedente (ver artículos 429 y 434 nuevos). Si bien es evidente que del artículo 429 resulta que, cuando la calificación es desfavorable, el Registrador puede hacer la notificación directamente al interesado. Y aunque no haya defectos propiamente dichos, del segundo párrafo del artículo 429, que habla de «alcance y contenido que

(53) *Ob. cit.*, pág. 255, nota 41.

expresé la calificación; del artículo 434, párrafo quinto, que se refiere al «carácter o modalidad del asiento practicado», y de la propia Resolución que declaró que el Registrador debe «evitar que se practique un asiento no querido por los interesados», creemos que resulta también la facultad del Registrador para asegurarse de aquella aquiescencia, a través del presentante o directamente comunicándose con los interesados.

2. Derecho a *recurrir gubernativamente* contra la calificación del Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado (arts. 19 y 66 Ley Hipotecaria y arts. 111 y 112 y siguientes del Reglamento).

El recurso también pueden interponerlo las personas a que se refiere el artículo 112 del Reglamento (54), y es de destacar que, tratándose de aquellas que tienen un interés jurídico directo en el documento, la interposición del recurso por medio de terceras personas exige que la representación, legal o voluntaria, la ostenten notoriamente o la acrediten en forma auténtica. Es decir, aquí no basta la representación presunta que ostenta normalmente el presentante para solicitar la inscripción, conforme a los artículos 6.º, letra c), de la Ley y 39 del Reglamento. Lo cual revela la dependencia jurídica del presentante respecto de los interesados, que tiene, como lógica consecuencia, la necesidad de probar formalmente ese mecanismo interno de representación directa que se da entre ambos cuando el proceso hipotecario entra en fase de controversia (véase, más arriba, letra F del apartado II).

Pueden darse incluso discrepancias de los interesados en cuanto a la actuación del presentante en el ejercicio de su representación presunta. En efecto, la Resolución de 24 de agosto de 1983 recoge el siguiente informe del Registrador (tercer Resultando): «... que de los artículos 66 de la Ley y 117 del Reglamento Hipotecario se deduce claramente que en el recurso gubernativo no pueden discutirse cláusulas o pactos que no han podido ser objeto de calificación por haber solicitado su exclusión el presentante del título; que la pretensión del *recurrente* es, por tanto, incongruente con la que en su día formuló el *presentante* del título.» La Dirección ha sustentado análogo criterio al declarar que «como el recurso gubernativo —art. 66 de la Ley Hipotecaria— sólo puede interponerse contra la calificación del título

(54) La representación del IRYDA también puede recurrir (art. 235, 3, del Decreto de 12 de enero de 1973).

hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado, y habrá de rechazarse toda petición —artículo 117 del Reglamento— basada en otros motivos, es claro que el procedimiento empleado no es el adecuado, al faltar el sustento que legitima la puesta en marcha del procedimiento registral, o sea la calificación registral...» (último Considerando). Esto revela las lagunas que ofrece el sistema de representación presunta. Tal vez la reforma debió establecer un sistema de notificación obligatoria *a los interesados* en los casos de calificación desfavorable y, en general, siempre que el asiento definitivo no se corresponda con lo expresamente solicitado en el título. Si sólo los interesados están legitimados para recurrir la calificación desfavorable, parece lo más justo que, desde el primer momento, *sean parte* en cuanto a aquellas decisiones que van a motivar la reclamación y su alcance. Aunque no se puede desconocer que la modificación reglamentaria ha pasado de un sistema de casi total identificación entre los conceptos de interesados y presentante a otro en el que, al menos, ambas figuras quedan perfectamente deslindadas, si bien no tanto sus respectivos campos de actuación.

3. Derecho de *acudir a los Tribunales de Justicia*, formulando al efecto la correspondiente demanda, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos calificados por el Registrador (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 111, párrafo primero, del Reglamento).

Debemos hacer notar, como observa José Manuel GARCÍA Y GARCÍA (55), que en varios Estatutos de autonomía se señala que la competencia de los órganos jurisdiccionales se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo —catalán, aragonés, etc.— que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad. Aún no se han dictado las disposiciones que permitan la aplicación de los preceptos estatutarios.

C) LA INTERRUPTIÓN DEL PROCESO DE INSCRIPCIÓN: DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA DE REGISTRACIÓN

Auténtica novedad de la reforma reglamentaria de 1982 es la regulación del desistimiento a la solicitud, expresa o tácita, de inscripción. No se trata de la simple retirada del título, defectuoso o no, que, al no

(55) *Ob. cit.*, pág. 63, nota 40.

ser aporado de nuevo durante la vigencia del asiento de presentación, provoca, por caducidad, su extinción automática. Se trata de una verdadera declaración de voluntad expresa que, cuando afecta a la totalidad del documento presentado, puede dar lugar a la cancelación anticipada del asiento de presentación, previo el cumplimiento de determinadas formalidades y el juicio del Registrador sobre los presupuestos y efectos hipotecarios de su admisión.

Podríamos decir que esta es la noticia: después de una larga controversia histórica, la legislación hipotecaria ha admitido el *desistimiento* de la solicitud inicial de registro, superando la posición doctrinal que estimaba irreversible el *automatismo* del proceso de inscripción.

Antes, sin embargo, de intentar un breve análisis de la reforma, nos parece oportuno, para mejor centrar el problema, hacer una somera alusión a los antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinales del mismo.

1) *Antecedentes legales*.—El carácter automático del procedimiento que lleva a la inscripción aparece claramente ya en el artículo 10 del Reglamento de 21 de junio de 1861, dictado para ejecución de nuestra primera Ley Hipotecaria. «Los Registradores —decía el texto— incurrirán en responsabilidad *negando o deteniendo* la inscripción que se les pida por persona autorizada para ello, según el artículo 6.º de la Ley.»

Este texto se mantiene en el Reglamento de 29 de octubre de 1870, pero desaparece de los posteriores. A don Nicolás CANALES E IBÁÑEZ, que fue comentarista de la primera Ley Hipotecaria y de su modificación de 1869, le mereció un juicio negativo no el contenido del artículo, sino su situación, estimando que su lugar adecuado estaba en la parte en que se trata de la responsabilidad de los Registradores (56).

Lo cierto es que en el artículo 313 de la Ley de 1861, en su número 1.º, y bajo la rúbrica «De la responsabilidad de los Registradores», se recogía una norma sustancialmente idéntica: «Los Registradores responderán... 1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro.» Este precepto se repite literalmente bajo los mismos guarismos en la Ley de 1909, y lo recoge también el número 1.º del vigente artículo 296 de la Ley.

No vamos a entrar en el examen de aquellos textos que imponen al Registrador el cumplimiento de plazos para calificar, inscribir, devolución de documentos para pago de impuestos, subsanación de defectos, etcétera. Ni en consideraciones sobre la naturaleza de la función registral, orden público o intereses de terceros.

(56) Tomo I, pág. 284 de su *Legislación hipotecaria española*, editado en Madrid por Carlos Bailly-Baillière, sin fecha.

Desde un punto de vista legal e histórico, parece que, una vez puesto en marcha el trámite registral con la aportación del documento, el Registrador no podía —no puede— ni negar el asiento de presentación ni detener aquel trámite. Esta puede ser la regla general deducida.

2) *Antecedentes jurisprudenciales*.—Se suelen citar las tres Resoluciones siguientes:

- La de 28 de julio de 1863 (consulta del Registrador de Pravia), en la que se preguntó: «si asentado en el Diario un título lo recogiese el presentante o fuese devuelto en su caso al mismo y en conformidad al artículo 20, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, lo presentase nuevamente con el anterior a favor del transferente para subsanar la inscripción omitida, ¿se hace nuevo asiento de presentación?»

La Dirección contestó: «que recogido por el interesado un título presentado quede sin efecto el asiento de presentación; pero cuando se devuelve por faltas de que adolezca el documento subsiste el asiento de presentación verificado».

- La de 27 de febrero de 1864 (consulta del Registrador de Avilés), en la que se preguntó: «si es potestativo en los interesados consentir la anotación por defectos subsanables o recoger los títulos».

El Regente de la Audiencia de Oviedo acordó: «que es potestativo en los interesados consentir la anotación o recoger los títulos y que si en el caso de que se presente alguno que tenga defectos subsanables lo recoge el interesado antes de que se extienda la anotación preventiva, debe ponerse una nota al margen del asiento de presentación que así lo exprese; y si se presenta de nuevo el mismo título con los defectos ya subsanados, debe igualmente extenderse otro asiento en el libro Diario, sin cuidarse para nada del que se puso al hacerse la primera presentación».

- La de 6 de septiembre de 1864, en la que la Dirección declaró «que habiéndose extendido el asiento de presentación de documentos, y devueltos a los interesados para pago del impuesto, lejos de cancelarse dicho asiento, se pondrá en éste nota expresiva de haberse devuelto a los interesados».

De estas Resoluciones se deduce que el asiento de presentación sólo quedaba sin efecto en el caso de retirada espontánea, voluntaria, por parte del presentante. Su vigencia, en cambio, se mantenía si era el Registrador el que lo devolvía por faltas en los títulos o para pago de impuestos.

No puede olvidarse, sin embargo, que se estaba en el período de planteamiento de la Ley Hipotecaria y que la aparente sencillez de esta doctrina no se ha mantenido en la interpretación de las leyes posteriores, subsistiendo los efectos del asiento de presentación durante el plazo legal de vigencia.

3) *Antecedentes doctrinales.*—El problema lo simplifica MORELL Y TERRY de la siguiente manera: consiste en no saberse si el procedimiento inscriptorio es o no automático; esto es, si una vez pedida la inscripción ya no puede desistir de ella el peticionario, debiendo practicarse necesariamente, o si, por el contrario, después de solicitada la operación del Registro, puede otra vez solicitarse el desistimiento de ella (57). A continuación cita el artículo 19 de la Ley, del que resulta el derecho del interesado para retirar el documento y, *si quiere*, subsanar las faltas; si no le interesa o no quiere la subsanación dentro del plazo y lo deja transcurrir, evidentemente está desistiendo de la inscripción. Pero el problema, como el propio MORELL reconoce, no es éste: se trata de saber si es o no posible desistir de un asiento después de solicitado, haya o no faltas subsanables, y, en este sentido, entiende que no hay inconveniente en que, una vez presentado el título, se desista de su inscripción, aunque, en contra de este criterio, parecen redactados los artículos del Reglamento en que se impone al Registrador la obligación de hacer la inscripción en determinado plazo.

ROCA SASTRE (58) entiende que en los trámites registrales que se producen desde el momento de la presentación del título hasta que éste es registrado, o suspendida o denegada su registración, domina cierto *automatismo*, en el sentido de que no deja margen a la voluntad de los interesados e incluso a la actuación del Registrador: el Registro de la Propiedad participa de la naturaleza de los procedimientos judiciales, los cuales están sustraídos a la voluntad de los particulares. No obstante, se reconoce a los mismos cierta injerencia en el procedimiento registral, la cual se manifiesta principalmente en su derecho a retirar el título presentado, *desistiendo* de la solicitud de inscripción. Y cita también el artículo 19 de la Ley, así como los artículos 105, 111 y 434 del Reglamento de 1947. Si se trata de un posible desistimiento al margen de la existencia o no de defectos, afirma que no hay precepto alguno que atribuya dicha facultad, así como tampoco ninguno que la niegue. Y, en este sentido, cree que cuando el título haya sido presentado para obtener una anotación preventiva ha de reconocerse aquella facultad de desistir de la registración. Apoya esta opinión en que el número 12 del artículo

(57) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo 2.º, 2.ª ed., pág. 21, Madrid, Reus, 1927.

(58) *Ob. cit.*, tomo I, págs. 782 y ss.

lo 206 del Reglamento permite la renuncia por parte de la persona a cuyo favor estuviere constituida la anotación. Parece lógico que, con mayor razón, pueda renunciar a la solicitud de la misma. Y, aunque este argumento no vale para las inscripciones, se pronuncia en favor del desistimiento, fundándose en la voluntariedad de la registración y en que no se trata de alterar el automatismo del procedimiento, sino simplemente de renunciarlo.

Por el contrario, don Jerónimo GONZÁLEZ había mantenido en sus «Principios hipotecarios» la no existencia del desistimiento en nuestro sistema hipotecario, en base a dos razones: 1.^a, que el procedimiento hipotecario, una vez presentados los documentos, es automático; 2.^a, que no hay contención en sus trámites y nadie puede oponerse a que la inscripción se practique. Y, sobre esta argumentación, Antonio VENTURA-TRAVERSET (59) estima que la devolución del documento, último trámite del proceso inscriptorio, sólo puede tener lugar: a) por haber atribuido el Registrador al documento algún defecto y ejercitar los interesados el derecho a que se les devuelva sin más nota que la de la presentación; b) por haberle atribuido dicho defecto y pedirse por los interesados que se consignen los motivos de la denegación o suspensión, medie o no anotación suspensiva, si procede; y c) por haberse practicado la inscripción, si el Registrador no ha atribuido al documento defecto alguno. En consecuencia, se pronuncia también por la inexistencia del desistimiento voluntario una vez pedida la inscripción. Entre los argumentos que esgrime quizá debamos destacar su referencia al artículo 4.º del Código Civil y el posible perjuicio de terceros interesados que la renuncia puede envolver, en cuanto que acarrea una alteración en el orden interno de la oficina. Sobre este punto insistiremos más adelante.

LACRUZ BERDEJO (60) insiste en el reconocimiento de la facultad de desistir, recogiendo, en general, los argumentos ya expuestos: 1) desistimiento no es término opuesto al de automatismo, sino correlativo al de voluntariedad; 2) por tratarse de un procedimiento no contencioso, nadie puede oponerse frente al solicitante, pero esto no justifica que el solicitante no pueda desistir como, en general, ocurre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria; 3) la irrenunciabilidad de derechos es la excepción en el artículo 4.º del Código Civil (por supuesto, hoy el artículo 6.º) y, en abstracto, no parece que el desistimiento altere la marcha de la oficina; 4) es delicado, en los supuestos de silencio legal, determinar cuándo procede el argumento *a contrario* y cuándo el ana-

(59) En su trabajo «¿Existe el desistimiento en nuestro sistema hipotecario?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 213, febrero de 1946, págs. 117 a 125.

(60) *Ob. cit.*, pág. 353.

lógico o *a pari*, y el desistimiento tiene el mismo fundamento que la rogación: la voluntariedad de la inscripción; y 5) la práctica es casi unánime en la admisión del desistimiento, sin que se hayan comprobado daños o inconveniente para el sistema.

Buenaventura CAMY (61) mantiene idéntico criterio: se apoya en los artículos 253 y 257 de la Ley y 433 y 434 del Reglamento y en el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, de los que resulta que, una vez presentado el documento en el Registro, no puede paralizarse el procedimiento registral ni dejar sin efecto la parte de él ya realizada. Determinados por la legislación los casos en que se permite la devolución de los documentos sin la práctica del asiento pedido, quedan excluidos de ello todos los demás supuestos. No obstante, salva también la renuncia de ciertas anotaciones preventivas y del asiento de presentación que las prepara.

En la doctrina hipotecarista extranjera, aunque de nuestra área idiomática, debemos citar a Alberto F. RUIZ DE ERENCHUN (62), que sostiene el carácter irreversible del asiento de presentación y de los actos posteriores, desde el punto de vista del Registrador. Por cuanto quien tiene un documento es libre de acudir o no a rogar inscripción o anotación, su voluntad no puede ni detener los efectos de la instancia inscriptora —obligatoria para el Registrador— ni anular o cancelar un asiento de presentación una vez efectuado. Existe un «orden público registral» que mira a la situación jurídica de los terceros. Así, por ejemplo, cuando el acreedor embargante, acreedor hipotecario, etc., ruega la toma de razón del documento, produce una apertura del interés público (de terceros) en conocer lo que el documento revela. Y ese interés es tan fuerte que no existe posibilidad de retractación o «contrarrogación», una vez asentado el documento. Únicamente quedarán sin efecto esos asientos por vía de la presentación de un documento de contenido y valor cancelatorio del acto o documento que originó el asiento de presentación que nos preocupa.

Esta idea del interés público y del orden registral la habían defendido también en España tanto Angel SANZ FERNÁNDEZ (63) como Rafael CHINCHILLA RUEDA (64). Este último, como lógica consecuencia de su configuración de la función registral en el orden de lo jurisdiccional.

(61) *Ob. cit.*, tomo I, págs. 561 y ss.

(62) «Implicancias del Libro Diario en los Registros de la Propiedad. Asiento de presentación: su valor y efectos», en *Revista de Derecho Registral*, año 1, número 2, págs. 186, 187 y 199, Buenos Aires, 1974.

(63) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Imprenta Viuda Navarro, Madrid.

(64) «La inscripción registral y el problema de sus requisitos formales», en

Por último (65), vamos a referirnos a la posición de José María CHICO Y ORTIZ (66), por un doble motivo: la necesidad de recoger su posición personal en el problema y porque, en nuestra opinión, ha logrado el más completo planteamiento de la cuestión que se haya hecho antes de la reciente reforma reglamentaria, que no nos resistimos a reproducir, aunque sea esquemáticamente.

En el primer aspecto, CHICO había opinado que la renuncia a los efectos y plazos del asiento de presentación, en principio, choca abiertamente con la prohibición establecida en el Código Civil de dichas renunciaciones cuando van en contra del orden público. Sin embargo, había que estimarla viable; lo que sucede —sucedió, antes de la reforma, que, indudablemente, ha dado satisfacción a CHICO— es que falta el medio adecuado para su constatación registral, con lo cual la renuncia nunca llegaría a los libros registrales.

En segundo lugar, CHICO agota prácticamente los problemas marginales y de fondo en torno al desistimiento, ofreciendo el siguiente cuadro:

1. *Renuncia a los efectos y plazo del asiento de presentación.*—Posición negativa, en general, de la doctrina que se apoya fundamentalmente en el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, segundo párrafo. Y distingue dos grupos:
 - a) Los que consideran que no es posible la renuncia. Entre ellos, BALLESTER GINER: hecha la petición y practicado el asiento, sólo se podrá retirar el documento en los dos supuestos taxativos que la Ley permite (arts. 19 y 255).
 - b) Los que defienden la posibilidad de la renuncia, apoyados en el principio de voluntariedad de la inscripción (LÓPEZ TORRES).
2. *Desistimiento de la petición de inscripción.*—Siguiendo a LACRUZ, según él mismo afirma, distingue CHICO dos supuestos:
 - a) *Calificación suspendida.* Incluye aquí los casos de los artículos 19 y 255 de la Ley y 105, 111 y 143 del Reglamen-

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, julio-agosto 1945, núms. 206-207, páginas 604 y ss.

(65) No pretendemos haber agotado la materia, ni era esa nuestra intención. Y nos ha sido imposible consultar los trabajos de LÓPEZ TORRES y BALLESTER GINER, citados por CHICO Y ORTIZ.

(66) *Ob. cit.*, tomo I, págs. 643 a 647.

to. La facultad de renunciar se halla implícita en la de subsanar (67).

- b) *Demás supuestos* en los que la calificación no decreta la suspensión y ni la Ley ni el Reglamento permiten ni prohíben el desistimiento:

- Los que entienden que no cabe el desistimiento (VENTURA-TRAVERSE, SANZ y CHINCHILLA RUEDA) se suelen basar en el automatismo del procedimiento y en los límites que a la renuncia opone el artículo 4.º (hoy, 6.º, 2), del Código Civil).
- Los que consideran que cabe el desistimiento (MORELL Y TERRY, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO) lo suelen basar en la posibilidad de renuncia de las anotaciones, según veamos, y en el principio de voluntariedad de la inscripción.
- Una especie de tercera vía había defendido el propio CHICO, que, en base al artículo 434, entendió que ni la Ley ni el Reglamento contemplan casos de desistimiento y sí únicamente de modificación de la petición inicial, de tal modo que, cuando la calificación es desfavorable, la única oposición posible ha de actuarse a través del recurso gubernativo, y cuando es favorable a la pretensión de registración únicamente puede oponerse por error u omisión en la minuta del asiento (artículos 258 de la Ley y 385 del Reglamento).

3. *El pacto de no inscribir*.—Es decir, el convenio entre transmitente y adquirente de un derecho real inscribible, que tiene por finalidad no reflejarlo en los libros del Registro, según lo define BALLESTER GINER. Si el artículo 2.º, número 5.º, de la Ley Hipotecaria permite la inscripción cuando «hubiere convenio»; y el artículo 14, 1.º, del Reglamento, en caso de «convenio expreso», parece que no puede desconocerse el pacto contrario a la inscripción. Y este pacto de no inscribir no se puede confundir con la renuncia del asiento. Ahora bien, este pacto será nulo tratándose de inscripciones obligatorias, constitutivas y declarativas si, en este último caso, el pacto es perpetuo. Sólo será válido si es temporal y afecta a inscripciones declarativas.

(67) RUIZ RICO (trabajo citado, pág. 15), sin embargo, opina que si se retira el título para subsanar defectos —caso art. 19 de la Ley—, el asiento seguirá en su vigencia; por tanto, no se trata de renuncia, sino de caducidad.

4. *El desistimiento en la reforma reglamentaria de 1982.*—En un sentido amplio, son varios los textos reformados que se refieren al desistimiento de la solicitud inicial de registración:

- Artículo 108, primer párrafo, en cuanto que la nueva presentación, transcurridos los plazos de la primera, puede modificar las peticiones iniciales.
- Artículo 108, segundo párrafo, en lo que hemos llamado presentación múltiple simultánea. Aquí, en realidad, lo que hay es una modificación de la petición inicial, ampliando la solicitud a mayor número de fincas o actos inscribibles.
- Artículo 111, primer párrafo, en relación con el segundo párrafo del artículo 97 y con el artículo 19 de la Ley, si la subsanación es sólo parcial o no llega a producirse subsanación alguna.
- Artículo 425, ya que, frente a la presunción de que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento (solicitud general tácita), cabe la declaración —en el título o fuera del título— de que se limite o excluya parte del mismo (solicitud concreta expresa).
- Artículo 429, en caso de calificación desfavorable, que da derecho a presentante e interesados, como veíamos, a la extensión del asiento con eliminación de los pactos o estipulaciones rechazadas o con el alcance y contenido que expresa la calificación.
- Artículo 434, cuarto párrafo, que, para el caso de que la calificación de suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación o a alguna de las fincas o derechos, presentante e interesados pueden manifestar su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto o bien *desistir* de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiera, si bien la nota expresará únicamente las circunstancias de la conformidad o del *desistimiento*.
- Artículo 434, quinto párrafo, en cuanto que el carácter o modalidad del asiento practicado puede diferir de lo solicitado o pretendido en el título, lo cual hará constar el Registrador en las notas de despacho. Y todo ello sin perjuicio de la obligación que tiene el presentante de asegurarse de la aquiescencia de los interesados y el Registrador de procurar que el asiento extendido sea querido por aquellos, siempre

que encaje en los moldes hipotecarios, etc., según hemos reiterado.

— ...

Indudablemente que la lista podría ser mucho más amplia. Pero, en definitiva, se trata de casos que encajan en lo que, siguiendo la terminología antes apuntada de CHICO Y ORTIZ, son sólo supuestos de modificación, por diversas causas, de la pretensión inicial.

Enfocado el desistimiento al margen de toda incidencia derivada del proceso hipotecario en marcha —como pueden ser la calificación, la retirada del título que provoca la caducidad del asiento de presentación si aquel no se aporta en plazo, la disconformidad de presentante o interesados en la eliminación de pactos, etc.—, es decir, como derivado única y exclusivamente de la voluntad del que lo ha incoado o de los directamente interesados, cuyo efecto esencial es la paralización o interrupción total, según los casos, de aquel trámite, el desistimiento es una novedad de la reforma reglamentaria que venimos comentando.

Ni siquiera, a nuestro juicio, puede considerarse como antecedente el caso de renuncia a la anotación por la persona a cuyo favor estuviere constituida, a que se refiere el número 12 del artículo 206 del Reglamento, y que suele ser considerado por la doctrina, según veíamos, como excepción al automatismo del procedimiento registral. La rúbrica aquí sería la más general de la renuncia en el Derecho inmobiliario, acto inscribible como negocio extintivo relativo a inmuebles (art. 2.º, 2, de la Ley Hipotecaria). En cambio, en el desistimiento, tal como lo venimos planteando y lo ha regulado la reforma, nos movemos en el terreno de los pronunciamientos registrales en formación. Y, en este sentido, una cancelación anticipada del asiento de presentación, como posibilidad derivada de aquel otro derecho de renuncia, carecía de formulación legal antes de la reforma.

El nuevo artículo 433 del Reglamento Hipotecario contiene toda la normativa del desistimiento en sentido estricto. Si nos atenemos al cuadro o esquema elaborado por CHICO Y ORTIZ (ver apartado 2 anterior), de las tres posibilidades que él plantea —renuncia a los efectos y plazo del asiento de presentación, desistimiento de la petición de inscripción y posibilidad del pacto de no inscribir—, la reforma sólo ha recogido la segunda.

Por tanto, la reforma ha regulado el *desistimiento a la solicitud de inscripción*. Lo cual quiere decir que, en la interpretación del nuevo texto, no debemos olvidar la distinta posición jurídico-hipotecaria de presentante e interesados, insistentemente reiterada.

Para un estudio analítico del texto reglamentario, distinguiremos los siguientes apartados:

- a) *Quiénes pueden formularlo.*— Con una terminología que nos atrevemos a calificar de no muy correcta, habla el artículo 433 de las personas que pueden *desistir*, simplemente, o bien *formular, realizar, solicitar o decretar* —todos estos verbos se utilizan— el desistimiento. Estas personas u órganos son:
1. El presentante.
 2. Los interesados.
 3. La autoridad, funcionario u órgano que hubiere expedido el mandamiento o documento presentado.

Como su equivalente en el ámbito del Derecho procesal civil, el desistimiento en el proceso registral es una declaración de voluntad unilateral, formulada por las personas legitimadas para ello, las cuales expresan su decisión de no querer continuar el proceso comenzado (68).

A la lista de personas que nos ofrece el Reglamento habría quizá que poner un reparo: cuando el presentante tenga mandato expreso y limitado a la presentación —no entrando en juego la representación presunta para solicitar la inscripción (ver más arriba apartado II, letra F)— no estará legitimado para formular desistimiento de una solicitud que desborda sus atribuciones. Por otra parte, habida cuenta de la trascendencia que el desistimiento tiene en orden a la protección registral de los derechos inscribibles, creemos que el Registrador deberá poner un especial cuidado en asegurarse de la aquiescencia de los interesados, cuando sea el presentante quien formule la declaración de desistimiento. Este es el espíritu de la Resolución de 19 de junio de 1975, como veíamos, en orden a la práctica de los asientos, aquí de perfecta aplicación.

(68) De las cinco causas de terminación del proceso civil sin sentencia que citan los procesalistas (puede verse, por ejemplo, el tratado de *Derecho Procesal* de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, vol. I, 4.ª ed., Madrid, 1955, págs. 366 y ss.), es decir, el allanamiento, la transacción, la caducidad, la renuncia de la acción y el desistimiento, las dos primeras no tienen aplicación al proceso registral por falta de contención entre partes; la caducidad, *mutatis mutandi*, se da en caso de retirada del título, por cualquier causa, y aportación fuera de plazo; por último, la renuncia al proceso registral en marcha aparece confundida con el desistimiento, ya que es muy difícil distinguir, como hacen los procesalistas, entre lo que afecta al proceso y lo que afecta a la acción ejercitada, que no existe en el proceso hipotecario de inscripción, bajo la idea procesal de derecho independiente distinto del derecho subjetivo privado.

- b) *Clases de desistimiento*.—Regula el artículo 433 dos clases de desistimiento: *total*, que no se define, y *parcial*, cuando «solamente afectare a una parte del contenido del documento». Parece que, cuando el desistimiento es total, puede ser genérico. En cambio, cuando es parcial —por analogía con lo que establecen los arts. 429 y 434—, deberá expresar con claridad las estipulaciones, pactos, fincas o derechos a que afecte.

- c) *Cuándo puede formularse*.—El primer párrafo del artículo 433 expresa que la facultad de desistir habrá de ejercitarse «durante la vigencia del asiento de presentación».

Como quiera que el texto reglamentario no distingue, por vigencia del asiento de presentación habrá que entender tanto el transcurso del plazo legal de sesenta días como el de sus posibles prórrogas. No obstante, en caso de recurso, parece que la declaración de desistimiento choca con la propia decisión o acto de interposición de la reclamación.

- d) *Forma del desistimiento*.—La voluntad de desistir debe manifestarse al Registrador a través de una solicitud cuya forma es distinta según la clase y procedencia del desistimiento:

- Si es total, la solicitud debe formularse «en documento público o privado con firmas legitimadas notarialmente».
- Si es parcial, la solicitud puede hacerse *verbalmente*.
- Tratándose de documentos judiciales o administrativos, el artículo 433 se limita a decir que el desistimiento «deberá ser decretado o solicitado» por la respectiva autoridad, funcionario u órgano. Creemos que, sea total o parcial el desistimiento, el documento idóneo para ello será de naturaleza judicial o administrativa, según proceda, sin tener en cuenta las reglas anteriores.
- En cualquier caso, «la solicitud de desistimiento se hará constar por nota al margen del asiento de presentación de que se trate».

Parece oportuno que, en caso de solicitud de desistimiento parcial formulada verbalmente, esa nota sea firmada por el solicitante. El texto no lo dice, pero creemos que, por analogía con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 429 para las notificaciones y para evitar toda duda de actuación oficiosa del Registrador, será muy conveniente esa firma.

- e) *Resolución de la solicitud de desistimiento*.—El Registrador, a la vista de la solicitud y de las circunstancias registrales, resol-

verá sobre la admisión o inadmisión del desistimiento. Se echa a faltar la fijación de un *plazo* para la resolución. Supletoriamente, podría aplicarse el mismo del artículo 97 para la práctica de la inscripción, contando a partir del día siguiente al de la solicitud y siempre dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación. Veamos las dos variantes de la resolución:

1. *Inadmisión.* Procederá:

- Cuando del desistimiento se derive la imposibilidad de despachar otro documento presentado, salvo que la petición se refiera también a éste y se trate del mismo interesado o, siendo distinto, lo solicite también éste.
- Cuando, a juicio del Registrador, el desistimiento perjudique a tercero (lo cual supone la concesión, en cualquier caso, de un amplio margen discrecional al Registrador para decidir sobre la conveniencia o no de admitir el desistimiento).

2. *Admisión.* Procederá, sin más, cuando el Registrador estime que no se dan las circunstancias precedentes, pues el artículo 433 no dice nada al respecto.

f) *Operaciones registrales a que da lugar.*—Son distintas según la resolución:

1. *Caso de inadmisión.* La resolución negativa del Registrador se hará constar por nota al margen del asiento de presentación y en el documento o solicitud.
2. *Caso de admisión.* Aceptado el desistimiento, se cancelará el asiento o asientos de presentación afectados por el mismo, por medio de nota marginal.

Así se produce, en este segundo caso, el último párrafo del artículo 433 del Reglamento. Sin embargo, hay que pensar que el texto ha querido referirse al caso de *desistimiento total*. Cuando se trate de *desistimiento parcial* lo lógico es proceder como en el caso de inadmisión, es decir, hacer constar la admisión del desistimiento parcial por nota al margen del asiento de presentación y en el documento o solicitud, continuando vigente el asiento de presentación, en cuanto al resto del contenido del documento, y sin que, a nuestro juicio, pueda hablarse aquí de cancelación parcial del asiento de presentación. El supuesto es

semejante al del nuevo artículo 425, con la diferencia de que, en éste, se excluye anticipadamente parte del documento de modo expreso; en cambio, en el desistimiento del artículo 433, la exclusión es de materia inscribible cuya registración se había solicitado antes, expresa o tácitamente.

Y en el caso de admisión del desistimiento cuando es total, aunque el artículo 433 se limite a decir que se cancelará el asiento de presentación afectado, creemos que también debe hacerse constar por nota en el documento o solicitud, por aplicación del primer párrafo del artículo 434, entre otros, que impone al Registrador, con carácter general, la extensión en el título de la nota que proceda, según los casos, una vez hecho de ellos «el uso que corresponda».

- g) *Recursos contra la resolución de inadmisión del desistimiento.* Contra la negativa del Registrador a admitir el desistimiento, sea total o parcial, dice el artículo 433 que «podrá interponerse recurso gubernativo».

A nosotros nos parece muy bien la posibilidad de recurso contra una resolución que, apoyada en causas que escapan a la voluntad del presentante y basada en un juicio de valor del Registrador, es siempre susceptible de argumentación contraria. Lo que no encajamos es este recurso gubernativo en los trámites y presupuestos del único recurso de igual naturaleza regulado por la legislación hipotecaria. El legislador no se ha atrevido a decir que este recurso gubernativo se seguirá por los trámites de los artículos 112 y siguientes del propio Reglamento. Y probablemente es que no ha querido decirlo, ya que las dificultades de adaptación a aquella normativa son evidentes. Veamos sólo algunas:

- El Notario autorizante del documento, ¿podrá recurrir, aun en aquellos casos en que no sea presentante, a pesar de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 433? Y, en caso afirmativo, ¿a qué efectos doctrinales podría referirse la reclamación si aquí no se va a entrar en el fondo del problema técnico-jurídico?
- Por el contrario, ¿podrá recurrir el presentante —en base al citado primer párrafo del art. 433—, a pesar de no ostentar notoriamente o acreditar en forma auténtica la representación de los interesados, tal como exige el artículo 112, número 1.º?

- La posibilidad de intervención del Fiscal —núm. 2.º del artículo 112— resulta excesiva cuando sea el Juez quien, a petición acaso de ambas partes, haya decretado el desistimiento.
- Los trámites resultan excesivos para lo que sólo es una petición procesal negativa o de abandono.
- La desproporción entre el fin perseguido —susceptible, además, en la mayoría de los casos, de lograrse por el medio más sencillo de la simple retirada del título— y la complejidad de plazos y trámites determinará, por razones económicas de todo tipo, que sea muy escasa la utilización del recurso.

Quizá hubiese sido más práctico remitir al *recurso de queja* que regula el artículo 416, párrafo cuarto, del Reglamento para el caso —de mayor analogía, puesto que tampoco se entra en el fondo del asunto— de que el Registrador se negare a practicar el asiento de presentación por imposibilidad material o por otro motivo.

O tal vez, por último, pudo establecerse un trámite semejante al regulado por los artículos 618 y 619 para la impugnación de la minuta de honorarios o revisión de la correspondiente a los ya pagados, con una especie de *recurso de reforma o reposición* ante el propio Registrador, con elevación de su acuerdo a la Dirección General, en caso de no acceder a la reclamación, para su definitiva resolución.

ANTONIO MANZANO SOLANO
Registrador de la Propiedad

Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre

SUMARIO: PERSONAS SUJETAS A TUTELA: I. *Distinción entre tutela plena y tutela restringida*.—II. *Artículo 222 en la Ley 13/1983, de 24 de octubre*: A) Consideraciones generales: a) Prodigalidad. b) Interdicción civil. B) Menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad (art. 222, núm. 1.º). C) Incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. D) Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.—CLASES DE TUTELA: I. *Introducción*.—II. *Tutela testamentaria*: A) Concepto. B) Medios formales. C) ¿A quién corresponde la facultad concedida por el artículo 223 del Código Civil? D) Extensión de las facultades. E) Concurrencia de nombramientos al amparo del artículo 223 del Código Civil. F) Aparición de tutor o administrador, designados al amparo de los artículos 223 y 227 del Código Civil, estando otro tutor en el ejercicio de la tutela. G) Nombramiento de administrador por extraño.—III. *Tutela legítima*: A) Concepto. B) ¿Cuándo procede? C) ¿En quién puede recaer el nombramiento de tutor? D) Supuestos especiales de nombramiento de tutor contemplados en la Ley.—ORGANOS DE LA TUTELA: I. *Introducción*.—II. *Tutor*: A) Unipersonalidad del cargo de tutor. B) Régimen de gestión de la tutela colectiva. C) Inhabilidad, remoción y excusa de tutores: a) Inhabilidad. b) Remoción. c) Excusa.—III. *Juez*: A) Idea general. B) Competencias.

PERSONAS SUJETAS A TUTELA

I. DISTINCIÓN ENTRE TUTELA PLENA Y TUTELA RESTRINGIDA

La doctrina, debido a la configuración de la Ley anterior y a la desaparición en nuestro Derecho de la figura del curador, se veía obligada a distinguir, dentro del concepto genérico de tutela, entre «tutela plena» y «tutela restringida». CASTÁN señalaba, como condiciones indispensables de las personas sujetas a tutela, las siguientes: 1.ª No estar bajo la patria potestad. 2.ª Tener limitada la capacidad de obrar. Ahora bien: las personas en quienes concurrían esas dos condiciones podían ser sometidas a una forma de protección plena y definitiva («tutela ple-

na») o transitoria e intermitente («tutela resringida»). Eran casos de tutela plena los contemplados en el antiguo artículo 200 del Código Civil, que decía:

«Están sujetos a tutela:

- 1.º Los menores de edad no emancipados legalmente.
- 2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.
- 3.º Los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos.
- 4.º Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.»

Y como ejemplos de tutela restringida se estudiaban todos aquellos donde se podía hablar de una capacidad de obrar no totalmente desarrollada: menores de edad emancipados o habilitados de edad. Es decir, personas que necesitan para su actuación jurídica un «complemento de capacidad», materializado en el consentimiento de terceras personas, predeterminadas por la Ley y para concretos actos o negocios jurídicos.

Las diferencias fundamentales entre ambos tipos de tutela, omitiendo otros aspectos, eran:

a) Por la organización tutelar: La tutela plena exige la constitución de todo el entramado tutelar (nombramiento de tutor, protutor y Consejo de Familia); la tutela restringida precisa únicamente de la designación de tutor, y ello cuando falten las personas llamadas al ejercicio de la patria potestad.

b) Por sus consecuencias: En la tutela plena es el tutor quien interviene en lugar del menor o incapaz, como representante legal del mismo; en la restringida es el propio tutelado quien actúa, como hemos dicho, necesitando exclusivamente la concurrencia del tutor prestando su consentimiento al acto o negocio celebrado, en los supuestos que ello es preciso conforme a la Ley.

Esta identificación, bajo el manto común de la tutela, se produjo como consecuencia de haber optado nuestro Código Civil (al igual que el proyecto de 1851) por el principio de unificación en la guarda legal, influenciado muy directamente por el Derecho francés, y olvidando los antecedentes del Derecho castellano, cuyo organigrama de guarda y protección contemplaba tres facetas: la tutela, la curatela y la intervención judicial. Tal simplificación supuso que la doctrina debía concretar los criterios de distinción entre tutela plena y tutela restringida, lo que planteó varios problemas a resolver, como el que esta última precisaba de la constitución de todo el organismo tutelar, a que ya hemos hecho referencia, o no.

La nueva Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha situado en sus justos términos la distinción entre lo que se dio en llamar tutela plena y tutela restringida, acabando con las imprecisiones y equívocos resultantes de unificar forzosamente. En la normativa recientemente aprobada resurge la figura del curador, que delimita perfectamente el carácter de su naturaleza y finalidad, quedando, en consecuencia, conceptualmente separada de la tutela, como figura independiente, dentro de las normas dedicadas a la guarda de menores e incapacitados. Por lo tanto, hoy ya no podemos hablar de tutela plena y restringida, sino tutela y curatela, cada una de las cuales tiene su ámbito de aplicación, su contenido y finalidad, aunque con necesarias identidades (lo relativo a nombramientos, inhabilidades, excusa y remoción), debido a que ambas instituciones van dirigidas, en último extremo, a amparar y proteger a los jurídicamente necesitados.

Aunque no es éste el lugar para profundizar en el estudio de la curatela, señalemos ahora su ámbito de aplicación, para constatar con mayor facilidad su semejanza con la que se denominó tutela restringida. Dice el artículo 286 del Código Civil en su nueva redacción que son personas sujetas a curatela:

- 1.º Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.
- 2.º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad (antes habilitados de edad).

No obstante, la nueva norma (art. 286) incluye dentro de su texto situaciones anteriormente consideradas como susceptibles de tutela, a tenor del antiguo 200 CC: los declarados pródigos (art. 286, núm. 3); y, por otra parte, amplía las posibilidades de aplicación del régimen en aquellos supuestos donde el Juez lo entienda necesario, debido al grado de incapacitación: artículo 287 CC, en su nueva redacción (personas a quienes la sentencia de incapacitación o resolución judicial modificativa de la misma someta a esta forma de protección).

Lo que parece claro, y así lo reconoce la propia Ley 13/1983, de 24 de octubre, en su Disposición final, es la necesidad de una nueva norma que coordine los distintos términos utilizados en el articulado del Código Civil para un mismo fenómeno (a modo de ejemplo, art. 323, donde se debería decir curador y no tutor).

II. ARTÍCULO 222 DE LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE

De la redacción dada a este artículo por la nueva Ley resulta que:

«Estarán sujetos a tutela:

1.º Los menores de edad no emancipados que no estén bajo la patria potestad.

2.º Los incapacitados cuando la sentencia firme lo haya establecido.

3.º Los sujetos a patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela».

A la vista de este precepto, y comparándole con el antiguo artículo 200 del Código Civil, ya podemos intentar un análisis, por somero que sea, de lo que la reforma significa en cuanto a los sujetos pasivos de tutela:

A) *Consideraciones generales.*

Las líneas concretas modificativas más importantes, a nuestro modo de ver, aparte de las referidas en especial a cada uno de los supuestos, son las siguientes: exclusión de la prodigalidad e interdicción civil como supuestos susceptibles de tutela.

a) *Prodigalidad.*

Su exclusión es consecuencia lógica de las críticas que desde la doctrina más autorizada se venían haciendo contra el derogado sistema del Código Civil, al entender que la situación del pródigo y la causa que motivaba su incapacitación no eran suficiente justificación para someter al sujeto a un régimen tan complejo como el entonces aplicable cuando incluso el propio contenido de este tipo de tutela venía muy matizado por el articulado del Código Civil que a ella se refería (arts. 224 y 225). Por ello la nueva Ley ha extraído el supuesto de prodigalidad del ámbito de la tutela, sometiendo al pródigo al cuidado de un curador, cuya significación más concreta y determinada se adapta mejor al caso y, por otra parte, incardina con la naturaleza de la prodigalidad, que lo que requiere es un control de la persona afectada para casos determinados (judicialmente tasados) y no la aplicación de un sistema, como el tutelar, dirigido a aquellas personas que carecen de las cualidades esenciales que determinan la capacidad de obrar o que no han llegado a la edad necesaria para presumir que pueden desenvolverse por sí solos.

El problema que podían suscitar las tutelas de pródigos vigentes a la entrada en vigor de la nueva Ley ha quedado resuelto por la Disposición transitoria segunda, que establece que las mismas se regirán en lo sucesivo por lo dispuesto en la nueva normativa respecto de la curatela, aunque hemos de entender que su especial contenido será el que se determinó en la sentencia que estableció la prodigalidad. Y, por otra parte, de acuerdo con el contenido de la Disposición transitoria primera de la misma Ley, el tutor que hubiese sido designado de acuerdo con la legislación anterior se mantendrá en su cargo, aunque ajustando su actuación a la nueva Ley; esto es, actuará como un curador y no como un tutor. Entendemos que uno de los efectos de mayor importancia será que los Consejos de familia y protutores designados quedarán sin competencia alguna al acomodarse a la nueva situación el ejercicio de guarda.

b) *Interdicción civil.*

Tenía la interdicción civil el carácter de pena accesoria en los casos de pena de muerte no ejecutada (hoy desaparecida) y condena de reclusión mayor. Como dice Díez-PICAZO (*Comentarios al Código Civil*, tomo I), la interdicción civil no es más que «un puro residuo del viejo instituto de la muerte civil y hoy parece carente de justificación». Tal crítica y consideración, que por otra parte aparece en otros sectores doctrinales, parece haber hecho mella en el legislador, pues ha tratado el supuesto de tutela del interdicto con carácter residual y transitorio.

Nada más adecuado a su consideración que el lugar que la nueva Ley dedica a la tutela del interdicto, esto es, la Disposición transitoria tercera, donde dice:

«En cuanto subsista la pena de interdicción civil, la tutela de los condenados a ella corresponde a las personas que determinan los artículos 234 y 235 de este Código y se regirán en adelante por sus preceptos. Estas mismas normas serán de aplicación para las interdicciones ya firmes al tiempo de su entrada en vigor, continuando como tutor el que entonces lo sea».

El criterio escogido por el legislador es semejante al adoptado en los demás supuestos de transitoriedad, añadiendo el tono propio de institución a extinguir. No obstante, creemos que se hace necesario una cierta aproximación a esta disposición para mejor entender su significado. Tiene la norma dos finalidades: regular las futuras tutelas de interdictos que se establezcan mientras subsista la pena de interdicción civil y acomodar a la nueva Ley las tutelas que se hallasen vigentes a su entrada en vigor. Lo cierto es que no deja de llamar la atención el primero de los aspectos indicados, pues hemos de recordar que mediante la modificación opera-

da en el Código Penal mediante la Ley Orgánica Urgente y Parcial de reforma del mismo (Ley 8/1983, de 25 de junio), el artículo 45 impone como pena accesoria de la reclusión mayor la inhabilitación absoluta para el ejercicio de los derechos civiles, lo que supone la desaparición del único caso donde quedaba vigente la pena de interdicción civil, dejando, en consecuencia, sin materia susceptible de aplicación tal inciso de la Disposición transitoria comentada. Por otra parte, en cuanto a la segunda finalidad de la misma disposición, hemos de decir que su ámbito temporal de aplicación resultará más que reducido debido a que la citada Ley de reforma del Código Penal lleva consigo la obligación a los Tribunales de la inmediata revisión de condenas y, por tanto, la supresión de penas accesorias desaparecidas y con ello de las tutelas, que son su consecuencia.

B) Menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad
(artículo 222, núm. 1).

La principal diferencia de este número del nuevo artículo 222 del Código Civil respecto del antiguo artículo 200, número 1, del Código Civil está en que dentro de su propio texto se delimita ya el ámbito de aplicación de la norma, supeditada en todo caso a la patria potestad. Ciertamente que tal principio se hallaba contenido en las disposiciones positivas del derogado texto del Código Civil en esta materia, pero lo que queremos hacer notar es que tal principio se recogía en otro artículo del Código, concretamente el artículo 199, de manera general, y el artículo 206, párrafo segundo, relativo a la tutela testamentaria.

Si el presupuesto básico, hablando de menores de edad, para el sometimiento a tutela es la no sujeción a la patria potestad, habremos de ver qué ocurre o qué debería ocurrir en función de la causa de extinción de la patria potestad. El artículo 169 del Código Civil en su nuevo texto señala tres supuestos de extinción de la patria potestad: *a)* Muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres (provoca necesariamente la constitución del organismo tutelar con alguna precisión, que será objeto de estudio posterior). *b)* Emancipación (ya no se trataría de un supuesto del núm. 1 que estudiamos, y la guarda vendría dada por la incapacitación o el sometimiento a curatela, siempre que no se trate de mayoría de edad). *c)* Adopción (supone, de acuerdo con el art. 176 del Código Civil, que la titularidad y ejercicio de la patria potestad pasaría al adoptante o adoptantes). Por otra parte, el artículo 170, párrafo primero, establece la posibilidad de que el padre, la madre o ambos sean privados del ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, en virtud de sentencia dictada en los casos a que el precepto se refiere.

Comentemos más concretamente alguno de los supuestos contemplados:

a) Fallecimiento del progenitor que ejerce la patria potestad estando el otro privado de su ejercicio.

En tal caso debemos tener en cuenta que la sujeción del menor a tutela no será automática, pues cabe la posibilidad de que el padre privado del ejercicio lo recupere si el Juez entiende ser beneficioso para el menor (art. 170, párrafo segundo). Tengamos en cuenta que el sentido preferencial que otorgamos a la patria potestad se debe al carácter de mayor identidad con el protegido, que implica relaciones afectivas más intensas y, por tanto, más beneficiosas, lo que supone que siempre será preferible la revisión de la actuación anterior del progenitor privado que encomendar directamente la guarda del menor a un pariente o extraño en concepto de tutor. Asimismo, parece que el legislador no repudia tal criterio cuando entre las causas que dicta para la extinción de la tutela (art. 277, número 1) se refiere al caso de la recuperación de la patria potestad. Ciertamente es que nuestra idea va más allá de la recogida por el citado artículo (que se refiere al supuesto de que la tutela se halla establecida precisamente por la privación) y que supone que tal recuperación se pueda utilizar como excepción en el proceso de designación de tutor.

b) Hijo mayor de dieciséis años no sujeto a la patria potestad.

Es el caso del menor de edad, mayor dieciséis años, que por cualquier causa se ve precisado de protección al haberse extinguido la patria potestad sobre él. Tampoco en este caso es automático el sometimiento a tutela, y ello debido a las siguientes normas legales: a) Artículo 321 del Código Civil: «También podrá el Juez, previo informe del Consejo de familia, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare». b) Artículo 231 del Código Civil: «El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años»; y los artículos 210, 224, 225 y 234, de donde se deduce uno de los principios de mayor importancia de la reforma: la libre decisión judicial, limitada, exclusivamente, porque su actuación sea en beneficio del sujeto a tutela.

Pero, ¿qué deducimos de todos estos preceptos citados? Que al instarse ante el Juez o ponerse en su conocimiento el hecho que determina la constitución de la tutela de un menor de edad, mayor de dieciséis años, el Juez, a solicitud del propio menor o porque lo entienda beneficioso para él, le conceda el beneficio de la mayor edad (arts. 320 y 321

del Código Civil), lo que implica el sometimiento a curatela y no tutela. Volvemos a reiterar la necesidad de una pronta normativa de coordinación de términos dentro del Código Civil, pues al estudiar el problema tratado nos encontramos con que el artículo 321 sigue haciendo referencia al Consejo de familia.

c) *Hijo adoptivo.*

Bajo la normativa ahora derogada entendía la doctrina que el adoptante no podía en ningún caso designar tutor al adoptado. La profunda variación sufrida en materia de adopción, materializada en las últimas reformas, nos obliga a reconstruir la relación tutela-adopción en sus diversas facetas. Quizá la mayor variación se halle en el artículo 176 del Código Civil, de vida tan agitada. Variado su texto con la Ley de 13 de mayo de 1983, dejado sin contenido en la Ley de 7 de julio del mismo año y resurgido mediante la Ley de 24 de octubre de 1983. Y todo ello debido a que en su seno tal norma contiene la concesión al adoptado del *status familiae*, a diferencia de su anterior *status filii*.

En el aspecto que ahora nos interesa, el artículo 176 en su último párrafo dice: «Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes se aplicarán, en su caso, las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza».

C) *Incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.*

Para estudiar el segundo número del nuevo artículo 222 hemos necesariamente de partir de la premisa de quiénes son susceptibles de ser incapacitados. Según el artículo 200 del Código Civil, en su nuevo texto, son causas de incapacitación: «Las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Y el nuevo artículo 201 del Código Civil señala que «los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad». Luego, serán incapacitados todos aquellos, mayores o menores de edad, que sufriendo alguna enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que les impida gobernar por sí mismos su persona o bienes, sean declarados en tal situación judicialmente.

Un primer aspecto a plantear sería si la tutela del menor no emancipado ha de ampararse en el número 1 o en el número 2 del artículo 222 del Código Civil. El fundamento de la tutela del menor, basada en la propia protección del menor, donde no se entiende una falta de capaci-

dad, sino desarrollo hacia la plenitud (falta de experiencia y aprendizaje psíquico), hace que su tratamiento sea específico y en ningún caso requiera la previa incapacitación para el sometimiento a tutela. Luego, ¿qué transcendencia tendrá la incapacitación del menor? Mientras continúa la minoría de edad, la incapacitación supondrá, total o parcialmente, la supresión de la pequeña esfera de actuación que la Ley concede al menor (posibilidad de hacer testamento del art. 663; ser testigo del artículo 701; ejercicio de la patria potestad del art. 157) y, por supuesto, ser la base suficiente para que llegada la emancipación o, mayoría de edad, la patria potestad quede prorrogada (art. 171 del Código Civil) o continúe vigente la tutela en ejercicio.

Desde otro punto de vista, llama la atención la distinta formulación que hace el Código en el número 2 del artículo 222 (los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido) de aquel otro artículo 200 del Código Civil, hoy derogado, que decía: «Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sean leer ni escribir»; recordemos supuestos de las denominadas «restricciones de la personalidad jurídica» del ahora desaparecido artículo 32, párrafo segundo, del Código Civil (Ley 13/1983, de 24 de octubre).

Por tanto, lo que parece haber querido el legislador al hablar de «incapacitados», variando el criterio anterior y al definir los supuestos de incapacitación de manera genérica (nuevo art. 200 del Código Civil), ha sido romper con los criterios y conceptos excesivamente estrechos que presidían la incapacitación y por tanto la posibilidad de tutela, lo que imposibilitaba o dificultaba declarar como incapaces a personas en situaciones que no les permitían gobernarse por sí mismos, en su persona o bienes. Así la técnica anterior obligaba a meter en un mismo apartado situaciones tan distintas como los enfermos psíquicos y los deficientes por naturaleza (locos e imbeciles), o dificultaba el tratamiento de toxicómanos y alcohólicos. Asimismo, se hace innecesaria la diferencia establecida en la antigua regulación sobre la tutela del loco y demente y de la del sordomudo (decía el antiguo art. 218 que la sentencia que declaraba la incapacidad del sordomudo fijaría la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos, principio ahora aplicado a toda incapacitación).

Por otra parte, el número 2 del artículo 222 supedita la tutela a que la sentencia de incapacitación así lo establezca. No deja de ser el lógico corolario del artículo 210 del Código Civil en su nueva redacción, donde se materializa el principio de que no necesariamente la incapacitación tiene que desembocar en tutela, sino que el Juez, atendido el interés del

tutelado, puede preferir el sometimiento del necesitado de protección a otro sistema de guarda (curatela).

Dentro del ámbito de este número 2 del artículo 222 del Código Civil, debemos incluir, como ya hacía la doctrina respecto del sistema derogado, a los menores de edad emancipados (LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, pág. 153). Ahora bien, respecto de estos menores emancipados y respecto de los mayores de edad, cuando convivan con sus padres o con uno de ellos, no se constituirá la tutela, sino que se prorrogará la patria potestad. No obstante, esta declaración, amparada en el artículo 171 del Código Civil, debe ser matizada desde un doble punto de vista:

1.º Que el llamado al ejercicio y titularidad de la patria potestad pueda ejercitarla eficazmente.

2.º Que tal prórroga quede, al arbitrio del Juez en el sentido de poder optar por la constitución de la tutela en vez de la prórroga, atendidas las circunstancias del caso, como parece deducirse del artículo 210 del Código Civil (la sentencia que declare la incapacitación determinará... «el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»).

D) *Los sujetos a la patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*

A ello se refiere el número 3 del artículo 222 del Código Civil, que necesariamente hemos de poner en relación con el ya citado artículo 171 del Código Civil. Dice el número 2 que al extinguirse la patria potestad prorrogada se constituirá alguna forma de guarda del incapacitado. Tendremos que relacionar estas causas de extinción de la patria potestad prorrogada: 1.º Muerte o declaración de fallecimiento de los titulares de la patria potestad prorrogada. 2.º Haber contraído matrimonio el sujeto a dicha prórroga. 3.º Los supuestos de privación de la patria potestad del artículo 171 del Código Civil, que entendemos perfectamente aplicable al caso. Las demás causas del artículo 171 del Código Civil lo que suponen es: dejar sin efecto la incapacitación (núm. 3 del art. 171 del Código Civil); la desaparición de la personalidad civil (núm. 1 del art. 171 del Código Civil), o continuidad de la patria potestad prorrogada en caso de adopción del sujeto a ella (núm. 2 del art. 171 del Código Civil, en relación con el art. 176 del Código Civil).

Es asimismo preciso coordinar el último párrafo del artículo 171 del Código Civil («Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación se constituirá la tutela») con el último inciso

del número 3.º del artículo 222 del Código Civil («salvo que proceda la curatela»). Aunque en principio, y en base a la repetida Disposición final, el legislador ha previsto la adecuada coordinación de términos, no parece necesario tener que recurrir a ese sistema al haber sido objeto de modificación mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el contenido de ambos preceptos, por lo que el artículo 171 debería haber quedado redactado: «...se constituirá la tutela o curatela cuando procedan».

¿Podrá pensarse que el no haber llevado a cabo el legislador tal coordinación no se debe a omisión, sino que el mantener tales redacciones tiene su fundamento? Entendemos que no. Si repasamos el texto del artículo 171 del Código Civil vemos que la patria potestad prorrogada «...se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título». De tal disposición se deduce una doble posibilidad:

a) Que en la resolución de incapacitación el Juez establezca la prórroga de la patria potestad con un contenido semejante al de la curatela. En cuyo caso, a la extinción de la patria potestad prorrogada el incapacitado quedará sometido a tal forma de guarda. Razón por la cual el número 3 del artículo 222 del Código Civil dice que se constituirá la tutela, salvo que proceda la curatela.

b) Que en la resolución judicial se disponga exclusivamente la prórroga sin más. En tal caso, al extinguirse la misma, tendremos que volvernos a la sentencia de incapacitación para determinar el tipo de guarda preciso, que puede ser tanto tutela como curatela.

c) Que la incapacitación que determina la prórroga se base en una situación semejante a la que en otro caso provocaría el sometimiento a tutela, y el Juez ante el que se solicite la constitución tutelar entienda que las circunstancias han variado, inclinándose por la curatela.

CLASES DE TUTELA

I. INTRODUCCIÓN

La forma de organizar la tutela que tenía establecida la legislación ahora derogada suponía la existencia de tres clases, a las que se les dedicó su respectivo capítulo, dentro del título IX del libro I del Código Civil. Eran: Tutela testamentaria, tutela legítima y tutela dativa. La causa de la clasificación se encontraba en el origen del nombramiento, esto es, testamento, deferido por la propia Ley o designado libremente por el Consejo de familia, cuando no existían tutores testamentarios o personas llamadas por la Ley a la tutela.

Por otra parte, dentro de capítulo destinado a la tutela legítima existían cuatro secciones, dedicadas cada una de ellas a un supuesto de incapacidad de los contenidos en el antiguo artículo 200 del Código Civil ya transcrito (menores, locos o dementes y sordomudos, pródigos e interdictos), precisando las especialidades propias de cada tipo de tutela. La actual Ley simplifica todo este entramado desde diversos puntos de vista, algunos de los cuales ya hemos comentado:

1.º Se definen de un modo genérico y amplio las causas de incapacidad (art. 200 del Código Civil: enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma).

2.º Aplicación a toda clase de tutela del principio de graduación de la incapacidad (art. 210, ya visto).

3.º Identidad de régimen legal para toda clase de tutelas (secciones 2.ª y 3.ª, capítulo II).

Todo ello supone la desaparición, salvo determinados aspectos muy concretos, de diferencias entre tipos de tutela, por lo que a su contenido se refiere, en función de la causa que la motiva. Desde otro punto de vista, al haber desaparecido el Consejo de familia como órgano tutelar, desaparecen con él las competencias que tenía asignadas, entre ellas el nombramiento de tutor dativo a que se refería el artículo 230 del Código Civil.

II. TUTELA TESTAMENTARIA

A) *Concepto.*

Será aquel tipo de tutela que se caracteriza por la forma de nombramiento del tutor, realizada mediante testamento o documento público notarial, por aquellas personas a quienes la Ley faculta para ello.

Parece que de tal definición surge un equívoco. Si llamamos a este tipo de tutela testamentaria, ¿cómo podemos incluir el documento público notarial para la designación de tutor? Bueno, ello es debido a que la nominación de tal clase de tutela se amparó en la legislación anterior, donde el único medio de designación era precisamente mediante el testamento. Quizá hoy deberíamos hablar de tutela de designación paterna o familiar, o cualquier otra semejante, que haga hincapié, no en el medio utilizado, sino en la persona de quien proviene el nombramiento, sobre todo habiendo quedado tras la Ley de reforma reducido al ámbito fami-

liar la designación de tutor, ya que los extraños podrán nombrar sólo administrador (art. 227 del Código Civil).

B) *Medios formales.*

Señala el artículo 223 del Código Civil que la designación de tutor podrá hacerse por los padres mediante testamento o documento público notarial. Parece lógica la doble vía que prepara el legislador, pues el testamento, aun cuando es documento público notarial, puede no serlo (testamento ológrafo, en peligro de muerte, marítimo, algunas modalidades de testamentos forales, etc...). Por otra parte, el término «documento público notarial», en principio impreciso, entendemos que ha sido elegido por identidad con la terminología utilizada por el Código Civil al hablar de la prueba de los contratos, ya que desde la óptica de Derecho notarial hubiese sido mucho más preciso hablar de instrumento público o escritura pública, siendo preferible este último término, que lleva consigo la exclusión del acta notarial, que no sería aplicable al caso considerado por razones obvias de finalidad de tal medio formal. Ya dentro de la propia escritura de designación de tutor diremos que su contenido puede ser directo (escritura de designación de tutor) o indirecto (por ejemplo, disposición complementaria en escritura de donación).

C) *¿A quién corresponde la facultad concedida por el artículo 223 del Código Civil?*

a) Como dice el propio artículo comentado, tal facultad corresponde a los padres, principio ya contemplado en la legislación anterior. Al hablar de padre y madre nos referimos también, aun cuando el precepto no lo diga, al padre o madre adoptivos; y ello queda fuera de toda duda tras la restauración del artículo 176 del Código Civil (redacción conforme a la Ley de 13 de mayo de 1981), por la extensión al adoptado del *status familiae*. Así en dicho artículo se contiene: la concesión de la patria potestad al adoptante (párrafo tercero), *status familiae* al adoptado (párrafo segundo), equiparación del hijo por naturaleza con el adoptado (párrafo primera), razones todas ellas más que suficientes para conceder al adoptante el derecho que a los padres otorga el artículo 223 del Código Civil.

b) ¿Qué eficacia tiene el nombramiento realizado por quien ha sido privado del ejercicio de la patria potestad?

Dice el artículo 226 del Código Civil: «Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre tutela si en el momento de adoptarlos el disponente hubiese sido privado de la pa-

tria potestad». Por tanto, la eficacia de las designaciones hechas por los medios del artículo 223 del Código Civil queda condicionada a la privación de la patria potestad en el «momento de adoptarlas». Esta limitación podría interpretarse en el sentido de que la privación existiese en el momento de la designación o, por el contrario, en el de la constitución de la tutela. Parece que el sentido común nos indica que el momento que condiciona la eficacia es el de la designación en testamento o correspondiente escritura.

Pero, ¿qué eficacia tendría la designación hecha por quien hubiese sido privado de la patria potestad, y durante tal privación, si posteriormente la recuperase? Nos inclinamos a aceptar una postura admisiva, entendiendo que la recuperación supone una rehabilitación de las relaciones afectivas y de interés que la patria potestad supone; y si el padre o la madre, o ambos, en su caso, mantuvieran tácitamente la designación hecha en la época de la privación deberíamos entenderlo completamente eficaz. No plantearía problema alguno si tras la recuperación el titular de la patria potestad, utilizando uno de los medios formales que le concede el artículo 223 del Código Civil, ratificase lo anteriormente hecho.

c) ¿Podrá el padre o madre, menor no emancipado, nombrar tutor a un hijo sujeto a su patria potestad?

Hemos de partir de los siguientes presupuestos:

1.º El artículo 157 del Código Civil, que dice: «El menor de edad no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez».

2.º La posibilidad que a los padres confiere el artículo 223 del Código Civil para la designación de tutor, con la limitación del artículo 226 del Código Civil.

3.º La jurisprudencia tiene sentado el principio de que el derecho a nombrar tutor para los hijos (sobre la base del antiguo art. 206 del Código Civil) es un derecho absoluto (Sentencia de 17 de octubre de 1908).

4.º Como ya hemos apuntado en otro lugar de este trabajo, el fundamento de las restricciones que en su capacidad de obrar sufre el menor no emancipado, de acuerdo con la doctrina, no se halla en ninguna idea de sanción o prevención de la sociedad, sino que se entiende como un medio de protección del propio menor.

Conforme a lo dicho, creemos que esa protección del menor, razón de las limitaciones a su capacidad de obrar, son también el fundamento del amparo para quienes dependen de un menor que es padre y titular de la patria potestad. Empero, esa patria potestad no es normal aunque tenga el mismo contenido, sino que se ve modalizada por la necesaria interven-

ción de los padres o tutores del padre menor de edad no emancipado o del propio Juez, esto es, el ejercicio de la patria potestad por parte del menor no emancipado requiere, como requisito indispensable, que se convierte en algo inherente al ejercicio de tal forma de patria potestad, la intervención de las personas citadas en el artículo 157 del Código Civil.

Luego, si conforme a lo previsto en los artículos 223 y 226 del Código Civil entendemos que sólo podrá designarse tutor para el hijo por parte del padre que se halle en el ejercicio de la patria potestad, y si la patria potestad por el padre menor de edad del artículo 157 del Código Civil está modalizada en la forma expuesta, será requisito necesario para el ejercicio de la facultad de designación de tutor el cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio artículo 1570 del Código Civil (asistencia del padre, madre o tutor o intervención judicial).

D) *Extensión de las facultades.*

Según el artículo 223 del Código Civil, los padres no solamente podrán proceder a la designación de tutor, sino también «establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». La parte transcrita sugiere las siguientes cuestiones:

a) ¿A qué órganos se refiere el artículo 223 del Código Civil en su nueva redacción?

Ante todo señalar que ese «órgano» puede ser tanto individual como colectivo, único o múltiple, pues el precepto confiere las más amplias facultades a los padres y, sin embargo, en principio, no dispone limitaciones. En consecuencia, ¿sería posible designar Consejo de familia y protutor? Indudablemente, esto supondría la rehabilitación del sistema derogado, pero no encontramos argumento que impida la posibilidad apuntada. Otro tema sería qué facultades pudieran otorgarse a esos órganos, cuestión que pasamos a estudiar.

b) Posibles competencias de los órganos designados por los padres en testamento o documento público notarial.

El precepto no impone limitación alguna a la voluntad de los padres y a su intención organizativa si lo consideramos aisladamente. Pero tengamos en cuenta, para resolver tales cuestiones, que por el camino marcado podríamos obviar todas y cada una de las intervenciones judiciales que la Ley prevé en el ejercicio de la tutela, por lo que es necesario hacer una mayor concreción y decidir en razón de la función que cumplen tales intervenciones judiciales respecto del menor o incapacitado.

En principio, creemos que sería imposible ampliar, restringir o variar la extensión y límites que para la tutela se deriven de la sentencia de incapacitación de tal o cual acto o negocio, no podrá este aspecto modificarse. ¿Por qué? Porque el hecho que determina la posibilidad de que el padre, con efectividad, designe tutor para el incapacitado es esa misma sentencia; y respecto del menor, su capacidad viene predeterminada a lo largo de la normativa positiva, constituyendo materia de observancia necesaria. ¿Podríamos sustituir la autorización judicial legalmente prevista por autorización prestada por el órgano creado conforme al artículo 223 del Código Civil? El término utilizado por el mencionado artículo es el de «órgano de fiscalización». Fiscalizar equivale a controlar, auditar, vigilar, pero no asistir ni autorizar. Es decir, tales órganos hemos de entenderlos como colaboradores de la autoridad judicial, complementando el deber de vigilancia que el artículo 232 del Código Civil impone al Juez, quien actuará «a instancia de cualquier interesado».

Entonces, ¿qué utilidad tienen tales órganos? Ya hemos dicho que tienen una amplia labor de complemento en la vigilancia judicial de la tutela. Ahora bien, el desarrollo de esa labor se encauza a través de dos caminos: 1.º Imposición, por los medios del artículo 223 del Código Civil, de obligaciones adicionales al tutor (por ejemplo, rendición de cuentas, informes previos a negocios o actos que requieran autorización judicial, dar cuenta el tutor, con carácter previo, de decisiones que puedan afectar o vayan a influir a la persona o bienes del tutelado). 2.º Participar en las actuaciones judiciales de la siguiente manera: a) Excitando el deber de vigilancia del Juez, al amparo de la nueva redacción del artículo 232 del Código Civil. b) Convirtiendo en requisito previo para la autorización judicial necesaria el informe del órgano de fiscalización, ya que la autoridad judicial queda vinculada por las disposiciones de los padres conforme a lo dispuesto en los artículos 223 y 224 del Código Civil. No obstante, la vinculación a las disposiciones de los padres no es absoluta, como resulta del citado artículo 224 del Código Civil, por lo que el informe del órgano de fiscalización, aun cuando negativo, podría no ser tenido en cuenta.

La tesis mantenida, que implica una mediatización de los que hemos denominado poderes absolutos de los padres, nos viene dada por los principios que inspiran la Ley reformadora del Código Civil en materia de tutela; y, concretamente, por lo que respecta al tema que estudiamos, debemos reiterarnos en que la voluntad de los padres queda supeditada al libre criterio judicial en último extremo (art. 224 del Código Civil). Luego el sobreponer o sustituir a la intervención judicial un sistema creado al amparo del artículo 223 del Código Civil vendría a suponer que el propio Juez sustituye su competencia; y hemos de tener en cuenta que tal

competencia, como en otros muchos casos, no es declinable, por cuanto que la intervención judicial es la garantía última para la persona y bienes del tutelado, lo cual es lógico en un sistema de tutela de autoridad.

Una última consecuencia del repetido artículo 223 del Código Civil sería la posibilidad de que los padres delegasen la facultad que tal precepto les otorga de nombrar tutor en favor del Consejo de familia u otro Ir-gano por ellos establecido, que a nuestro entender habría que aceptar, o tener prevista la sustitución temporal del tutor mediante un «protutor», lo que haría innecesario el nombramiento de defensor judicial.

E) *Concurrencia de nombramientos al amparo del artículo 223 del Código Civil.*

Dice el artículo 225 del Código Civil: «Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueren compatibles. De no serlo se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado».

La razón de ser de este precepto se encuentra en el repetido artículo 223 del Código Civil, donde la facultad de designar tutor corresponde a ambos padres. El antiguo artículo 209 del Código Civil establecía un orden preferencial concreto, otorgando el primer lugar al designado por aquel de los padres que últimamente hubiese ejercido la patria potestad y posteriormente, en este orden, el designado por extraño que hubiese instituido heredero al tutelado o dejado manda de importancia.

La nueva redacción dada al artículo 225 del Código Civil responde a dos criterios: a) Reservar la facultad de nombrar tutor, y por los medios formales reconocidos, exclusivamente a los padres (art. 223 del Código Civil), pues los extraños (debemos incluir demás parientes) sólo podrán nombrar administrador (art. 227 del Código Civil). b) Resolver algunos supuestos oscuros de concurrencia de designaciones, entregando el poder de dirimir al Juez competente en la constitución de la tutela. Ahora bien, del artículo 225 del Código Civil, en relación con el artículo 224 del mismo, se deduce que el Juez quedará vinculado por las disposiciones de ambos padres siempre y cuando resulten compatibles en su aplicación y beneficiosas para el menor o incapacitado, razón por la cual el Juez deberá razonar, motivadamente, por qué no ha entendido aplicables unas y otras disposiciones conjuntamente, lo que permitirá plantear recurso contra la decisión judicial, sea cual sea el resultado, si no se es conforme con las razones que motivaron la no adopción de las medidas dispuestas por ambos padres, al amparo del artículo 223 del Código Civil, y provocaron una nueva formulación judicial.

F) *Aparición de tutor o administrador designado al amparo de los artículos 223 y 227 del Código Civil, estando otro tutor en el ejercicio de la tutela.*

Bajo la legislación anterior esta concurrencia se resolvía por los cauces contenidos en el antiguo artículo 210 del Código Civil: 1.º Si estando en ejercicio un tutor apareciese el nombrado por el padre debería serle entregada inmediatamente la tutela. 2.º Si el tutor que apareciese fuese el nombrado por extraño se limitaría su actuación a administrar los bienes procedentes del que le hubiese nombrado mientras no vacase la tutela en ejercicio.

El primero de los casos resueltos con la citada norma no planteaba problemas interpretativos de importancia. No puede decirse lo mismo del segundo de los supuestos, donde la doctrina y jurisprudencia se vieron obligadas a describir soluciones a cuestiones de importancia (¿incluía tal administración el poder de disposición?). Cuestiones éstas que en la nueva regulación quedan zanjadas, pues el actual artículo 227 del Código Civil lo que concede al extraño es la facultad de nombrar administrador («reglas sobre la administración de los mismos», art. 227 del Código Civil). Luego su posterior aparición supondría, simplemente, el sometimiento de los bienes dejados al tutelado por un extraño a la administración de la persona que ese mismo extraño haya designado. Por otra parte, en cuanto al caso de aparición tardía del tutor designado por los padres, aun cuando la nueva Ley no disponga solución concreta, hemos de entender que coincide con la aportada por el antiguo artículo 210 del Código Civil, inciso primero; teoría avalada por la vinculación que para el Juez supone lo dispuesto por los padres (art. 223 del Código Civil), con la limitación ya expuesta que supone el artículo 224 del Código Civil.

G) *Nombramiento de administrador por extraño.*

Señala el artículo 227 del Código Civil: «El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor».

Obvio es que en este punto la reforma ha sido profunda. El antiguo artículo 207 del Código Civil decía, taxativamente, que el que dejare herencia o legado de importancia en favor de un menor o incapacitado podía nombrarle tutor. La diversidad apuntada entre ambos preceptos deriva de dos aspectos fundamentales: 1.º La nueva norma confiere la facultad de designación a quien dispusiere de bienes en favor del menor o incapacitado.

tado a título gratuito. 2.º Lo que se otorga al extraño es la posibilidad de nombrar administrador, no tutor. En cuanto al primer punto, la norma amplía los supuestos que permiten el nombramiento (actos *inter vivos* a título gratuito); en cuanto al segundo, queda claro que el extraño carece de poder para el nombramiento de tutor, pues la propia norma habla de «administrador»; así sus competencias irán dirigidas a la realización de actos de administración sobre los bienes dejados al menor o incapacitado, correspondiendo la representación del mismo al tutor y, por tanto, el ejercicio del poder de disposición mediatizado en la forma dispuesta por la propia Ley (autorización judicial).

El administrador, nombrado al amparo del artículo 227 del Código Civil, vendría obligado a rendir cuentas de su administración, al finalizar ésta, al mismo Juez competente en la vigilancia de la tutela (por similitud con la administración del art. 229 bis del Código Civil y aplicación de un principio general de toda administración); y aunque la Ley expresamente no lo diga, intervención directa, mediante informe, en la formación de la decisión judicial para autorizar actos o negocios relativos a los bienes administrados.

El último inciso de este artículo 227 del Código Civil señala que «las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor». Parece incuestionable que las funciones que excedan de la mera y ordinaria administración no es que no se le confieran al administrador, sino que si se le confiriesen sería impugnabile la concesión por excesiva e incluso no admitida por el Juez al constituir la administración. Luego, ¿habremos de interpretar el precepto en el sentido de que sólo se atribuyen al administrador las facultades de administración expresamente señaladas por quien hizo la designación? El sentido del precepto se halla en la formulación contraria a la pregunta realizada; esto es, el administrador tendrá todas las facultades propias para poder llevar a cabo una adecuada administración, salvo aquellas que expresamente hubiere extraído de su competencia quien hubiese hecho la designación.

Para terminar, señalar que aun cuando respecto de este artículo 227 del Código Civil no exista una norma que específicamente resuelva el tema de la vinculación a que queda sometido el Juez (como es el art. 224 del Código Civil respecto del art. 223), debe entenderse una solución semejante en aras del principio de vigilancia y libre criterio judicial que propugna la Ley reformadora.

III. TUTELA LEGÍTIMA

A) *Concepto.*

Es la deferida por la Ley mediante designación judicial en el procedimiento de constitución de la tutela y que ha de recaer necesariamente en las personas llamadas por la Ley.

B) *¿Cuándo procede?*

Los supuestos en que se hace necesaria son fáciles de determinar. Así pues: a) Cuando falte nombramiento de tutor al amparo del artículo 223 del Código Civil. b) Cuando tal nombramiento sea nulo o ineficaz. c) Cuando el nombrado resulte inhábil, premuera, se excuse o sea removido de su cargo. d) Cuando el Juez, conforme a lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, mediante decisión motivada, se apartase de las disposiciones dictadas por los padres y defiera legítimamente la tutela. ¿Procede en el caso de nombramiento de administración al amparo del artículo 227 del Código Civil? Reiterándonos en lo ya expuesto, tal nombramiento es de administrador y no de tutor, lo cual no impide, sin embargo, que el administrador pueda ser nombrado tutor por el Juez según lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Código Civil, que dan libre decisión al Juez y matizan la vinculación a las disposiciones testamentarias o de documento notarial. Pero en tal caso estaríamos ante un tutor designado por el Juez, independientemente de su condición de administrador.

C) *¿En quién puede recaer el nombramiento de tutor?*

El sistema positivo derogado establecía distintas listas de preferencia para cada uno de los supuestos tutelares. Esta materia, muy influenciada por los principios de afectividad, inmediatividad, eficacia y beneficio del tutelado, fue ya objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, donde manteniéndose los distintos órdenes se modificaba el contenido de los mismos (antiguos arts. 211, 220 y 227 del Código Civil). La Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha terminado con tal diversidad, estableciendo un sistema de general aplicación, sea cual sea la persona sujeta a tutela, en el artículo 234 del Código Civil, que dice:

«Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al cónyuge que viva con el menor o incapacitado. 2.º A los padres. 3.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 4.º Al des-

cendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas si el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere».

Por tanto, la norma tiene dos aspectos: el primero, la escala preferencial para el nombramiento de tutor; el segundo, la reiteración de un principio ya recogido anteriormente en la propia Ley, el libre arbitrio judicial.

a) Orden de preferencia del artículo 234 del Código Civil. Carácter.

Como ya hemos señalado en su párrafo primero, el artículo 234 del Código Civil determina las personas a quienes ha de corresponder el nombramiento de tutor y orden de preferencia entre las mismas. Atendiendo exclusivamente a ese párrafo primero, parece que la preferencia dispuesta es de carácter prelativo: existiendo cónyuge que conviva con el menor o incapacitado no puede deferirse el nombramiento de tutor a los padres, y así sucesivamente con el resto de las personas encuadradas en los números posteriores. Luego, ¿cuándo podremos pasar de un número a otro? La respuesta, a nuestro entender, es similar a la utilizada para resolver la cuestión de cuándo procede la tutela legítima. Pasaremos de un número a otro de los del artículo 234 del Código Civil: a) Cuando las personas a que se refiera el número precedente no existan. b) Cuando sean inhábiles, hubieren premuerto, se excusen o sean removidas del cargo.

c) Que el Juez haga caso omiso del orden del precepto al amparo de las facultades que le confiere el párrafo segundo de la misma norma.

Puede parecer que el supuesto señalado bajo la letra c) es causa de ruptura del que hemos definido como orden preferencial del párrafo primero del artículo 234 del Código Civil. Ciertamente, la amplitud con la que queda formulado el libre arbitrio judicial en el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil nos hace dudar de nuestra anterior afirmación. No obstante, si relacionamos el párrafo citado con el artículo 224 del Código Civil descubramos alguna solución intermedia que mantenga, aunque sólo sea teóricamente, lo prelativo del orden del párrafo primero. Así pues, como ya dijimos, el artículo 224 del Código Civil dispone que el Juez quedará vinculado por las disposiciones paternas sobre tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado requiera otra solución, que adoptará el Juez mediante decisión motivada. Si diseccionamos el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil encontraremos indiscutibles similitudes con la forma de redacción del último inciso del artículo 224 del Código Civil: «resolución motivada»; «beneficio del menor o incapacitado si así lo exigiere». Y la utilización de un término distinto en cada uno de los preceptos comparados: vinculación (art. 224 del Código Civil); excepcionalmente (art. 234, párrafo 2.º, del Código Civil). Todo ello conduce a que la vinculación que dictamina el artículo 224 del Có-

digo Civil viene a ser aplicable al supuesto contemplado por el artículo 234 del Código Civil, porque la excepcionalidad lo que permite al Juez es salirse de la regla general cuando haya causa para ello; y esto no es otra cosa que vinculación para el Juez, que únicamente podrá dejar a un lado el orden de preferencia del artículo 234, párrafo primero, cuando el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere.

b) Cónyuge del menor o incapacitado.

La exigencia que plantea el número 1.º del artículo 234 del Código Civil es la de convivencia del cónyuge del tutelado para que pueda ser llamado a su tutela. Vamos a intentar aproximarnos al sentido de tal requisito trayendo a colación los artículos 68 y 71 del Código Civil, ambos reformados por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y ello con la finalidad de discernir si el cónyuge del tutelado, que no tiene su mismo domicilio, sin estar separados o disuelto el matrimonio, puede desempeñar el cargo de tutor.

La doctrina más acreditada ha entendido siempre que la obligación de convivencia de los cónyuges (recogida en el art. 68 del Código Civil) es de orden público; así, como señala SANCHO REBULLIDA en la obra *Comentarios al Código Civil*, no cabe convenio sobre tal deber ni entre los cónyuges ni con tercero. Por otra parte, el artículo 70 del Código Civil dice que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal. Es decir, si recordamos lo que el profesor ALBADALEJO escribe, sistematizando un reiterado criterio doctrinal acogido por la jurisprudencia, al decir que el domicilio se compone de dos elementos: *corpus* (hecho de residir en un lugar determinado) y *animus* (propósito o intención de hacerlo de un modo permanente), lo que el artículo 70 del Código Civil dispone es que los cónyuges deben fijar, de común acuerdo, el domicilio conyugal, dentro del cual habrán de cumplir su obligación de convivencia («vivir juntos»).

Tras lo expuesto parece que deberíamos dar una respuesta negativa a la cuestión planteada: el cónyuge que no conviva en el domicilio del sometido a tutela no podrá ser nombrado tutor. No obstante, existen ciertos preceptos legales que nos obligan a seguir profundizando.

El artículo 1.325 del Código Civil otorga una total libertad a los cónyuges para pactar en capitulaciones lo relativo a las relaciones económicas y personales de los cónyuges sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 1.328 del Código Civil (ley, costumbre e igualdad de derechos de los cónyuges). ¿Contravendrá el artículo 1.328 del Código Civil un pacto por el cual se determinase un domicilio para cada uno de los cónyuges? Entendemos que no, pues el propio Código Civil en su artículo 67 impone a los cónyuges la obligación de ayudarse mutuamente y actuar

siempre en interés de la familia, y en el artículo 68 les impone la de socorrerse. Si entrelazamos unos preceptos y otros, resulta como principio último de todo ello, recogido constitucionalmente (art. 39, 1), el siguiente: protección de la familia, esto es, actuar siempre en beneficio de ella. Por tanto, interpretando las normas legales de acuerdo con la realidad social (art. 3.º, 1.º, del Código Civil), visto el principio constitucional, debemos concluir que la falta de convivencia efectiva no es por sí sola causa para que el cónyuge del sujeto a tutela no pueda ser nombrado su tutor cuando esa falta de convivencia (una vez rota la presunción de existencia del art. 70 del Código Civil), venga motivada por una situación capitular o de hecho que tenga su origen en necesidades del desarrollo económico y social de la familia (no podemos olvidar los matrimonios compuestos por funcionarios, los destinos forzosos en empresas o Administración, traslados del lugar de residencia a que obliga la actual crisis económica, con su secuela de paro). Esto no obstante, siempre existe la posibilidad de que el Juez entienda que el beneficio del menor o incapacitado exige que se nombre tutor a persona distinta del cónyuge en aras del principio de efectividad e inmediatividad de la tutela. En todo caso, nos parece que el número 2.º del artículo 234 debería haberse referido al cónyuge que no se haya separado, divorciado ni el matrimonio hubiese sido declarado nulo, por cuanto las demás situaciones (incluidas las separaciones de hecho) en las que no conviniese el nombramiento del cónyuge quedarían amparadas por el párrafo último del artículo 234 del Código Civil e incluso artículo 235.

c) A los padres.

a') Crítica a su situación preferencial dentro del artículo 234 del Código Civil.

La primera consideración que nos provoca este número 2.º del párrafo primero del artículo 234 del Código Civil es la de que parece pensada para los menores e incapacitados jóvenes. Es lógico que en un orden preferencial como el establecido figure en primer lugar el cónyuge del sujeto a tutela; sin embargo, no nos parece tan obvia la elección de los padres para el número 2.º, dejando en último lugar, e indiscriminadamente con otros parientes, la posición de los descendientes; teniendo en cuenta un momento como el actual, donde la familia tiene un sentido celular, lo inmediato de la relación padre e hijo y circunstancias naturales, como el hecho de que el incapacitado que tenga hijos mayores de edad y a su vez le sobrevivan sus padres es de suponer que éstos tengan una avanzada edad. Se podrá objetar diciendo que tales hijos siempre podrán ser preferidos por decisión judicial, al amparo del párrafo segundo del precepto que estudiamos. Cierto, pero ¿qué necesidad hay de acudir a un

procedimiento que la propia Ley califica de excepcional para adoptar una solución que parece lógica? Por ello el segundo lugar del orden de preferencia debería haber sido ocupado por los hijos mayores de edad, favoreciendo al que de entre los hijos viva en compañía del incapacitado.

b') ¿Podría ser nombrado tutor el padre excluido de la patria potestad?

Lo cierto es que las causas de privación de la patria potestad presuponen circunstancias y relaciones muy viciadas. Debemos recordar que el artículo 170, párrafo primero, establece como causas de privación el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. Así los artículos 92 (posible o necesario efecto de la nulidad del matrimonio, separación o divorcio) y 111 del Código Civil (condena a causa de las relaciones a que obedezca la generación) y filiación judicialmente determinada, contra la oposición del progenitor).

Por tanto, en caso de extinción de la patria potestad ejercida por uno de los padres se nos hace complicado, por las razones dadas, que el progenitor anteriormente privado de su ejercicio pueda ser llamado como tutor. No obstante, hemos de considerar algunos aspectos. Antes señalábamos, en semejante situación de patria potestad, que la constitución de la tutela no era automática, sino que dependía de una posible recuperación del ejercicio de la patria potestad; asimismo que el artículo 234 del Código Civil habla de padres sin calificarles en sentido alguno; por último, las amplias facultades de decisión concedidas al Juez en el último párrafo del artículo 234 y en el artículo 235. En conclusión, que vistos todos estos argumentos legales, creemos que el padre privado de la patria potestad puede ser llamado al cargo de tutor legítimo aun cuando el Juez hubiese entendido que no era apto para la recuperación de la patria potestad debido a la diferente naturaleza de una y otra institución.

c') ¿Podrá ser llamado a la tutela del hijo adoptivo el padre o madre por naturaleza?

El inciso último del párrafo tercero del artículo 176 del Código Civil señala que en la constitución de la tutela de los adoptados se omitirá cualquier llamamiento a los parientes por naturaleza. Por tanto, la norma veta, de modo absoluto, el supuesto que tratamos. No obstante, lo cierto es que el artículo 234, número 2.º, habla de padres sin más, y el artículo 235 del Código Civil permite al Juez nombrar a quien le pareciere, siempre que sea positivo por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste. Quizá abramos excesivamente el sentido de la Ley, pero a nuestro juicio el Juez podría hacer tal nombramiento basado en los dos últimos preceptos citados.

d) A la persona o personas designadas por éstos (los padres) en sus disposiciones de última voluntad.

Es de notar que la Ley en este precepto sólo se refiera a las personas designadas por los padres «en actos de última voluntad», cuando en el resto de las normas que hacen referencia a la facultad de los padres de nombrar tutor a sus hijos siempre se recalca la doble vía del testamento o documento público notarial (arts. 223, 225 y 236, y para la exclusión de tutor, art. 245 del Código Civil). No encontramos fundamento alguno que dé fuerza a la especialidad que supondría el tener en cuenta únicamente la designación hecha en actos de última voluntad, que iría en contra del principio general recogido en el artículo 223 del Código Civil, ya citado.

Entrando ya en el significado de este número 3.º, viene a suponer una alternativa de eficacia a las disposiciones paternas; esto es, un camino por el cual pueda llegar a ser tutor el designado por los padres cuando la designación directa ha sido ineficaz (nulidad del testamento o del documento público notarial o designación hecha por padre excluido de la patria potestad).

e) Al ascendiente, descendiente o hermano que designe el Juez.

Este número recoge en su seno distintas personas, con grado de parentesco diverso, tratadas desde una óptica de igualdad, destruida únicamente por la elección judicial. Dicho plano de igualdad no merecería especial atención si contuviese exclusivamente a ascendientes (recordemos que los padres son los sujetos del núm. 2 del mismo art.) y hermanos; como ya dijimos anteriormente, somos de la opinión de que a los descendientes debería habérseles otorgado un lugar de mayor preponderancia, o por lo menos al hijo (distinguiendo en la misma forma que hace la Ley para con los padres y ascendientes).

Hagamos alguna precisión al estudiar esta norma poniéndola en relación con el fenómeno de la adopción:

a') ¿Podrán ser designados tutores del hijo adoptivo los parientes por naturaleza a pesar de lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil?

El inciso último del párrafo final del artículo 176 del Código Civil dispone expresamente que en la constitución de la tutela del adoptado se excluirán los parientes por naturaleza. Ante todo, aunque sea obvio, debemos precisar que no por referirse el precepto a los parientes por naturaleza debemos entender incluidos dentro de su ámbito a los propios hijos del adoptado y demás descendientes, que son parientes por naturaleza. En cuanto a los demás parientes, nos remitimos a lo ya dicho al comentar la posibilidad de que el padre por naturaleza fuera nombrado tutor de su hijo, que fue adoptado.

b') ¿Podrán ser designados tutores del hijo adoptivo los ascendientes y descendientes del adoptante o adoptantes?

Antes de la nueva redacción dada al artículo 176 del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 (reinstaurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre) tal posibilidad era impensable (recordemos que mediante el contenido dado a este precepto por la Ley de 4 de julio de 1970 cualquier relación de parentesco entre adoptado y familia del adoptante era inviable). La nueva Ley supone un giro total en las concepciones que presiden el régimen positivo de adopción; y así declara el párrafo segundo del artículo 176 del Código Civil: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». A la vista de la norma cabe afirmar tajantemente que los ascendientes, descendientes u otros parientes del adoptante tienen una relación, en el grado que corresponda, de la misma naturaleza con el adoptado, y, por tanto, son susceptibles de ser nombrados tutores. Lógicamente, y como consecuencia de lo expuesto, el hijo adoptivo podrá ser designado, como descendiente o hermano, tutor para los ascendientes y demás descendientes del adoptante. No entramos a valorar, limitándonos a dejar constancia de unos efectos provocados por la propia norma positiva.

D) Supuestos especiales de nombramiento de tutor contemplados en la Ley.

Nos referimos a los artículos 239 y 242 del Código Civil, que tratan de resolver los problemas planteados por los menores e incapaces abandonados o recogidos en centros especializados, aunque marginalmente el último de los preceptos citados pueda amparar la posibilidad del simple nombramiento de la persona jurídica como tutor sin relación de acogimiento.

Dice el artículo 239: «Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento». Y el artículo 242: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados».

Este último precepto constituye una auténtica novedad en nuestro sistema tutelar, al que después no referiremos debidamente. En cuanto al artículo 239, su origen se halla en el antiguo artículo 212 del Código Civil, dedicado al caso de tutela de los recogidos en las que se denominaron «Casas de expósitos» (término hoy desaparecido). Disponía dicho precepto derogado que la tutela de los menores recogidos en tales instituciones correspondía a los jefes de esas casas, aunque la representación en juicio era competencia del Ministerio Fiscal. Algunas disposiciones

venían a complementar el panorama legislativo, sobre todo debido al desarrollo de funciones sociales y de protección del menor por parte del Estado (Orden de 1 de abril de 1937 sobre prohijamiento y colocación en familia de niños abandonados; Decreto de 2 de junio de 1944, que atribuía a las Juntas de Protección de Menores la facultad de designar protector a las hijas de padres desconocidos; Ley de 20 de diciembre de 1952, que otorgaba a las Juntas Provinciales del Patronato de Protección de la Mujer funciones tutelares sobre huérfanas mayores de dieciséis años y menores de veintiuno). Tal fragmentación de la normativa sobre la materia tratada y la consiguiente proliferación de normas positivas de distinto rango, normalmente causada por la oscuridad o anacronismo de la norma fundamental, implica una complicación excesiva del régimen a aplicar y hace conveniente su clarificación mediante una norma de rango superior, objetivo conquistado por la nueva Ley de 24 de octubre de 1983.

A primera vista parece que los dos preceptos transcritos de la Ley reformadora inciden sobre el mismo tema: menores o incapacitados que carecen de relaciones familiares o menores e incapacitados que aun cuando teniendo relaciones familiares se hallan internados en instituciones o establecimientos o dependientes de ellos, donde el principio de efectividad e inmediatividad de la tutela hacen conveniente que sea nombrado tutor el Director del establecimiento o la propia persona jurídica bajo cuya protección se halla el tutelado.

Desde la óptica elegida para el estudio de los artículos 239 y 242, distinguiremos en el sentido de que el primero de los preceptos se refiere a los establecimientos dependientes del Estado («establecimiento público»), en cuyo caso echamos en falta en la norma la referencia a los incapacitados, completando así el sistema, y concretando que el nombramiento de tutor que puede recaer sobre el Director del establecimiento está directamente unido al disfrute de tal cargo. El artículo 242, como lógica consecuencia, estaría pensado para los supuestos en que la protección estuviese a cargo de personas jurídicas no dependientes del Estado, condicionadas por la carencia de ánimo de lucro y la expresa finalidad de protección de menores e incapacitados.

a) Personas jurídicas eclesíásticas.

Ante todo serán de aplicación las dos limitaciones contenidas en el artículo 242 del Código Civil (falta de ánimo de lucro y finalidad de protección). Respetadas ambas limitaciones, la solución a su designación, como tutores se encuentra en el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado el día 4 de diciembre del mismo año. En el artículo I), 4.º, del citado instrumento se dice: «El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y plena capaci-

dad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella a la entrada en vigor del presente Acuerdo». En los párrafos siguientes se establece el procedimiento a seguir en caso de que tal personalidad civil no estuviese reconocida al tiempo de la entrada en vigor del Acuerdo, así como respecto de las Ordenes, Congregaciones religiosas, Institutos de vida consagrada, asociaciones y fundaciones de nuevo cuño. Por último, el artículo V), 1.º, señala que «la Iglesia puede llevar a cabo, por sí misma, actividades de carácter benéfico o asistencial. Las Instituciones de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada».

b) ¿Qué tipos de personas jurídicas civiles son susceptibles de encajar en el ámbito del nuevo artículo 242 del Código Civil?

Distingue el artículo 35 del Código Civil entre corporaciones, asociaciones y fundaciones; por otra parte, les denominadas asociaciones pueden ser de interés público o interés particular, sean estas últimas civiles, mercantiles o industriales. En primer término, y como tiene sentado la doctrina, no se ha de identificar interés público-Derecho público, interés particular-Derecho privado; es decir, interés público se ha de traducir por interés general, interés particular por interés privado.

La corporación es persona de Derecho público, lo cual no implica necesariamente que forme parte de la estructura del Estado (por ejemplo, colegios profesionales). Pues bien, tales personas jurídicas son susceptibles de protección de menores e incapaces con una matización. Entendemos, como ya dijimos, que el artículo 239 del Código Civil está pensado para todos aquellos establecimientos asistenciales o residenciales dependientes de la Administración central, autonómica, local o entidades estatales autónomas. En cuanto a aquellas corporaciones que vienen a amparar intereses sectoriales a través de organizaciones de base humana, cuya protección corresponde al Estado, integradas obligatoriamente por los ciudadanos que formen parte del sector de que se trate o de la actividad protegida (colegios profesionales), serán susceptibles de ser designados tutores cuando en sus respectivas normas constitutivas incluyan la finalidad de protección de menores e incapaces conforme al artículo 242 del Código Civil. ❖

Por lo que se refiere a las fundaciones, sin entrar ahora en la discusión sobre las de interés particular, indudablemente carecen de ánimo de lucro, y su finalidad puede ser perfectamente la de protección de menores e in-

capacitados (las denominadas fundaciones benéfico - docentes, reguladas por la Ley de Beneficencia de 20 de julio de 1849). Así dependerá del fundador el incluir dentro de los fines de la fundación la materia de protección, pues la falta de ánimo de lucro ha de entenderse como cumplida por la propia naturaleza de la persona jurídica de que se trata.

El artículo 35 del Código Civil distingue entre asociaciones de interés público y de interés privado. La doctrina ha entendido que las diferencias existentes entre ambas suponen que las primeras quedan sometidas a la Ley de 24 de diciembre de 1964 y las segundas reguladas por el Código Civil, Código de Comercio y Leyes especiales. La frontera entre unas y otras, origen de la diferente legislación aplicable, se halla en la existencia o no de ánimo de lucro, límite que ha servido para distinguir el interés público del interés particular (COSSÍO y CORRAL, *Comentarios al Código Civil*, tomo I, pág. 832). No obstante lo dicho, algún insigne mercantilista ha defendido la posibilidad de existencia de sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, lo que supondría la ruptura de la frontera marcada, teniendo que buscar en la organización, sometimiento a determinada normativa o en su finalidad concreta la diferencia entre asociaciones de interés público y asociaciones de interés particular o sociedades. Tal criterio, excesivamente permisivo, queda corregido por CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*, tomo I, pág. 555 y sigs.) mediante la distinción entre lucro directo e indirecto, que reconduce el problema a sus justos términos. Por tanto, y a modo de conclusión, debemos excluir del ámbito de aplicación del nuevo artículo 242 del Código Civil cualquier tipo de asociación de interés particular (sociedades), considerando que el precepto se refiere exclusivamente a las asociaciones de interés público, objeto de la Ley de 24 de diciembre de 1964.

ORGANOS DE LA TUTELA

I. INTRODUCCIÓN

Desde la publicación del Código Civil, al tratar el tema de tutela, todos los estudios contenían un apartado dedicado a los órganos de la misma, dentro del cual se hallaban el tutor, el Consejo de familia y el protutor. Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, al inclinarse ésta por un sistema de tutela de autoridad, el panorama organizativo varía sustancialmente con la desaparición de la figura del protutor y del Consejo de familia, habiendo sido encomendadas las competencias propias de este último a la autoridad judicial («la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez...», art. 232 del Código Civil) y las del protutor, bien al defensor judicial o a las personas u órganos a que se re-

fiere el mismo artículo 232 del Código Civil. Por todo ello, como órganos tutelares podemos considerar los siguientes: *a)* De necesaria intervención: tutor y Juez. *b)* De incidental intervención: defensor judicial, Ministerio Fiscal, administrador nombrado por extraño del artículo 227 del Código Civil. A pesar de este organigrama expuesto, existen dos posibles variantes del mismo debidas a diverso origen: *a)* Familiar. *b)* Judicial. En cuanto al primero, ya dijimos y comentamos con cierta extensión cómo el artículo 223 del Código Civil concedía a los padres, mediante testamento o documento público notarial, la posibilidad de «establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos...» y el sentido complementario que dábamos a tales órganos. Similares facultades tiene concedidas el Juez, pues, según el artículo 233 del Código Civil, «podrá establecer en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado».

II. TUTOR

Debemos centrarnos ahora exclusivamente en algunos aspectos de los relacionados con la figura del tutor, pues unos han sido ya tratados, como los relacionados con delación y nombramiento de tutores, y otros tienen mejor encuadre bajo epígrafes de constitución, contenido o extinción de la tutela. Por ello son tres los extremos a tratar: A) Unipersonalidad del cargo de tutor. B) Régimen de gestión de la tutela colectiva. C) Inhabilidad, excusa y remoción de tutores.

A) *Unipersonalidad del cargo de tutor*

Decía el antiguo artículo 201 del Código Civil, tajantemente: «La tutela se ejercerá por un solo tutor...». Principio éste que venía complementado en sus posibles ramificaciones. Así:

1.º No impedía que el tutor confiriese poder a terceras personas para que realizasen actos o negocios jurídicos concretos en nombre y por cuenta del menor o incapaz (DÍEZ-PICAZO, *RCDI*, 1973, pág. 1389).

2.º Pluralidad de nombramientos.—El antiguo artículo 208 del Código Civil, párrafo primero, disponía que tanto el padre como la madre podían nombrar un tutor para cada uno de los hijos, e incluso hacer nombramientos sucesivos de tutores a fin de sustituirse unos a otros los nombrados. Como criterio interpretativo, el párrafo segundo del mismo artículo para caso de duda favorecía al primero de los nombrados y la presunción de único nombramiento para todos los hijos.

El panorama legislativo actual, creado por la Ley de reforma que comentamos, parte de una declaración de principio contenida en el artículo 236 del Código Civil cuando dice: «La tutela se ejercerá por un solo tutor». Pero aun a pesar del principio transcrito, similar al rector del régimen anterior, se separa el actual inmediatamente al consagrar en el citado artículo 236 del Código Civil una serie de excepciones de gran importancia.

1.^a Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio convenga separar, como cargos distintos, el del tutor de la persona y el de los bienes, actuando cada uno de ellos independientemente en el ámbito de su propia competencia, si bien las decisiones que afecten a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2.^a Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente, de modo análogo a la patria potestad.

3.^a Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano, y se considera que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4.^a Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

A estos casos expuestos debemos darles el carácter de excepciones a la regla general, que sigue siendo la unipersonalidad del tutor, amparada por la declaración ya apuntada del artículo 236 del Código Civil y el propio artículo 240 del Código Civil, para el caso de designación de tutor para varios hermanos. En un intento de sistematización vemos que la pluralidad de tutores tiene diversos orígenes:

a) *Decisión judicial*.—Es el Juez competente en la constitución de la tutela quien, por razones de conveniencia del menor o incapacitado, puede hacer un nombramiento múltiple: a) distinción entre la persona y bienes del sujeto a tutela; b) cónyuge del designado tutor de los hijos de un hermano. Entendemos que aun cuando en ambos casos la pluralidad viene motivada por la conveniencia del menor o incapaz, esa misma conveniencia se concreta de distinta forma en los supuestos contemplados. Así, el número 1.º del artículo 236 del Código Civil intenta resolver el problema que plantea un patrimonio repartido o de importancia o situado en lugar distinto al de la residencia del menor o incapaz, que hace necesaria la adopción de medidas especiales para la conservación de la debida eficacia en el ejercicio de la potestad tutelar, como la que ahora comentamos. Y el número 2.º del mismo artículo se destina a soslayar aquellos problemas que pueden surgir en el ejercicio de la tutela, fundamentalmente en cuanto a las relaciones personales que de ella se deri-

van, sobre todo cuando existe convivencia entre tutor y tutelado, al no tener el cónyuge del primero potestad alguna sobre el segundo.

Ahora bien, ¿debe ser tajante la separación entre el tutor de la persona y el tutor de los bienes? Como ya hemos apuntado, el origen de la pluralidad se halla en la conveniencia del propio menor o incapaz, motivada por una diversidad o complejidad patrimonial. Esto es, la existencia de un gran patrimonio o de un patrimonio especial en su contenido, pueden requerir el nombramiento como tutor de persona con especiales conocimientos técnicos o acreditada experiencia, dejando las relaciones personales para quien esté unido al pupilo por vínculos de afectividad y proximidad. Pero este esquema, de fácil configuración, se rompe ante una doble consideración:

1.^a El tutor personal, por muy separado que se halle de cuestiones patrimoniales, precisa de ciertas facultades de administración y disposición sobre un patrimonio que, aun cuando pequeño, le permita cumplir eficazmente con su labor, sin necesidad de acudir al régimen de actuación conjunta que prevé el propio precepto. Nos estamos refiriendo a lo que el antiguo artículo 66 del Código Civil definía con gran precisión: los actos relativos al sostenimiento del tutelado y cosas o servicios propios de la economía doméstica, que serían los que llenasen de contenido las funciones económicas del tutor de la persona.

2.^a Patrimonios situados en distintos lugares o de diverso contenido económico.—Respecto de este punto podemos volver a plantearnos si la distinción entre tutor de la persona y tutor del patrimonio ha de ser radical o no. Los precepos siguientes al artículo 236 del Código Civil se refieren, en su caso, a tutores en plural, pero no solventan la cuestión planteada. Sí hay en la nueva Ley un precepto que puede servirnos de ayuda: se trata del artículo 238 del Código Civil, que dice: «En los casos en que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes...». A la vista de esta norma, consideramos que es obligado pensar que el legislador al hablar de tutor de la persona y tutor de los bienes, no ha pensado en dos personas distintas (una por cada actividad), sino que puede darse el caso de un mayor número de tutores, debido a las circunstancias patrimoniales del tutelado, como asimismo la designación de un solo tutor de la persona y bienes, a excepción de una parte de la masa patrimonial que precise de nombramiento individualizado.

b) *La Ley*.—Es la Ley el origen inmediato de otro de los supuestos de tutela plural. Nos referimos al número 2.º del artículo 236 del Código Civil: «Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente, de modo análogo a la patria potestad». La

norma transcrita tiene algunos aspectos dignos de comentar. En primer lugar, si establecemos su relación con el número 2.º del artículo 234 del Código Civil, entenderemos la anterior afirmación de que es la propia Ley quien crea un supuesto de tutela plural. El número 2.º del artículo 234 dispone que para el nombramiento de tutor se preferirá, tras el cónyuge que viva con el menor o incapacitado, a los padres, o sea, padre y madre. Tal tutela plural no tendrá lugar cuando falte uno de ellos o no pueda o no deba ejercer de tutor, para lo que deberemos estar al criterio judicial.

Dispone el número 2.º del artículo 236 que los padres tendrán conducirse en el ejercicio de la tutela de modo análogo a la patria potestad. ¿Quiere ello decir que en el caso de ser llamados a la tutela ambos padres, o uno de ellos, serán de aplicación las normas relativas a la patria potestad? Ante todo, señalar que de la propia redacción del precepto se desprende que la cuestión a plantear lo ha de ser exclusivamente respecto del caso de tutela plural, pues la tutela ejercida por uno solo de los padres deberá acomodarse completamente al régimen tutelar. En cuanto al caso de tutela plural, y dejando a un lado el tema de ejercicio de la tutela, al que posteriormente hemos de hacer referencia, creemos que la contestación ha de ser negativa, pues si el legislador hubiese querido tal efecto, habría tenido fácil solución: incluir todo caso de tutela ejercida por los padres como supuestos de patria potestad porrogada, y no lo ha hecho, como queda claro al tener esta nueva forma de patria potestad un contenido tasado (art. 171 del Código Civil, hijos menores al llegar a la mayor edad e hijos mayores y emancipados cuando convivan con ambos padres o uno solo de ellos). Así, y a excepción del ejercicio, la tutela ejercida por ambos padres, deberá regirse por las normas de la tutela. ¿Qué sentido tiene entonces la remisión al sistema de patria potestad? Un doble sentido: en cuanto al modo de conducirse en el ejercicio de la tutela, y como declaración de principio que habrá de servir de apoyo a jurisprudencia y doctrina a la hora de interpretar las normas aplicables a este supuesto de tutela.

c) *Disposición paterna*.—Se trata del número 4.º del artículo 236, que establece una nueva excepción al principio de tutela individual, «cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial». Llama la atención que el precepto haga referencia a que el nombramiento haya sido para «... ejercer la tutela conjuntamente». Si, como después veremos, el ejercicio conjunto de la tutela es una de las posibilidades que pueden darse en la gestión de la tutela ejercida por varios tutores, se podría llegar a la conclusión de que el precepto que comentamos excluye

los demás procedimientos. Sin embargo, tal conclusión sería contradictoria con lo dispuesto por el artículo 237 del Código Civil, por lo que la correcta aplicación del precepto exige la ampliación de los márgenes de aplicación de la norma por vía de la interpretación analógica e integradora del sistema, para respetar los mismos principios que ella proclama (en este caso, art. 223 del Código Civil).

B) *Régimen de gestión de la tutela colectiva*

Los supuestos de pluralidad de tutores provocan una diversidad de formas en cuanto al procedimiento para la adopción de acuerdos o toma de decisiones en los que los tutores sean competentes. Podemos plantear las siguientes posibilidades:

a) *Conjunta o mancomunadamente*.—No parece extraño que el legislador, al enfrentarse con el problema en el que nos adentramos, haya optado, como criterio general, por el de la mancomunidad, pues, a fin de cuentas, es ya utilizado en otras materias objeto de regulación en nuestro Código Civil (art. 897, respecto de los albaceas; arts. 1.137 y 1.138, en cuanto a las obligaciones solidarias y mancomunadas). En tal sentido, el artículo 237, párrafo segundo, ordena que «las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas conjuntamente», o sea, mancomunadamente. Tratando de albaceas, el Código Civil, en su artículo 896, acepta como excepción a la regla general de mancomunidad el caso de suma urgencia, donde «uno de los albaceas mancomunados podrá practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios». Tras la excepción señalada queda incólume la regla general de mancomunidad. No ocurre lo mismo al hablar de tutela, pues en este caso la excepción viene configurada en el propio párrafo segundo del artículo 237, al decir que «valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número», lo que supone, desde nuestro punto de vista, una ruptura de la mancomunidad como regla general de gestión, al adoptarse el sistema general de mayorías.

No obstante, y para los casos en que no se llegue a esa mayoría (que parece ser simple, al no calificarla la Ley), se dispone un procedimiento de arbitraje en el repetido párrafo segundo del artículo 237: «A falta de tal acuerdo (del mayor número), el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviere suficiente juicio, resolverá, sin ulterior recurso, lo que estime conveniente». Para el caso de que los desacuerdos fueren tan frecuentes que supusiesen un peligro al normal desarrollo de la tutela. «el Juez podrá reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor». Al formular con tal amplitud la nueva Ley las competen-

cias judiciales, entendemos que ellas incluyen asimismo el caso de remoción de tutores, no para el nombramiento de otros nuevos, sino exclusivamente para reducir su número.

b) *Independencia*.—Este es el régimen que establece el artículo 236, en su número 1.º, al disponer que en el caso de nombramiento de tutor de los bienes y de la persona, «cada uno... actuará independientemente en el ámbito de su competencia». Ahora bien, como es indudable que existe una zona donde las competencias de ambos confluyen, la norma concluye diciendo que «las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente». No obstante, y para completar el cuadro, hemos de remitirnos a lo ya dicho en cuanto a la radicalidad de la separación entre tutor de los bienes y tutor de la persona.

c) *Solidaridad*.—Dice el artículo 237, párrafo primero, que «en el caso del número 4.º del artículo anterior, si el testador lo hubiese dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2.º, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario».

d) *Aplicación del sistema del artículo 156 del Código Civil*.—De los artículos 236, número 2.º, y 237, se infiere una nueva excepción a la regla general de actuación conjunta de tutores, cual es la de aplicar al ejercicio de la tutela las normas relativas a la patria potestad, y, concretamente, el artículo 156 del Código Civil.

El párrafo segundo del artículo 237 señala, como excepción al régimen general establecido, además de las ya dichas, «lo dispuesto en el número 2.º», suponemos que del artículo anterior (suposición basada en que las remisiones contenidas en el párrafo primero del propio art. 237, lo son al art. 236), que se refiere a la tutela encomendada a ambos padres. Por otro lado, la solidaridad en el ejercicio de la tutela, en este caso, ha de determinarse de modo expreso por el Juez, a instancia de ellos mismos. Luego de todo lo dicho se deduce que la excepción de la norma comentada no es otra sino el deber de los padres de acomodar la tutela a las pautas de la patria potestad, esto es, a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil.

La tutela, cuando está encomendada a ambos padres, debe ser ejercida por ellos conjuntamente o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en las situaciones de urgente necesidad (art. 156, pfo. 1.º, del Código Civil). Por lo que se refiere al segundo párrafo del mismo artículo de patria potestad, donde se dispone la intervención judicial como forma de arbitraje, cuya decisión

no tiene ulterior recurso, en los casos de desacuerdo entre los padres, es de notar la identidad del sistema con el del inciso último del párrafo segundo del artículo 237 del Código Civil. Tal identidad inicial se mantiene incluso respecto de la solución a aplicar en caso de desacuerdos reiterados, aunque, eso sí, en el artículo 156 lo que se remodela es el ejercicio de la patria potestad, y en el artículo 237 será la tutela. ¿Sería de aplicación al caso que nos ocupa la solución del artículo 156? Entendemos que no, pues no se puede atribuir o privar de lo que no existe. Luego la solución estará en la posible remodelación de la tutela, del artículo 237 del Código Civil. Remodelación que, a diferencia de la situación del artículo 156 del Código Civil, cualificada por el plazo de dos años, no podrá ser transitoria, al no contemplarse en la Ley la posibilidad de que el tutor sea suspendido por tiempo determinado del ejercicio de su cargo (excepción hecha del supuesto del art. 249 del Código Civil, respecto de la suspensión del tutor en sus funciones mientras se sustancie el procedimiento de remoción). Se podría contraargumentar que, al amparo del artículo 233 del Código Civil, puede el Juez suspender temporalmente al tutor en el ejercicio de sus funciones; pero aun cuando es obvia la amplitud de competencias concedidas al Juez en dicho precepto, no es menos cierto que tales facultades van concretamente dirigidas a la vigilancia y control del ejercicio del tutor o tutores en sus funciones, saliéndose de su ámbito la posibilidad apuntada de la suspensión. Por último, hay que deslindar perfectamente el caso que tratamos respecto del supuesto de intereses contrapuesto entre padres-tutores, hijos-tutelados, cuya solución está en la vía de los artículos 163, 237 bis y 299 del Código Civil.

Además de los casos de intervención individual consentida, de acuerdo al uso social, a las circunstancias o a situaciones de urgente necesidad, del párrafo primero del artículo 156 del Código Civil, en el párrafo tercero del mismo artículo se hace referencia a otros casos, para cuya concreción nos remitimos a los autores LACRUZ y SANCHO (*Derecho de familia*, edición 1982, págs. 731-732), donde se refieren al «defecto» (que se interpreta por muerte, declaración de fallecimiento e indeterminación); ausencia (donde incluyen la declarada y de hecho, aunque en conocido-paradero); incapacidad (declarada o de hecho), e imposibilidad. Tales situaciones se caracterizan en una doble vía, siempre siguiendo a los citados autores: no ejercicio individual de la patria potestad, sino titularidad única («defecto»); imposibilidad estable o duradera (ausencia, incapacidad o imposibilidad), que afectan al ejercicio de dicha patria potestad. ¿En qué forma influye este cuadro en el régimen de tutela? Semejante al de patria potestad cuando se trate de «defecto» de uno de los

padres al sobrevenir alguna de las causas antes citadas: la tutela quedará ejercida por un solo tutor, siendo su titular, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 238 del Código Civil. En cuanto a la ausencia (declarada o de hecho), incapacidad e imposibilidad, entendemos sería necesaria una previa remoción del tutor, o respecto de ciertas imposibilidades o incapacidades de hecho, la previa excusa del tutor. La conclusión práctica en ambos casos es la misma: ejercicio individual de la patria potestad o de la tutela. El entramado teórico diverso: en patria potestad, el progenitor ausente, incapaz o imposibilitado no pierde la titularidad de la misma, sino su ejercicio (teoría recogida de los autores citados); en la tutela, el tutor cesa en su cargo, por cuanto no cabe separar titularidad y ejercicio, salvo las excepciones de suspensión en el procedimiento de remoción, dejación de funciones en el de excusa y los de incompatibilidad o contraposición de intereses entre tutor y pupilo, que confirman la regla general.

El último párrafo del artículo 156 del Código Civil nos sugiere la siguiente cuestión: ¿si los padres viven separados, corresponderá la tutela a aquel de ellos que viva en compañía del hijo tutelado? Hay dos supuestos de hecho a considerar: primero, que la separación sea anterior a la constitución de la tutela; segundo, que se trate de una situación sobrevenida. En el primero de los casos entendemos que el Juez, al conocer la separación, ha debido valorar sus efectos, y si se ha decidido por mantener una tutela plural, no es causa que la imposibilite el hecho de tal separación, siempre que favorezca al pupilo. En cuanto al segundo de los casos propuestos, aunque la separación provoque que el hijo vaya a vivir con uno solo de los padres, no es, a nuestro juicio, causa suficiente para atribuir la tutela a dicho progenitor, a diferencia de la solución dada en el artículo 156, párrafo cuarto, para la patria potestad. Esta última es institución que no se declara por autoridad alguna, sino que depende de una relación jurídica superior, natural o no, que es la filiación, que, a su vez, va unida a la idea de procreación o descendencia y pareja. La patria potestad tiene dos componentes: la propia relación humana de procreación o adopción, que determina una filiación, con la correspondiente atribución *ope legis* de titularidad de la patria potestad, y el conjunto de deberes, derechos y facultades que de ella se derivan (aspecto jurídico funcional), que es contenido del ejercicio de la misma. Esta duplicidad de elementos, que justifica la distinción entre titularidad y ejercicio, no se da en la tutela, cuyo origen es estrictamente jurídico, por lo que las relaciones humanas, y entre ellas la filiación, vienen a modalizarla, pero no se le superponen, y por ello la remisión a materia de patria potestad de los artículos 236 y 237 del Código Civil. Por otra parte, al

no distinguirse entre titularidad y ejercicio, salvo las excepciones antes apuntadas, no cabe la posibilidad de aplicación inmediata de la solución propuesta en el inciso inicial del párrafo cuarto del artículo 156 del Código Civil. Otra cosa será que la separación sea origen de causa de remoción o excusa del tutor o que provoque reiterados desacuerdos que amparen una decisión judicial remodelando la tutela, conforme lo dispuesto en el artículo 237, párrafo segundo.

Para concluir con el apartado sobre gestión de la tutela múltiple, hemos de comentar dos preceptos, cuya finalidad es la de paliar los problemas que pueden surgir entre los intereses de tutores y pupilo y facilitar la continuidad de la tutela en ejercicio.

Así, el artículo 237 bis dice: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiese incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o de ser varios, por los demás en forma conjunta». Entendemos, desde luego, que en la formación de la mayoría requerida por el artículo 237, párrafo segundo, debe quedar excluido el tutor incompatible, debiéndose añadir este requisito al ya apuntado por la norma al excluir al tutor con intereses incompatibles de la realización del acto o contrato. De otro lado, cabría plantearse si la actuación de «los demás» tutores, a que se refiere el precepto, se da en todo caso o tendría que distinguirse según que el nombramiento de tutores haya sido indiferenciado en cuanto al contenido o no (tutores, en general; tutor de la persona-tutor del patrimonio). Ante esta cuestión nos inclinamos por una solución diversa. Si el nombramiento es indiferenciado, podrán «los demás» tutores llevar a cabo el acto o contrato de que se trate; si el incompatible es el tutor del patrimonio o de una parte del patrimonio, se requerirá de una habilitación especial en favor del tutor de la persona, que, al no preverse por la Ley, deberá acomodarse a lo previsto respecto del defensor judicial.

Y el artículo 238, que dice: «En los casos en que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso». En una primera lectura, el precepto no plantea mayores problemas de interpretación. Así parece si consideramos los supuestos de nombramiento conjunto de tutores, e incluso los casos de ejercicio solidario o sometido a las reglas de la patria potestad. No es tan clara la solución cuando estamos ante una tutela con tutor de la persona y tutor de los bienes o de una parte del patrimonio. Respecto de esta hipótesis se nos antoja una doble postura: a) aplicación inmediata del artículo 238 del Código Civil y, por tanto, subsistencia de la tutela

en ejercicio, extendiendo sus competencias el tutor que continúe a las áreas del desaparecido; b) imposibilidad de esa ampliación tácita de competencias. La idea de eficacia de la tutela nos inclinaría por la primera de las soluciones apuntadas; pero, a nuestro juicio, existen argumentos que nos obligan a complicar el resultado. El punto de partida se halla en el porqué los padres o el Juez deciden hacer distintos nombramientos de tutores para la persona y para el patrimonio, y qué cualidades se han tenido en cuenta a la hora de concretar tales nombramientos. Con todo ello queremos llamar la atención sobre el hecho de que las cualidades requeridas para cada nombramiento específico (técnicas o personales) pueden suponer que la persona llamada al desempeño de la tutela en cualquiera de los campos señalados no sea considerada adecuada o idónea para desempeñar el cargo de tutor en la esfera que le es ajena, por las propias personas o autoridad que le designaron. Por tanto, y a modo de conclusión, la vacancia en la tutela de la persona o en la de los bienes obliga a poner tal situación en conocimiento del Juez competente, quien, a la vista de lo expuesto y en uso de las facultades que le concede el artículo 233 del Código Civil, decidirá si se amplían las facultades del tutor que continúa, si se nombra un nuevo tutor de la persona o bienes o si se remodela la tutela en su conjunto, y todo ello supeditado a que si el nombramiento de tales tutores fue debido a testamento o documento público notarial de los padres, deberá ser aplicado lo que en él se disponga, o lo que hubiese establecido la resolución judicial constitutiva del régimen, si tal caso hubiese sido previsto.

C) *Inhabilidad, remoción y excusa de tutores*

a) *Inhabilidad*.—A diferencia de la legislación anterior, donde se utilizaba una norma enumerativa de las causas que imposibilitaban el acceso al cargo de tutor, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se inclina por un sistema de declaraciones genéricas, complementadas por varias normas concretas y específicas. Así, el artículo 241 del Código Civil dice: «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurren alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes». Por otro lado, el artículo 242 del Código Civil señala que «podrán ser también tutores las personas jurídicas no que tengan finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapaces».

Los aspectos relativos a las personas jurídicas, como tutores, ya han sido tratados, por lo que nos vamos a centrar en el estudio del artículo 241 del Código Civil, y concretamente en el significado de la frase «pleno ejercicio de los derechos civiles». La única materia en la que es utilizado

como condicionante el ejercicio de los derechos civiles, dentro del Derecho privado, es en sede de adopción, ya en la redacción originaria del Código Civil, donde el artículo 172 dice (conforme a la Ley de 4 de julio de 1970) que «la adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles». La doctrina, al hacer el estudio interpretativo de la Ley reformadora, identificó ejercicio de derechos civiles con capacidad de obrar (así, GARCÍA CANTERO, en *ADC*, 1971, página 817; RODRIGO BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil*, tomo III, volumen 2.º, segunda edición, pág. 295), siendo el más claro exponente de esta tendencia FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*ADC*, 1971, págs. 700 y sigs.), donde con mayor profundidad se plantea el problema interpretativo a que nos estamos refiriendo.

Señala el último de los autores citados que «derechos civiles» pueden interpretarse en una de las siguientes acepciones:

- a) Derechos que corresponden a un individuo en cuanto miembro de la comunidad social.
- b) Derechos privados, frente a los denominados derechos públicos.
- c) Como equivalente a capacidad de obrar.

Por nuestra parte, creemos que las posibilidades de interpretación planteadas no se excluyen, sino que suponen una serie descendente, desde el género hasta la especie. La persona es sujeto de derechos simplemente por tal condición. Las tendencias asociativas del individuo, en plano político, se sustancian a través de la idea de ESTADO, en quien se delega el poder de ordenar los derechos y deberes de la persona (ahora ciudadano), recogiendo tales elementos en una norma básica (Constitución); caracterizándose tales derechos por el hecho de en ningún caso o sólo en situaciones excepcionales, podrá el ciudadano ser privado de ellos (derechos fundamentales). Ahora bien, dentro de los llamados derechos fundamentales y libertades públicas (capítulo II del título I de la Constitución Española de 1978), se puede distinguir según que el contenido de tales derechos vaya encaminado a salvaguardar al ciudadano en su actividad «política» o pública, o dirigido a ordenar las bases de actuación de tal ciudadano en su esfera privada (relaciones con otras personas o el propio Estado), en cuanto a la esfera de derechos que se le deben reconocer. Dentro de esta última categoría, y como especie de la misma, debemos incluir los relativos a las relaciones personales y patrimoniales del individuo, que constituirán los denominados derechos civiles. Estos, nominativamente en muchos casos, no se hallan recogidos de forma expresa en el texto constitucional, pero son deducción, en grado de mayor concreción, de los llamados derechos fundamentales y libertades públi-

cas. Una vez sentado el principio de lo que entendemos por derechos civiles, hemos de considerar que en los mismos existen dos aspectos: negativo y positivo. El primero hace referencia a la obligación que incumbe al resto de la sociedad, incluido el propio Estado, de respetar tales derechos; el segundo, supone el ejercicio de tales derechos. Como reiteradamente tiene sentado la doctrina, a partir de las tesis del profesor DE CASTRO, tal ejercicio se halla condicionado por el «estado civil», en el sentido de que cada estado civil delimita las posibilidades de ejercicio de los derechos civiles a las personas que son titulares de los mismos. Y tal posibilidad de ejercicio de los derechos civiles no es otra cosa que la denominada por la doctrina «capacidad de obrar»; así, el profesor DE CASTRO (*Derecho civil de España*, tomo II, 1.º, pág. 48) decía que la capacidad de obrar «es la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos»; cualidad jurídica de disfrutar, en función del respectivo estado civil, de los derechos civiles. Por tanto, derechos civiles son el contenido; capacidad de obrar es la posibilidad de ejercerlos, que se mediatiza por el estado civil de la persona. Pero ¿cuáles son los estados civiles que minoran, en mayor o menor medida, la capacidad de obrar? El del menor de edad y el del incapacitado.

Al margen de los denominados estados civiles que no suponen el pleno ejercicio de los derechos civiles, existen otras situaciones donde la capacidad de obrar del individuo no es plena, aunque no constituye tal situación un estado civil específico (quebrados, concursados) u otras situaciones personales que aconsejan excluir a quien las sufre del ejercicio de la tutela. A ello se refieren los siguientes preceptos, desarrollo del inciso final del artículo 241 del Código Civil:

Artículo 243 del Código Civil: Tampoco pueden ser tutores:

1.º Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial.

2.º Los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior.

3.º Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

Artículo 244 del Código Civil: Tampoco pueden ser tutores:

1.º Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.

2.º Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.

3.º Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

4.º Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.

5.º Los quebrados o concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

El contenido de los artículos transcritos es sustancialmente similar al del antiguo artículo 237 del Código Civil; han desaparecido las referencias expresas a los sometidos a tutela, los parientes y tutores testamentarios que no hubiesen cumplido la obligación de comunicar al Juez el hecho que motivaba la tutela, la de los religiosos profesos y extranjeros no residentes en España. Entendemos que la desaparición de tales referencias expresas obedece a diversas causas.

La relativa a las personas sujetas a tutela parece es consecuencia lógica de la nueva formulación principal de las condiciones de habilidad para el cargo de tutor, del artículo 241 del Código Civil, pues es claro que el sujeto a tutela no tiene el «pleno ejercicio de los derechos civiles». En cuanto a los parientes y tutores testamentarios, del antiguo número 10 del artículo 237 del Código Civil, opinamos que aun cuando la nueva Ley nada dice respecto de ellos, debe entenderse supuesta su inhabilidad para el cargo de tutor (eso sí, sujeta a la apreciación judicial), ya que la obligación de comunicar en similares términos e idéntica sanción, contempla el nuevo artículo 229 del Código Civil, cuyo incumplimiento supone *a priori* desinterés respecto del menor o incapacitado. Por lo que se refiere a los religiosos profesos y extranjeros no residentes en España, nos mostramos conformes con la desaparición de tal mención, que suponía la exclusión *a priori* de personas susceptibles de un perfecto ejercicio tutelar, debiéndose para excluirlos estudiar sus causas y circunstancias concretas. También ha desaparecido la profusa relación de delitos del número 2.º del antiguo artículo 237 del Código Civil. LETE DEL RÍO (*obra citada*, pág. 244), citando a SÁNCHEZ ROMÁN, se hace eco de la crítica que merecía el precepto ahora desaparecido, en el sentido de que en su contenido no se incluían delitos de gran importancia (rapto, homicidio, asesinato, etc...), que bien deberían ser considerados como causas de inhabilidad para el cargo de tutor. Por todo ello entendemos más adecuada la nueva fórmula de los números 3.º y 4.º del artículo 243 del Código Civil.

Dejando al margen los números de los preceptos que comentamos, que son repetición exacta de lo dispuesto en el antiguo artículo 237 del Código Civil, comentaremos novedades provocadas por la nueva redacción positiva:

Artículo 243, 1.º: «Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial».

La finalidad de esta norma parece ser la adecuación de la institución que estudiamos a las ideas y principios que sobre patria potestad ha adoptado nuestro Código a la hora de hablar de suspensión o privación de la patria potestad (art. 170 del Código Civil) y de los efectos de la separación matrimonial, nulidad o divorcio (arts. 92 y sigs. del Código Civil).

Artículo 244, 2.º: «Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado».

Norma de carácter subjetivo, donde se otorga la importancia que merecen los sentimientos afectivos del propio tutelado o que a él le puedan afectar, elemento éste de imprescindible consideración para un adecuado desenvolvimiento de la tutela. Lógicamente, la apreciación de tal enemistad y su importancia serán competencia del Juez, quien deberá decidir siempre en beneficio del menor.

Artículo 244, 5.º: «Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

La novedad consiste en que la inhabilidad para que los declarados concursados o quebrados puedan ser tutores se refiere exclusivamente al contenido patrimonial del cargo de tutor, lo que parece, desde luego, mucho más adecuado a su situación jurídica.

Por último, y para completar la exposición relativa a la inhabilidad para el cargo de tutor, transcribiremos dos preceptos que son consecuencia de las amplias facultades otorgadas a los padres en el artículo 223 del Código Civil y del sistema de tutela de autoridad adoptado por la reforma:

Artículo 245: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento público notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

Artículo 246: «Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243, 4.º, y 244, 4.º, no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres, cuando fueren conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o incapacitado». Este precepto nos sugiere consideraciones en un doble sen-

tido: primero, que aun cuando el precepto no incluya el documento público notarial, por integración analógica del sistema (a partir del art. 223), debemos considerar válido este medio formal; segundo, los condenados a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de los derechos civiles no es preciso que sean excluidos por los padres, al no estar encuadrados dentro de los supuestos del artículo 243, 3.º y 4.º, sino que su exclusión es motivada directamente por el artículo 241 del Código Civil.

Para concluir la exposición relativa a las condiciones precisas para poder desempeñar el cargo de tutor plantearemos la siguiente cuestión: ¿Tienen los menores emancipados el pleno ejercicio de los derechos civiles? Bajo la legislación ahora derogada, la doctrina mayoritaria entendía que el menor de edad emancipado podía ser designado tutor debido a que el antiguo artículo 237 del Código Civil excluía únicamente a las personas sujetas a tutela, y los menores emancipados, por esa sola circunstancia, no eran sujetos de tutela (según se deducía del antiguo art. 200 del Código Civil, o que el artículo 200, 1.º, llamaba a la tutela del loco al cónyuge no separado legalmente, sin más requisitos (LETE DEL RÍO, *obra citada*, pág. 244; el mismo criterio, PUIG FERRIOL-PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, pág. 344). El primero de los autores citados excluía, sin embargo, al menor de edad emancipado por matrimonio, debido al régimen de administración de bienes comunes del antiguo artículo 60 del Código Civil.

Ante todo, a la hora de estudiar el problema bajo la óptica de la nueva Ley, hemos de considerar que en la actualidad carece de base el establecer diferencia alguna entre el régimen aplicable al menor de edad emancipado por cualquier causa o que ha obtenido el beneficio de la mayor edad, respecto del emancipado por matrimonio. Y ello por cuanto que mediante la reforma operada en el Código Civil, a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se identifica el régimen aplicable a todas las formas de emancipación (arts. 323 y 324 del Código Civil), y en cuanto al régimen de los bienes comunes del matrimonio tendremos que estar a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil, en relación con los preceptos citados.

Tras la reforma que supone la Ley 13/1983, de 24 de octubre, debe seguir manteniéndose el criterio de que los menores emancipados son hábiles, por esa sola condición, para el desempeño del cargo de tutor. Es obvio que el menor emancipado tiene un estado civil que no le otorga una plena capacidad de obrar. Ahora bien, la situación jurídica del emancipado no es de incapacitado, y no lo es porque sobre él no recae presunción de incapacidad, cuyo exponente máximo sería que, al desaparecer la patria potestad sobre él, se le sometiere al régimen tutelar,

y no es así. Al contrario, el menor emancipado goza de una real capacidad de obrar (art. 323 del Código Civil: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor»), únicamente desvirtuada por la exigencia legal de que en determinados casos (que deben ser de interpretación restrictiva) exista un complemento de capacidad (que más bien debería denominarse «complemento de eficacia») otorgado por tercera persona, que no suplanta la intervención del emancipado, sino que la complementa. Por tanto, entendemos que la propia esencia de la emancipación supone el pleno ejercicio de los derechos civiles, que no es limitado, sino modalizado por la necesidad de intervención de un tercero, que con su intervención dé plena eficacia al acto o contrato. Pero si el emancipado, respecto de los supuestos contemplados en los artículos 323 y 324 del Código Civil, no puede actuar por sí solo, ¿qué hacer cuando se plantee el mismo caso en el ejercicio de la tutela que desempeña? De la propia Ley resulta que el tutor en el ejercicio de sus funciones tiene una esfera de actuación propia inferior a la de los emancipados, si comparamos las normas positivas que son base de las posibles actuaciones; así, en el caso planteado, lo único que debe hacer el tutor-emancipado es poner en marcha el mecanismo legal: pedir la autorización judicial preceptiva para el caso de que se trate que, en último término, es uno de los mecanismos de intervención previstos en el artículo 323 del Código Civil, de menor ámbito que en el caso de tutela, y quien puede lo más, puede lo menos.

b) *Remoción*.—Remoción es la separación del tutor de su cargo, en base a una resolución judicial y debido a la concurrencia de algunas de las causas que marca la Ley. Si tenemos en cuenta que el principio básico de la institución tutelar es la actuación en beneficio del menor o incapacitado, vemos porqué el Derecho positivo es tan cauteloso ante la posibilidad de dar por terminada una tutela en ejercicio, que indudablemente supondrá inconvenientes para el pupilo, aceptándolo sólo en aquellos supuestos en que la permanencia del tutor en ejercicio suponga un peligro de mayores inconvenientes o perjuicios. Vamos a estudiar, con los límites exigidos, varios aspectos de la remoción:

α') *Causas de remoción*.—A diferencia del criterio enumerativo que contenía el antiguo artículo 248 del Código Civil, la nueva Ley, al dar contenido al artículo 247 del Código Civil, se inclina por un sistema de mayor concisión, aunque con formulaciones más genéricas, que hace a este sistema ser más liberal a la hora de poder concretar las posibles causas de remoción. Así, el artículo 247 del Código Civil dice: «Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela por

incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio». Por tanto, son causas de remoción: *a)* el advenimiento de una causa de inhabilidad de los artículos 241, 243 y 244 del Código Civil; *b)* que la gestión del tutor, bien en su aspecto personal o en el patrimonial, arroje un saldo negativo o escasamente positivo, y todo ello sujeto a la apreciación judicial, como veremos. Ahora bien, en cuanto a las causas de remoción encuadradas bajo el apartado *b)*, debemos señalar que la mala gestión, a que hacíamos referencia, puede ser originada por una circunstancia que normalmente pudiera ser tratada como causa de excusa de la tutela. El fundamento de tales excusas se halla en el propio beneficio o ventaja del tutor; pero si concurre una de estas causas, que indudablemente afectan al buen desarrollo tutelar, y no es alegada como tal excusa, entendemos que mediante el procedimiento específico de remoción pudiera ser alegada como causa de ella.

b') Procedimiento de remoción.—Dice el artículo 248 del Código Civil: «El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de persona interesada, decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste, si citado compareciere».

El precepto, en concordancia con ideas recogidas en otros momentos de la nueva Ley reformadora, significa una nueva expresión del sentido liberal para instar el procedimiento que nos ocupa. No obstante, si echamos en falta que el artículo 248 no haga mención al propio tutelado, cuando tenga suficiente juicio, concediéndole la posibilidad de ser oído en el procedimiento de remoción de su tutor. Y ello por aplicación uniforme de un principio de participación en las decisiones que le afectan de todo aquel que se halla sujeto a una potestad ajena: el sujeto a la patria potestad (así, arts. 156 del Código Civil y otros, redactados conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo), o el propio artículo 231 del Código Civil (redactado conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre), que impone, con carácter necesario, que el Juez dé audiencia al tutelado («en todo caso», dice el precepto), o el propio artículo 273 del Código Civil, en su nueva redacción, donde impone audiencia semejante para que el Juez pueda otorgar las autorizaciones a que se refieren los artículos anteriores.

c') Efectos de la remoción.—Dos momentos a considerar:

Primero: Efectos durante el desarrollo del procedimiento. A ellos se refiere el nuevo artículo 249 del Código Civil, que dice: «Durante la tramitación del procedimiento de remoción, podrá el Juez suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado defensor judicial».

Segundo: Efectos tras la resolución de remoción. Dice el artículo 250 del Código Civil: «Declarada judicialmente la remoción, se procederá al

nombramiento del nuevo tutor en la forma establecida en este Código». De ello se deduce que el tutor removido quedará obligado al cumplimiento de los deberes que le imponen los artículos 279 y siguientes, en cuanto a la rendición de cuentas y liquidación de la tutela que ha ejercido. Por otra parte, aunque del precepto transcrito se infiere que el nombramiento de nuevo tutor es necesidad automática, no es menos cierto que el artículo 212 del Código Civil autoriza al Juez a modificar, en la forma que crea conveniente, la situación del incapacitado o del menor mayor de dieciséis años (aunque en este último caso, entre otros, a solicitud del propio menor, conforme al art. 321 del Código Civil).

c) *Excusas:*

a') *Caracteres.*—Las excusas para el ejercicio del cargo de tutor vienen doblemente caracterizadas:

1.º *Voluntariedad en la alegación de la causa.*—El profesor CASTÁN, citando a GARCÍA GOYENA, recordaba que, a diferencia de las inhabilidades para el cargo de tutor, fundadas en el interés del sometido a tutela, las excusas tienen por objeto el interés del beneficiado por ellas y, por tanto, es potestativo acogerse a ellas o renunciarlas (*Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, 7.ª edición, pág. 286). No obstante, y precisamente por ese carácter potestativo de la causa de excusa, si ésta no es alegada, entendemos que puede convertirse en causa de remoción, como ya dijimos al tratar el tema.

2.º *Tasación positiva de las causas de excusa.*—Dice el artículo 217 del Código Civil: «Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos». Ello es lógico, por cuanto, como señala el artículo 216, «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...». De donde se deduce la primacía del principio contenido en el último de los preceptos citados, y el sometimiento a él de toda la materia relativa a las excusas para el ejercicio de los cargos tutelares. Para completar el cuadro, garantizando un exacto cumplimiento de lo prevenido en los citados artículos 216 y 217 del Código Civil, la Ley obliga a que sea el Juez quien declare la adecuación de la causa de excusa a los supuestos recogidos en la norma positiva, como consecuencia del principio general de salvaguarda judicial de la tutela (art. 216 del Código Civil) y sus competencias de vigilancia (artículo 232 del Código Civil).

b') Dice el artículo 251 del Código Civil: «Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase

entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo. Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela».

Es de destacar la variación que supone en nuestro sistema positivo el criterio adoptado por el legislador al regular la materia que nos ocupa, apartándose de la fórmula enumerativa del antiguo artículo 244 del Código Civil e inclinándose por definiciones de carácter general; criterio, por otra parte, escogido por el legislador para otras materias comentadas, aunque llevándole hasta unos límites acaso excesivos, desde el punto de vista de nuestra tradición positiva, aun cuando estemos en un sistema de tutela de autoridad.

c') Procedimiento.—La normativa derogada, en cuanto al momento en que debía ser alegada la excusa (antiguos arts. 247 y 248 del Código Civil), distinguía tres situaciones:

- Excusa alegada ante el Consejo de Familia durante la reunión de éste para la constitución de la tutela.
- Excusa alegada ante el mismo Consejo, dentro de los días siguientes a aquel en que el tutor hubiese tenido noticia de su nombramiento, cuando no hubiese concurrido a la reunión del Consejo de Familia para la constitución de la tutela.
- Excusa sobrevenida durante la tutela en ejercicio.

Los preceptos que ahora se refieren a este punto (arts. 251 a 255 del Código Civil) no recogen más que el segundo y tercero de los supuestos que contemplaba la legislación hoy derogada. Es decir, no se distingue de modo expreso, según que el tutor haya participado o no en el procedimiento de constitución de la tutela, posibilidad de participación, que no debe desdeñarse, al amparo de lo dispuesto en el artículo 231 del Código Civil.

En cuanto a la causa de excusa sobrevenida, señala el artículo 253 del Código Civil: «El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando en el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo anterior».

Aunque en una primera lectura el precepto pueda parecer algo oscuro, su razón de ser es diáfana al ponerlo en relación con el propio fundamento, ya dicho, de las excusas. Si la tutela es un deber, y se debe ejercer en beneficio del tutelado, el interés del tutor, aun amparado por las causas del artículo 251 del Código Civil, no debe perjudicar nunca el desenvolvimiento y eficacia de la tutela en ejercicio, por lo que no permite

el precepto resolver favorablemente una petición de excusa si previamente no hay una persona que aparezca como idóneo sustituto.

De acuerdo con el artículo 254 del Código Civil, no se aplicará lo ordenado en el artículo anterior a las tutelas encomendadas a personas jurídicas, lo que significa que éstas sólo podrán alegar causa de excusa en el momento de la designación como tutor o en el plazo del artículo 252 del Código Civil.

Por último, dice el artículo 255 del Código Civil que «si la causa de excusa fuere sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento», no quedando, en consecuencia, sujeta a término alguno. No obstante, reiterándonos en lo ya dicho, tal situación puede ser origen de desviaciones en la eficacia exigida en el desarrollo eficaz del cargo de tutor y convertirse en fundamento suficiente para iniciar el procedimiento de remoción, al amparo del artículo 247 del Código Civil.

d') Efectos.—Debemos separar dos momentos, en cada uno de los cuales han de adoptarse medidas precisas:

1.º Durante el proceso para apreciar la viabilidad de la causa de excusa alegada.—Preceptúa el nuevo artículo 256 del Código Civil que «mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función. No haciéndolo así, el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa, si fuere rechazada».

La norma tiene una finalidad semejante a la del antiguo artículo 250 del Código Civil, que imponía al tutor que alegaba excusa, mientras se resolvía sobre su procedencia, la obligación de seguir en el desempeño de su cargo. El incumplimiento de tal obligación hacía necesario el nombramiento de un «tutor provisional». Las variaciones son consecuencia lógica de la adopción de un sistema tutelar radicalmente distinto: tutela de autoridad y creación de la figura del defensor judicial.

En cuanto a la responsabilidad del sustituido, decía el antiguo artículo 250 del Código Civil que «quedaba responsable de la gestión del sustituto, si fuere desechada la excusa». El nuevo artículo 256, párrafo segundo, impone al sustituido la responsabilidad de todos los gastos ocasionados por la excusa, si ésta fuere rechazada. En ambos casos, el elemento condicionante es el mismo: que la causa de excusa sea rechazada; *a sensu contrario*, si se acepta, el sustituido quedará exonerado de cualquier responsabilidad desde que cesó en el ejercicio, recayendo la misma sobre el defensor, como en cualquier supuesto normal. Sin embargo, en el caso de desestimación de la causa de excusa, la responsabilidad recae sobre el tutor sustituido, respecto de la gestión del sustituto (conforme

a la legislación anterior), por los gastos ocasionados (nueva redacción del artículo 246, párrafo segundo).

¿Qué hemos de entender por «gastos ocasionados»? ¿Los que se producen para que sea reconocida la causa de excusa y se proceda al nombramiento de defensor judicial? Sí, pero no solamente. Tales gastos ocasionados abarcan o incluyen todos aquellos que con carácter extraordinario hayan sido motivados, directa o indirectamente, por el hecho de la del abandono del ejercicio del cargo de tutor. Como tales gastos se incluirán, consecuentemente, no sólo los citados, sino también los originados por el desempeño negligente, irresponsable o doloso del defensor judicial. Lo que ocurre es que habrá que distinguir entre dos tipos de responsabilidad: directa, debida a los gastos causados por el propio tutor en el procedimiento de alegación de la causa de excusa, designación del defensor judicial y cualquier otro ocasionado mientras el defensor judicial tome posesión de su cargo; subsidiaria, respecto de la gestión del defensor judicial. El fundamento de este cuadro de responsabilidades está en que si alguna de ellas llega a ser efectiva, se debe al hecho de no haberse apreciado como viable la causa de excusa alegada, lo que puede entenderse como relajación en el cumplimiento del principio del beneficio del tutelado, dando primacía al propio interés o comodidad del tutor.

2.º Tras la resolución recaída sobre la causa de excusa.—Si la decisión judicial es contraria a aceptar como buena la causa de excusa alegada, deberá el tutor reincorporarse a su cargo, debiendo el defensor judicial rendir cuenta de su gestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 302 del Código Civil, sin olvidar el tema de responsabilidades, que ya ha sido tratado.

Si la causa de excusa es apreciada por el Juez, será entonces el tutor quien deberá rendir cuenta de su gestión (arts. 279 y sigs. del Código Civil), y el defensor judicial continuar en el ejercicio de sus funciones hasta que se designe nuevo tutor, conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del Código Civil.

En cuanto al tutor designado en testamento, que se excuse de la tutela al tiempo de su delación, perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador (art. 257 del Código Civil). Norma que aclara perfectamente el ámbito de su aplicación («... se excusa de la tutela al tiempo de su delación...») y la naturaleza de la compensación perdida («... en consideración al nombramiento...»). Lo que ya no queda tan claro es por qué el precepto omite la referencia al tutor nombrado mediante documento público notarial, vía aceptada como medio general de designación en el artículo 223 del Código Civil, que

supone una ruptura del propio régimen establecido, si no aceptamos una interpretación integradora que supla la omisión del precepto.

III. JUEZ

A) *Idea general*

Tras la reforma operada en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el Juez competente se ha convertido en órgano tutelar de primer orden y ello debido a diversas consideraciones. El Juez competente, por aplicación consecuente del sistema de tutela de autoridad adoptado, está permanentemente relacionado con el hecho tutelar, y sus competencias existen y se desenvuelven con anterioridad a la propia constitución de la tutela y continúan hasta la extinción de la misma. Así, es el Juez el que ha asumido todas las competencias del antiguo Consejo de Familia, hoy desaparecido. Siendo confirmación de lo dicho la multiplicidad de preceptos que en la nueva Ley se refieren al Juez y le otorgan competencias.

B) *Competencias*

Aunque esta materia es más propia de estudio en cada uno de los aspectos o materias en que el Juez debe intervenir, quisiéramos aventurarnos en una clasificación de sus competencias, por el talante de su intervención:

1.º En ejercicio de su autoridad y funciones *strictu sensu*.—Desde este punto de vista corresponden al Juez la declaración de incapacitación, en su caso, del susceptible de tutela (art. 210 del Código Civil), tomando las medidas previas que estime oportuno y excitando el celo del Ministerio Fiscal (art. 203, párrafo 2.º, del Código Civil), y la propia constitución de la tutela (art. 233 del Código Civil). En resumidas cuentas, todas aquellas competencias derivadas del principio contenido en el artículo 216 del Código Civil, en su nueva redacción, al decir que «las funciones tutelares estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial», que es aplicación concreta a la materia que tratamos de la razón última de la función jurisdiccional: la salvaguarda de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones.

2.º Como órgano tutelar.—Son aquellas competencias que corresponden al Juez como órgano de actuación normal dentro del entramado tutelar, consecuencia del sistema de tutela de autoridad adoptado en la nueva Ley, y que, para mayor clarificación, cumplen la misma función

que le competía al Consejo de Familia en el modelo ahora derogado. Decía el profesor CASTÁN (*Derecho civil español*, ob. cit.) que el Consejo de Familia «es el elemento capital del organismo tutelar y al que está encomendada la superior dirección de la tutela». Por ello, el artículo 309 del Código Civil, en su anterior contenido, señalaba que «el Consejo de Familia conocerá de los negocios que sean de su competencia, conforme a las disposiciones de este Código». Y, a modo de conclusión, insistía el profesor CASTÁN (ob. cit., pág. 330), al hablar de las competencias propias del Consejo de Familia, «e interviene, en fin, en la mayor parte de los actos y contratos que revisten cierta importancia, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes del tutelado». Pues bien, es ahora la autoridad judicial quien asume esa función de superior dirección, antes mencionada, como resulta del artículo 232 del Código Civil, al sancionar que «la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado». La enumeración concreta de cada una de las competencias encomendadas al Juez y encuadradas dentro de este apartado sería prolija y peligrosa, pues siempre cabe el peligro de omitir alguna de ellas, aunque a modo de ejemplo, y como más importantes, citemos las siguientes: nombramiento de tutor (arts. 234 y sigs. del Código Civil); remoción de tutor (arts. 247 y sigs. del Código Civil); apreciación de excusas (artículos 251 y sigs. del Código Civil); autorizaciones (arts. 271 y sigs. del Código Civil); rendición de cuentas (arts. 279 y sigs. del Código Civil), etcétera...

JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS
Notario

NOTAS

Algunas consideraciones en torno a la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre de 1983

El *Boletín Oficial del Estado* de 3 de noviembre de 1983 publica la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de octubre del mismo año. En ella, se imponen a los Registradores de la Propiedad en cuyo Distrito Hipotecario radiquen términos municipales incluidos dentro de las llamadas «zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros», una serie de obligaciones de tipo formal consistentes, sustancialmente, en remitir a las autoridades regionales del Ejército de Tierra una serie de datos relativos a las adquisiciones y transmisiones en que intervengan extranjeros.

Para ello se crea un sistema de fichas en las que, en síntesis, se han de hacer constar los datos relativos al título que causa la inscripción, las circunstancias personales de adquirentes y transmitentes y la ubicación, superficie y datos registrales de la finca.

El objeto perseguido con ello nos lo pone de manifiesto el propio preámbulo de la Orden. Según el mismo, tales datos tienen por finalidad el confeccionar con ellos el llamado Censo de Propiedades Extranjeras, previsto en el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional (en lo sucesivo RZID), aprobado por Real Decreto 689/1978 de 10 de diciembre, que desarrolla la Ley 8/1975 de 12 de marzo (LZID).

La importancia de tal Censo deriva de su propia finalidad, puesta de relieve en el citado precepto reglamentario cuando dice que el mismo tiene por objeto el facilitar, exclusivamente a la Administración, la estadística necesaria para el cumplimiento de las normas limitativas contenidas en la Ley y en el propio Reglamento.

Así pues, la finalidad del Censo es meramente estadística. Podríamos

decir que contable a la vista del artículo 43, 2.º del propio Reglamento, en el que se establece un sistema de cómputo por el procedimiento de doble columna. Y limitada por sus fines, al servicio exclusivo de la Administración, lo que excluye todo carácter de instrumento de publicidad, ni siquiera en el aspecto puramente formal.

Ahora bien, esa finalidad meramente estadística tiene, no obstante, una importancia fundamental a la hora de ejercer un auténtico control del cumplimiento de las limitaciones que, en orden al acceso a la propiedad por parte de extranjeros en determinadas zonas del territorio nacional, se imponen en la Ley de 12 de marzo de 1975.

Tales limitaciones se concretan en un porcentaje máximo, según zonas, de propiedades y derechos reales inmobiliarios de los que pueden ser titulares las personas físicas y jurídicas extranjeras, así como las sociedades españolas en las que, por existir una mayoría de capital extranjero, se asimilan a estos efectos a aquéllas.

El control de tales limitaciones se realiza a través del mecanismo de la autorización militar previa a la adquisición, establecido en el artículo 18 de la Ley, y la corrección de los posibles excesos en el porcentaje permitido, a través del mecanismo de la expropiación forzosa previsto en su artículo 32.

Ante ello, es evidente que los datos estadísticos que el Censo ha de proporcionar serán determinantes, tanto a la hora de conceder o denegar la autorización militar dicha, como llegado el momento de adoptar una decisión sobre la posible expropiación forzosa de los derechos que rebasen el límite fijado para una zona.

Y ha de ser esa misma finalidad estadístico-contable del Censo, y los objetivos que con el mismo se persiguen, los que han de determinar el ámbito de aplicación de la Orden que nos ocupa y que pasamos a examinar.

A. AMBITO OBJETIVO

El artículo 1.º de la Orden impone a los Registradores de la Propiedad la obligación de cumplimentar y remitir una ficha por cada una de las transmisiones de propiedad de terrenos o la constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre los mismos, susceptibles de incluirse en el cómputo de superficie máxima que pueden alcanzar las propiedades extranjeras en las zonas de acceso restringido.

Se exceptúan los actos de constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles que no impliquen una adquisición efectiva y actual de propiedad, como la hipoteca, el tanteo, el retracto y la opción, sin perjuicio de que, caso de llegar a producirse la adquisición de propiedad en el

futuro como consecuencia del ejercicio o ejecución de tales derechos, se cumplimente lo dispuesto en el párrafo anterior.

A los efectos de las oportunas operaciones de reducción superficial en el Censo, la obligación de los Registradores de la Propiedad de remitir las fichas se extiende a los casos en que las propiedades adquiridas o los derechos reales de que sean titulares extranjeros vuelvan a recaer por vía de transmisión, modificación o extinción en favor de españoles.

Es fácil observar cómo la finalidad estadística del Censo hace que no haya una necesaria correspondencia entre los actos sujetos a cómputo en el mismo, y aquellos que la LZID sujeta al requisito de autorización militar.

En efecto, según el artículo 18 de dicha Ley, quedan sujetos a tal autorización:

a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.

b) La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas a favor de personas extranjeras.

c) La construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros.

Confrontado dicho precepto con el artículo 1.º de la Orden ministerial, vemos cómo hay actos que, estando sujetos a la autorización militar, no se computan en el Censo. Es el caso de:

- Los derechos reales que no implican adquisición efectiva y actual de la propiedad, entre los que la Orden cita la hipoteca, el retrato, el tanteo y la opción, y a los que hay que asimilar cualquier otro de iguales o similares efectos, así como esos mismos derechos cuando, aun no recayendo sobre el dominio, lo hagan sobre otro derecho real.

Hay que tener en cuenta que, aparte de ser necesaria para la constitución o adquisición de tales derechos la correspondiente autorización militar, la adquisición del dominio o derecho real derivada de su ejercicio o ejecución necesitará nueva autorización militar cuando recaiga en un extranjero, por cuanto el derecho así adquirido será distinto de aquel para el que se concedió la autorización. En definitiva, los derechos de adquisición, aunque precisan de autorización militar, no se computan en el Censo, en

tanto que los adquiridos como consecuencia de su ejercicio no sólo requieren nueva autorización, sino que son computables.

- El caso de construcciones y edificaciones, a que se refiere la letra c) del artículo 18 de la LZID. Digamos, antes de examinar sus peculiaridades, que en la práctica nos encontramos con un fenómeno curioso. Legalmente la autorización militar es necesaria para poder realizar la obra o construcción, pero lo cierto es que tal autorización no suele solicitarse sino una vez realizada la construcción, cuando llega el momento de otorgar la escritura de obra nueva para obtener su inscripción. Y es más, parece haberse generalizado la idea de que tal autorización sólo es precisa para dicho otorgamiento e inscripción, con evidente infracción del espíritu y la letra de la Ley. Pero en realidad, al Registrador le es indiferente el que tal autorización se haya concedido antes o después de realizada la construcción, pues, en definitiva, estará cumpliendo con la obligación que le impone el artículo 20 de la Ley de exigir que se le acredite haber obtenido tal autorización como requisito previo a la inscripción. Ahora bien, y es el tema que nos ocupaba, la realización de obras nuevas no está sujeta a cómputo en el Censo, pese a la exigencia de la autorización dicha.

Hay, no obstante, un precepto en el RZID que puede plantear ciertas dificultades. Nos referimos al artículo 34 del mismo, en el que se dispone que: «En los edificios en régimen de propiedad horizontal, el máximo de superficie computable será el correspondiente a la totalidad del solar o terreno en el que esté situado el edificio en su conjunto, aunque la suma de la superficie de los distintos pisos o apartamentos independientes propiedad de extranjeros supere a la de dicho solar o terreno».

No puede decirse que el mismo sea un modelo de claridad, si bien, hasta ahora, en que se han fijado los criterios de inclusión en el Censo, su interpretación no había planteado mayor atención. Desde un punto de vista literal, parece desprenderse del mismo que, en los casos de edificios en régimen de propiedad horizontal, era computable la superficie de los distintos pisos o departamentos propiedad de extranjeros, aunque con el límite que en el mismo se señala, es decir, la superficie total del solar o terreno sobre el que se asiente el edificio. Ello supondría tener que ir computando la superficie de cada piso o departamento hasta llegar a la superficie del solar, momento en el que cesaría la posibilidad de sumar nueva superficie. Resulta evidente que ello sólo sería posible si en el Censo hubiera un mecanismo de coordinación entre los distintos pisos

de un edificio y la finca original sobre la que el mismo se asienta. Y vemos que tal coordinación no existe, máxime cuando la superficie de las edificaciones no tiene acceso a dicho Censo y sólo la del terreno sobre el que se levanten. Con ello, parece evidente que la única solución es la de computar, en tales casos, una parte proporcional del solar o terreno con arreglo a la cuota de participación asignada al piso o local en relación con los elementos comunes de la total finca, uno de los cuales es precisamente el solar.

Lo que ocurre es que la Orden ministerial, según tendremos ocasión de ver más adelante, no ha tomado en consideración la forma en que ha de hacerse el cómputo cuando la titularidad de los extranjeros no alcanza a la totalidad de una finca o derecho, sino sólo a una parte indivisa de la misma.

- Las servidumbres. En principio, dado que se tratan de derechos reales sobre bienes inmuebles, están sujetas tanto a la autorización militar para su adquisición, como a su inclusión en el Censo. Existe, sin embargo, una peculiaridad. El mismo artículo 34 del RZID, al que acabamos de hacer referencia, establece en su apartado segundo que: «Quedan excluidas del cómputo las fincas gravadas con aquellas servidumbres que, por su propia naturaleza, no permitan su exacta localización ni la medición de la superficie realmente afectada por su ejercicio. Cuando la medición y la localización sean posibles, únicamente se computará la superficie concreta afectada por el ejercicio real o posible de la servidumbre».

Dos consideraciones se nos ocurren al respecto. La primera, que la exención establecida para este tipo de servidumbres ilocalizables o no susceptibles de medición, lo es sólo a los efectos del cómputo, no de la autorización militar para su adquisición, modificación o transmisión. Aunque, en este último caso, dada la vinculación de la servidumbre con el predio dominante, establecida en el artículo 534 del Código Civil, podrá plantearse la duda de si la autorización obtenida para adquirir éste se extiende también a la servidumbre que pueda tener a su favor. Así pues, tampoco en este caso se corresponde la necesidad de autorización militar con la inclusión del derecho adquirido en el Censo.

La segunda surge de la dificultad de determinar en qué casos nos encontramos en presencia de una de estas servidumbres no computables, así como la de determinar cuál sea la superficie afectada por la misma, en el caso de que lo sean. La primera dificultad plantea, en definitiva, un problema de calificación de la naturaleza de la servidumbre. Normalmente, se consideran como tales aquellas que pudiéramos llamar «difusas», es decir, las que

no concretan el gravamen que la servidumbre implica en ningún punto concreto del predio sirviente. La segunda puede plantearse en aquellos supuestos en que, pese a concretarse la servidumbre en un determinado punto del predio sirviente, no consta la superficie afectada o sujeta a la misma. Es frecuente encontrarse con servidumbres de paso, por ejemplo, que gravan al predio sirviente con una anchura determinada a todo lo largo de un lindero, pero sin que se exprese su longitud. Cabe entender que, en tales casos, al ser la superficie computable la realmente afectada por la servidumbre, será necesario exigir que se precise en el título, o por instancia complementaria, la superficie realmente afectada.

- Derecho de opción. Uno de los recursos a los que se ha acudido o pretendido acudir en ocasiones para lograr la protección registral de una adquisición convenida por un extranjero mientras se tramita el expediente para obtener la autorización militar, ha sido el de constituir a favor del mismo un derecho de opción de compra y solicitar su inscripción. El principal argumento en favor de esta solución es el de considerar a tal derecho como de naturaleza meramente obligacional y, por tanto, no necesitado de aquella autorización. Sin entrar ahora en la polémica en torno a la naturaleza jurídica del derecho de opción, entendemos que tal tesis no es defendible, pues cualquiera que sea dicha naturaleza, por virtud de su inscripción, el derecho de opción produce efectos frente a tercero, al igual que cualquier otro derecho real inscrito. Y hemos visto cómo la Orden de 21 de octubre de 1983 equipara tal derecho a los demás llamados de adquisición, en el sentido de no considerarlo computable por sí, sino sólo la adquisición que como consecuencia de su ejercicio pudiera producirse. También en este caso, por tanto, entendemos que no se corresponden la necesidad de la autorización militar para la constitución de tal derecho con la inclusión del mismo en el Censo.
- Adquisiciones sujetas a condición suspensiva. Ha sido éste, al igual que hemos visto ocurría con el derecho de opción, otro de los medios que se han considerado adecuados para la protección registral del extranjero adquirente, en tanto se tramitaba la obtención de la autorización militar, haciendo desempeñar a ésta el papel de hecho futuro e incierto del que dependía la efectividad de la adquisición. Sin entrar a discutir la bondad y posibilidad de la solución, en especial una vez vistas las serias advertencias contenidas en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1980, lo que sí cabe es

plantearse si, en general, las adquisiciones sujetas a condición suspensiva serán admisibles, en orden a su inclusión en el Censo, a los derechos reales de adquisición futura. En una transmisión sujeta a condición suspensiva, que no sea precisamente la de obtener la autorización militar correspondiente, la adquisición no se consuma hasta que tal condición se cumpla, pudiendo darse el caso de que aquélla no llegue a cumplirse y, por tanto, la adquisición a no consumarse. Parece por ello defendible la tesis de que, con independencia de la necesidad de obtener autorización militar para tales adquisiciones, las mismas no se incluyan en el Censo sino una vez consumadas por haberse cumplido la condición de que dependían. Claro que aquí, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de la opción de compra, no será necesaria nueva autorización militar una vez cumplida la condición, pues el derecho adquirido será el mismo cuya adquisición se autorizó en su día.

- El arrendamiento. Al circunscribirse las normas limitativas sobre adquisiciones por parte de extranjeros al dominio y derechos reales inmobiliarios, parece que el derecho de arrendamiento ha de quedar al margen de las mismas. No faltan opiniones que interpretando ampliamente tales limitaciones tratan de hacerlas extensivas a estos derechos, asimilándolos en cierto modo a los derechos reales de goce. No nos parece acertada tal postura, que supone alterar el principio general de que toda norma limitativa ha de interpretarse en sentido restringido, aparte de que con ello se produciría una discriminación para los arrendamientos que accedieran al Registro y que se incluirían en el Censo, frente a aquellos que no lo hicieran, aparte de provocar una grave discordancia entre el contenido del Censo y la realidad.

Si hasta ahora hemos visto una serie de supuestos de actos y contratos que, pese a requerir la autorización militar, no están sujetos a cómputo en el Censo, existen también otros en los que se da la situación inversa, es decir, que están sujetos a cómputo pese a no requerirse para ellos la autorización militar.

El supuesto más claro es de las transmisiones de dominio o derechos reales de extranjeros a españoles. Su inclusión en el Censo lo es a los solos efectos de restar o deducir de la superficie que hasta entonces figuraba como de titularidad extranjera, aquella que ha pasado a ser de titularidad española.

Un supuesto de particular interés lo plantean las adquisiciones *mortis causa* por parte de extranjeros. Es indudable que las mismas están sujetas

a cómputo y, por tanto, habrán de incluirse en el Censo. Lo que ya no resulta tan claro es si las mismas están sujetas al requisito de la autorización militar. Los términos del artículo 18 de la LZID, que hemos visto, son muy amplios, hablando de toda adquisición por cualquier título. Lo que ocurre es que el régimen de tales autorizaciones, en el caso de adquisiciones a título hereditario universal o singular (es la propia terminología de la Ley que habla de título hereditario singular), tiene un tratamiento especial. En efecto, según el artículo 25 de la misma, en tales casos se da al adquirente una especie de facultad de optar, bien por solicitar la autorización militar en el plazo de tres meses, bien por enajenar los bienes en el plazo de un año, plazos que habrán de computarse desde que el adquirente pudo ejercitar legalmente sus facultades como titular del dominio o del derecho real de que se trate. Por su parte, la sanción que se establece para el caso de que no se solicite o deniegue la autorización, o no se enajenen los derechos adquiridos, es la posibilidad de acordar su expropiación forzosa.

De ahí que no siendo la autorización militar un requisito previo a la adquisición, siendo difícil fijar en qué momento puede considerarse que el adquirente ha podido legalmente ejercitar sus facultades, no habiendo norma que impida al adquirente solicitar la inscripción antes de transcurridos tres meses desde que pudo acceder al ejercicio del derecho, y siendo necesaria, a efectos del principio de tracto sucesivo la previa inscripción a su favor para poder practicar la de su adquirente si opta por la enajenación, hay que concluir que las adquisiciones *mortis causa* por parte de extranjeros pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad sin necesidad de acreditar haber obtenido la correspondiente autorización militar.

B. AMBITO TERRITORIAL

Las obligaciones formales impuestas a los Registradores de la Propiedad por la Orden ministerial que estudiamos, se refieren, en palabras textuales de su artículo 1.º, a los terrenos «susceptibles de incluirse en el cómputo de superficie máxima que pueden alcanzar las propiedades extranjeras en las zonas restringidas, enumeradas en el anexo II del Reglamento, o las que en el futuro puedan crearse».

No parece muy afortunada la redacción de dicho precepto. El anexo II del RZID es, como el mismo dice, un desarrollo del artículo 32 del propio Reglamento. A su vez, éste desarrolla la previsión del artículo 17 de la Ley, el cual remitía a un Decreto aprobado en Consejo de Ministros, la concreta fijación de las zonas de acceso restringido, así como la determinación del porcentaje de superficie máxima que, dentro de ellas, era admisible como de titularidad extranjera.

Pero el artículo 32 del Reglamento comenzó por considerar como zonas de acceso restringido a tal propiedad a todos los territorios insulares de soberanía nacional, para a continuación fijar determinadas zonas peninsulares a las que afecta la restricción. Y es precisamente la delimitación geográfica de estas últimas la que se hace en el citado anexo II del Reglamento, no así la de las zonas insulares en las que no es precisa tal delimitación, al alcanzar la restricción a la totalidad de las mismas.

De ahí que, en una interpretación literal del artículo 1.º de la Orden, podríamos llegar a la conclusión de que la misma no afecta a los territorios insulares y sólo a aquellas zonas peninsulares delimitadas en el anexo II del Reglamento.

Tal conclusión parece absurda. La finalidad que hemos visto se persigue con la Orden ministerial, debe llevar a la elaboración del Censo de Propiedades Extranjeras en todas las zonas en que se restringe su adquisición por los mismos.

La Orden viene a salvar su error inicial en el artículo 4.º, que a la hora de determinar los municipios afectos por las normas limitativas y que se relacionan en un anexo de la propia Orden, se remite no ya al anexo II del RZID, sino al capítulo III del título primero de la misma, capítulo y título en el que figura el citado artículo 32, que incluye entre las zonas restringidas la totalidad de los territorios insulares.

Ahora bien, sabido es que no todo el territorio comprendido dentro de una zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros entra en el cómputo de la superficie máxima que se admite como de titularidad de los mismos y, por tanto, sujeta al requisito de la autorización militar para su adquisición.

En efecto, el artículo 16 de la LZID dispone en su párrafo segundo que:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, quedará fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirá en el cómputo, la superficie ocupada por los actuales núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche actuales y las futuras, siempre que consten en planos aprobados conforme a lo establecido en la legislación urbanística, que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio militar correspondiente, circunstancia que se hará constar en el acto de aprobación.»

Esta excepción, establecida para los núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche, es la que determina que el artículo 5.º de la Orden ministerial que nos ocupa disponga:

«Dentro del plazo de un mes, contado desde el momento de entrada en vigor de esta Orden ministerial, las Capitanías Generales del Ejército de Tierra confeccionarán y remitirán al Registrador de la Propiedad en cuyo Distrito Hipotecario se halle ubicado alguno de los términos municipales incluidos en la relación (se refiere a la que figura en el anexo de la propia Orden) un plano en el que, con referencia al término municipal de que se trate, aparecerán debidamente marcados:

- a) El perímetro total del término.
- b) La línea o líneas que, en su caso, definan dentro del propio término, el perímetro de la zona específica de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.
- c) Las líneas que, aun dentro del ámbito territorial de la zona restringida, enmarque, conforme a lo establecido en el artículo 35 del Reglamento y el artículo 6.º de esta Orden ministerial, el perímetro del área o áreas exentas de la aplicación de las normas limitativas de la Ley y del propio Reglamento y, por tanto, de cómputo.

Dichos planos podrán ser consultados a instancia de particulares en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, conforme a dicho artículo, los planos habrán de referirse a cada término municipal incluido en la zona restringida, y dentro de los mismos habrán de precisarse:

- La línea o líneas que, en su caso, definan el perímetro de la zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. Tal perímetro se refiere a la concreción de la parte del término municipal incluido en la zona de acceso restringido cuando la misma no alcance a la totalidad del término municipal.
- Las líneas que, aun dentro de la zona restringida, enmarquen las áreas exentas de aplicación de las normas limitativas de la Ley y del Reglamento y, por tanto, del cómputo. La referencia al artículo 35 del Reglamento, que viene a ser reproducción del 16 de la Ley que acabamos de ver, nos da a entender que tales áreas son precisamente las correspondientes a los núcleos urbanos de poblaciones no fronterizas o sus zonas urbanizadas o de ensanche.

Y nos enfrentamos así con el espinoso tema de qué debe entenderse por núcleos urbanos, zonas urbanizadas y zonas de ensanche. Y si la determinación de qué había de entenderse por tal ya era polémica, el

artículo 6.º de la reciente Orden ministerial, aunque en principio parece que trata de aclararlo, viene en realidad a crear un mayor confusionismo.

Resulta sorprendente cómo en 1975, casi veinte años después de la promulgación de la primera Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, y casi simultánea con su reforma por la Ley de 2 de mayo de 1975, que vino a dar nueva actualidad a los conceptos urbanísticos, la LZID de 12 de marzo de 1975 siga usando los viejos conceptos acuñados por las normas que la precedieron en los años treinta.

Esa falta de adecuación entre ambas leyes y la falta de contenido jurídico concreto de los conceptos usados por la LZID ha hecho difícil su interpretación creando numerosas dificultades. En general, se ha tendido a una asimilación de sus conceptos a los usados por la legislación urbanística, aunque con desigual criterio.

Una interpretación que se ha querido, en cierto modo, imponer es la que hizo en su día la Secretaría General para Asuntos de la Política de Defensa en escrito dirigido al Excmo. Sr. General Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército el 7 de julio de 1981. En ella, sin entrar a analizar el concepto de núcleo urbano, sin duda por ser el que menos problemas planteaba, se sientan estos criterios:

«Por analogía, debe entenderse por zona urbanizada, aquella que reúna los siguientes requisitos: *a)* que tenga Plan urbano aprobado por la Autoridad competente; *b)* que se haya presentado el correspondiente proyecto de urbanización o dotación de los servicios de agua, alcantarillado, pavimentos y alumbrado, y *c)* que dicho proyecto se haya realizado.

Que debe entenderse por zona de ensanche la que define el artículo 130 de la Ley de Régimen Local, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, que dice que son zonas de ensanche los terrenos objeto de actuaciones municipales que se hayan realizado conforme a proyectos acogidos a la Ley de 26 de julio de 1892.

Que las zonas urbanizadas o de ensanche, tal y como se definen, y que tuvieran tal condición con fecha anterior al 14 de abril de 1978, no deben estimarse a los efectos del cómputo máximo autorizado en cada una de las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, pero siempre será necesaria la autorización militar, aun en dichas zonas, cuando se trate de alguno de los actos enumerados en el artículo 37, si bien no podrá fundarse la negativa de la autorización militar en base a que se han superado los porcentajes máximos si se trata

de zonas urbanizadas o de ensanche y que tuvieran esta consideración en la fecha de entrada en vigor del Reglamento.»

Nunca nos ha convencido esta interpretación. En primer lugar, y por lo que hace referencia al concepto de zona de ensanche, en base a las siguientes consideraciones:

a) No parece lógico acudir a conceptos ya superados ni a normas en desuso. Los Ayuntamientos ya no llevan a cabo actuaciones al amparo de la Ley de 26 de julio de 1892, y las que en su día pudieran haber realizado, habrán dado lugar a que los terrenos afectados por las mismas estén hoy calificados como suelo urbano. Y, por otra parte, la ejecución de los Planes de Ordenación urbana en la actual legislación no es competencia sólo de los Ayuntamientos, sino también de otras Administraciones públicas y de los mismos particulares cuya actuación la Ley no sólo permite, sino que incluso la estimula, dependiendo en última instancia del sistema de actuación elegido.

b) Si en un sentido vulgar e incluso gramatical, zona de ensanche es la destinada o prevista para la expansión de un núcleo urbano, habrá que buscar cuál es la categoría jurídica que más se aproxima a ella. En principio, serán zonas de ensanche las ya urbanizadas, pero entendemos que el concepto «zona de ensanche» ha de tener un sentido más amplio que el de «zona urbanizada». Si así no fuera, sobraría en la Ley la referencia a las mismas; pero si se enumeran como exceptuadas junto a las zonas urbanizadas a las de ensanche, es porque éstas han de ser algo distinto de aquéllas. En otro caso, no habría sido necesario hacer referencia a ellas según decimos.

Los terrenos destinados al ensanche de los núcleos de población son los que la antigua Ley del Suelo calificaba como «de reserva urbana», llamados en la actual «suelo urbanizable». Pero no es suficiente por sí sola dicha clasificación para que los terrenos puedan sin más destinarse a la construcción o cualquier otro uso urbano. Es precisa la determinación concreta de tales usos, la de las reservas de terrenos necesarios para equipamientos, el trazado y características de las redes de comunicaciones, así como de las redes y galerías de abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía, etc. Y esto es precisamente lo que se hace por medio de los Planes Parciales de Ordenación. De ahí que entendamos que cabe perfectamente hacer coincidir el concepto de zona de ensanche con sector ordenado en virtud de un Plan Parcial.

c) El mismo artículo 16 de la LZID abona esta interpretación. Según vimos, en el mismo se habla de zonas urbanizadas o de ensanche actuales, y en cuanto a las futuras, se dice, siempre que consten en Planes

aprobados conforme a la legislación urbanística que hayan sido informados favorablemente por el Ministerio militar correspondiente. Luego si para las futuras zonas urbanizadas o de ensanche es suficiente con la existencia de un Plan que goce del informe militar favorable sin necesidad de que, en ejecución del mismo, se haya llevado a cabo la urbanización, para los anteriores a la fecha en que se estableció la necesidad de tal informe, hay que entender que es suficiente con la existencia del Plan debidamente aprobado.

En cuanto a la original interpretación de que las adquisiciones por extranjeros en las zonas urbanizadas o de ensanche, si bien no se incluyen en el cómputo, están sujetas a la necesidad de autorización militar, tampoco la compartimos. El artículo 16 de la Ley, tantas veces repetido, dice textualmente que: «quedarán fuera del ámbito de aplicación de este capítulo y, por consiguiente, no se incluirán en el cómputo...». Es decir, tales zonas quedan al margen de la aplicación del capítulo tercero de la Ley, capítulo en el que está incluido el artículo 18, que es el que establece el requisito de la autorización y que, por tanto, no es aplicable a tales zonas. La exclusión del cómputo aparece regulada como una consecuencia precisamente de ello. Es decir, no se aplican en tales zonas las normas limitativas a las adquisiciones por parte de extranjeros, entre ellas la necesidad de autorización militar, y es por ello por lo que no se incluyen en el cómputo. Es, en definitiva, lo que ha tenido ocasión de decir la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones a partir de la de 27 de marzo de 1979. Y, finalmente, parece ser el criterio que adopta la Orden ministerial de la que nos ocupamos cuando, en su artículo 5.º, habla de «área o áreas exentas de la aplicación de las normas limitativas de la Ley y del propio Reglamento y, por tanto, de cómputo».

Con la interpretación que, al rebatir la de la Secretaría General para Asuntos de la Política de Defensa, hemos hecho de lo que, a nuestro juicio, ha de entenderse por «zona de ensanche», queda en gran medida fijado nuestro criterio sobre la adecuación de los conceptos de la LZID a los usados por la legislación urbanística. Hay que partir de la base de que los Registradores de la Propiedad, a la hora de inscribir, al igual que los Notarios llegado el momento de autorizar una escritura pública han de guiarse por el «certificado urbanístico» a que se refiere el artículo 40 del RZID. Tales certificados, expedidos por los Secretarios de los Ayuntamientos, se refieren, y no podía ser de otra forma, no a los conceptos que usa la LZID, sino a las clasificaciones urbanísticas resultantes de los diversos instrumentos de ordenación existentes en cada término municipal.

Pues bien, según sea uno u otro el tipo de instrumento de ordenación urbanística existente, se suelen, generalmente, considerar como excluidos de la aplicación de las normas limitativas al acceso a la propiedad por parte de extranjeros, los siguientes terrenos:

I. En municipios con Plan General de Ordenación redactado conforme a la Ley de 12 de mayo de 1956 y no adaptados a la Ley vigente:

- a) Los clasificados en el Plan como suelo urbano.
- b) Los clasificados como de «reserva urbana», en aquellos sectores ordenados por un Plan parcial.
- c) Los urbanizados, aunque lo hayan sido al margen de la ordenación vigente. Sabido es que una de las características de la Ley de 1956 era la de posibilitar una expansión indiscriminada del suelo urbano por el mero hecho de urbanizarse, estuviera o no ordenado. Así se desprende del artículo 63, 1.º, b), de la misma, y así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia.

Hay una interpretación aún más amplia. Es la que entiende que, en sentido amplio, habría de equipararse todo el suelo clasificado como de reserva urbana al urbano. Parte esta interpretación de considerar que si bien, según el artículo 3.º, 1.º, d), de aquella Ley, el territorio municipal había de dividirse en perímetros urbano, de reserva urbana y rústico, su artículo 9.º, 1.º, e), establece que los Planes Generales de Ordenación Urbana deberán contener «la delimitación del perímetro urbano para la aplicación, fuera del mismo, de las normas sobre edificación en suelo rústico». De ahí cabría deducir que si fuera del perímetro urbano es donde se aplican las normas sobre construcción en suelo rústico, el perímetro urbano ha de comprender tanto el suelo clasificado como urbano, como el clasificado como de reserva urbana, es decir, todo aquel no clasificado como rústico.

II. Municipios con Plan General de Ordenación aprobado conforme a la vigente Ley del Suelo o adaptado a la misma:

- a) Los terrenos clasificados como «suelo urbano».
- b) Los clasificados como «urbanizables programados», en sectores ordenados por medio de un Plan Parcial aprobado.

- c) Los clasificados como urbanizables no programados, también en sectores para los que, previa aprobación del correspondiente Programa de Actuación Urbanística, se haya aprobado el correspondiente Plan Parcial.

II. Municipios en los que rijan Normas subsidiarias de planeamiento:

- a) Si el ámbito de tales Normas es el restringido previsto en el artículo 71, 3.º, de la Ley del Suelo, el suelo delimitado en las mismas como «suelo urbano».
- b) Si su ámbito es el más amplio que permite el artículo 71, 4.º, de la misma Ley:
 - 1. El suelo clasificado como urbano.
 - 2. El clasificado como apto para su urbanización, siempre que, también en este caso, cuente con Plan parcial aprobado para el sector correspondiente.

IV. Municipios que careciendo de Plan General de Ordenación o Normas subsidiarias de planeamiento, tengan aprobado Proyecto de delimitación del suelo urbano.

Los terrenos comprendidos dentro de la delimitación hecha por dicho Proyecto.

V. Municipios carentes de todo instrumento de ordenación urbanística y que tampoco cuenten con Proyecto de delimitación del suelo urbano:

- a) Los terrenos en los que se den los presupuestos objetivos establecidos en el artículo 81, 2.º, de la Ley del Suelo. En dicho precepto se fijan los criterios con arreglo a los cuales se ha de delimitar el suelo urbano en los correspondientes Proyectos. Y la opinión más generalizada en la doctrina entiende que la condición de suelo urbano depende de que se den o no tales elementos, pues, en definitiva, el Proyecto de delimitación no es sino un acto administrativo que tiende fundamentalmente a constatar su existencia. De ahí que el derecho de los titulares de tales terrenos a su aprovechamiento urbanístico dependerá de que objetivamente el suelo tenga o no el carácter de urbano, con independencia de la diligencia o desidia administrativa a la hora de tramitar y aprobar el correspondiente Proyecto de delimitación.

- b) Los comprendidos en sectores para los que se haya aprobado un Plan Parcial de Ordenación de los mismos, aunque no se basen en otro instrumento de ordenación de ámbito general para todo el término municipal.

Hoy día, con arreglo a la legislación vigente, tal posibilidad no cabe, pero era posible, y así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia, durante la vigencia de la legislación anterior, siendo muchos los municipios, en especial los turísticos, en los que era frecuente la urbanización de terrenos amparándose en Planes Parciales, pese a carecer el resto del término municipal de una ordenación de tipo general.

Es cierto que en determinados casos, tales como los reseñados bajo los números I, c), y V, a), se hace difícil obtener un certificado sobre la clasificación urbanística de los terrenos. En el primero, porque pese a que estén urbanizados y, por tanto, hayan de considerarse suelo urbano, en el Plan correspondiente figurarán clasificados como de reserva urbana o incluso rústicos, clasificación que tenían cuando tal Plan se aprobó. Y en el segundo, sencillamente, porque falta el instrumento de ordenación con arreglo al cual poder certificar. No obstante, entendemos que tales dificultades pueden salvarse solicitando y obteniendo, no un certificado sobre su clasificación urbanística, sino otro en el que, en base a los informes de los servicios técnicos municipales, se haga constar que determinado terreno reúne los requisitos necesarios para ser considerado como urbano, bien por el grado de urbanización, bien por la proporción en que esté consolidada la edificación en el área en que se encuentren.

Ahora bien, todos los criterios que acabamos de exponer tienen que ser aplicados teniendo en cuenta una regla fundamental. Ha de estarse a la fecha clave del 14 de abril de 1978, en que entró en vigor el RZID, pues, como ya tuvimos ocasión de ver, sólo se exceptúan de las normas limitativas a la adquisición por parte de extranjeros los núcleos urbanos o las zonas urbanizadas o de ensanche que tuvieran tal carácter en dicha fecha. Para las posteriores, será necesario que el Plan correspondiente haya sido informado favorablemente, aunque sea por la vía del silencio administrativo, por el Ministerio de Defensa. De ahí que sea un elemento esencial en el certificado urbanístico que se aporte para acreditar la clasificación de los terrenos, el que conste la fecha de aprobación del Plan, Norma o Proyecto correspondiente, o bien, si el certificado tiene por objeto acreditar la existencia de los elementos objetivos para considerar el suelo como urbano, que haga constar que tales elementos existían con anterioridad a dicha fecha. Si la fecha de aprobación de aquéllos es pos-

terior al 14 de abril de 1978, será necesario que conste la existencia del informe favorable del Ministerio de Defensa y, en su caso, las posibles limitaciones resultantes de tal informe.

Pero he aquí que puede darse, y de hecho se da, el caso de que determinado terreno aparezca hoy día clasificado como urbano en un Plan aprobado con posterioridad a esa fecha clave y que no cuente con el informe correspondiente del Ministerio de Defensa, pero que en su día y en el Plan vigente en aquel momento, también tenía la clasificación de suelo urbano. Entendemos que, en tal caso, es perfectamente factible solicitar un certificado acreditativo no de la clasificación actual del terreno, sino de la que tenía en la fecha de entrada en vigor de las normas limitativas, pues, volvemos a repetirlo, las mismas dejan fuera de su ámbito de aplicación los terrenos urbanizados o de ensanche existentes en aquel momento.

Esta solución es la misma a la que en la práctica se acude cuando, ante la constancia en el Registro del carácter urbano o urbanizable de un terreno en asientos anteriores, prescindimos de solicitar nuevo certificado urbanístico llegado el momento de practicar una nueva inscripción en favor de un extranjero.

No obstante, aunque esta práctica, por las razones dichas, es perfectamente admisible, hay que obrar con cautela en determinadas ocasiones. En concreto, podemos encontrarnos con la constancia en el Registro de que determinada finca radica en zona urbana por hallarse en un perímetro edificado en más del 20 por 100 de su extensión superficial. Ello, con arreglo al artículo 66, 2.º, de la Ley de 12 de mayo de 1956, era posible por ser éste el módulo fijado por la misma para la clasificación del suelo como urbano en las poblaciones sin Plan. Pero a partir de la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975, y según el artículo 81, 2.º, del vigente texto refundido, tal módulo ha sido elevado a la mitad del área correspondiente, con lo que un terreno que, por ausencia de Plan General de Ordenación Municipal cabía clasificarlo como de suelo urbano hasta 1975, a partir de la reforma legislativa, y, por tanto, en la fecha de entrada en vigor de la LZID, puede que ya no tuviera la consideración de urbano. De ahí que constando en el Registro acreditado el carácter de suelo urbano con anterioridad a la reforma de la Ley del Suelo, no siempre ello ha de liberarnos de exigir que se vuelva a acreditar dicho extremo. Dependerá del criterio con arreglo al cual se haya hecho tal clasificación, según haya sido en base a una clasificación resultante de un Plan o lo haya sido en base a circunstancias objetivas.

La que hasta ahora hemos expuesto era una de las interpretaciones más generalizadas de los conceptos usados por el artículo 16 de la LZID.

Pero surge ahora el artículo 6.º de la Orden de 21 de octubre de 1983, que nos dice:

«A los efectos previstos en el artículo anterior y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77, 78 y 81 y demás concordantes de la vigente Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por Decreto 1345/1976, de 9 de abril, se entenderá que las expresiones 'núcleo urbano', 'zona urbanizada' y 'zona de ensanche', contenidas en el artículo 35 del Reglamento, quedan subsumidas dentro del concepto urbanístico vigente de 'suelo urbano'.

En consecuencia, para la confección de los referidos Planes, así como para sus sucesivas modificaciones ulteriores, las Capitánías Generales recabarán de las autoridades municipales del término correspondiente las oportunas certificaciones expresivas del área clasificada como suelo urbano y la fecha de la aprobación del Plan Urbanístico que contenga tal clasificación, debiendo entenderse que cuando la fecha de éste sea anterior al 14 de abril de 1978, fecha de entrada en vigor de la Ley y el Reglamento de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, todo el suelo urbano del término municipal quedará enmarcado dentro de las líneas perimetrales definidas bajo la letra c) del artículo 4.º de esta Orden ministerial, cuya superficie, por tanto, quedará exenta del cómputo.

Respecto de los terrenos que adquieran la cualidad de suelo urbano con posterioridad a aquella fecha, se estará a lo que resulte del acto de aprobación del Plan Urbanístico, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 35 del Reglamento.»

El intento de simplificación de este precepto es encomiable, pero mucho nos tememos que puede dar lugar a un gran confusionismo. Se remite el mismo al concepto urbanístico «vigente» de suelo urbano. Tal concepto lo encontramos en los artículos 78 y 81 de la Ley del Suelo, el primero para determinar el suelo clasificable como tal en los Planes Generales de Ordenación, y el segundo para el delimitable como urbano en los Proyectos destinados a tal fin. Aparte de ello, tales clasificación o delimitación también pueden hacerse en virtud de normas subsidiarias de planeamiento, según el alcance que a las mismas se dé.

Pues bien, ¿qué puede ocurrir al aplicar literalmente y sin un cuidadoso análisis el artículo 6.º de la Orden de 21 de octubre de 1983? A nuestro juicio, lo siguiente:

1. Que para un determinado término municipal se hubiera aprobado, o adaptado, en su caso, un Plan General, unas Normas subsidiarias o un Proyecto de delimitación de suelo urbano con arreglo a la Ley del Suelo vigente y con anterioridad al 14 de abril de 1978.

En este caso no se planteará dificultad alguna. Coincidirán los suelos clasificados o delimitados como urbanos con los que se incluyan como excluidos de la aplicación de las normas limitativas en el plano correspondiente.

Claro que el supuesto no será frecuente, pues desde la promulgación de la nueva Ley del Suelo hasta el 14 de abril de 1978 habrán sido muy pocos los Planes elaborados o adaptados a su normativa.

2. Que determinados terrenos clasificados como urbanizables en el Plan General hayan sido ordenados en base a un Plan Parcial, y su urbanización se haya finalizado antes del 14 de abril de 1978.

Tampoco en este supuesto deberá surgir problema alguno. Tales terrenos tendrían la consideración de suelo urbano y deberán delimitarse en los planos como excluidos de la zona a la que se apliquen las normas restrictivas. Claro que para ello, la certificación de la Administración municipal no deberá limitarse a dar la clasificación de los mismos, sino que deberá precisar que su urbanización estaba concluida en aquella fecha. En otro caso, cabe la posibilidad que limitándose dicha certificación a hacer constar que están clasificados como urbanizables programados, se incluyan dentro de la línea que delimita la zona de acceso restringido provocando un divorcio entre el contenido del correspondiente plano y la realidad.

3. Que determinados terrenos clasificados, como en el caso anterior, de urbanizables programados, cuenten con un Plan Parcial aprobado antes del 14 de abril de 1978, pero su urbanización no hubiera finalizado en aquella fecha.

Con arreglo al criterio que hemos sustentado sobre la interpretación de lo que cabe entender como «zona de ensanche», tales terrenos estarían comprendidos dentro de dicho concepto y excluidos, por tanto, de la aplicación de las normas restrictivas. Pero es evidente que desde la perspectiva del Derecho urbanístico no cabe clasificarlos todavía como suelo urbano. Según el tenor literal del artículo 6.º de la Orden ministerial de 21 de octubre de 1983, habrán de delimitarse como incluidos en la zona sujeta a limitaciones en cuanto a la adquisición por extranjeros.

4. Que un terreno, como en los casos anteriores, esté clasificado como urbanizable programado, pero el Plan Parcial que lo ordene haya sido aprobado con posterioridad al 14 de abril de 1978 con el informe favorable del Ministerio de Defensa. Según el último apartado del artículo 6.º de la Orden ministerial, una vez adquiera carácter de suelo urbano en

virtud de su urbanización, aunque sea con posterioridad a esa fecha, quedará fuera de la zona delimitada para la aplicación de las normas limitativas a la adquisición por parte de extranjeros.

Y claramente se ve cómo puede surgir una paradoja. En el caso que hemos visto bajo el número tres, un sector ordenado en base a un Plan aprobado, por ejemplo, en marzo de 1978, y que no se sometió a informe del Ministerio de Defensa sencillamente porque en aquel entonces no existía norma alguna que así lo previese, al ser suelo urbano «futuro» quedará para siempre sujeto a la aplicación de las normas limitativas que hemos visto, en tanto que otro sector con la misma clasificación urbanística, por el hecho de que su Plan Parcial de Ordenación se haya aprobado cuatro meses después, con informe de aquel Ministerio, cumpliendo con una norma que entonces ya estaba en vigor, quedará exento de la aplicación de las mismas normas.

Para quienes estamos próximos al tráfico inmobiliario y vemos diariamente la prevención que tienen los extranjeros frente a la acumulación de trámites administrativos que deben cumplir para realizar una adquisición, es fácil comprender el grave perjuicio que pueden sufrir los titulares de unos terrenos que cumplieron en su momento con todos los requisitos legales para su debida ordenación urbanística, y para los que la LZID no tuvo ni la precaución de prever un informe de la Autoridad militar, aunque hubiera sido *a posteriori*, de sus Planes de Ordenación, en beneficio de otros que se lanzaron a la aventura urbanizadora con posterioridad.

5. Terrenos situados en municipios cuyo Plan general, Norma subsidiaria o Proyecto de delimitación haya sido aprobado con posterioridad al 14 de abril de 1978, pero sin haber solicitado el correspondiente informe del Ministerio de Defensa.

El supuesto es muy frecuente por cuanto, al menos en los primeros años posteriores a la entrada en vigor de la LZID y más que nada por ignorancia, no se solía recabar el citado informe.

Aplicando rigurosamente los criterios de la Orden ministerial, encontraríamos que ninguna zona del término municipal quedaría al margen de la aplicación de las normas limitativas a la adquisición por parte de extranjeros, por cuanto todo él habría de incluirse en los planos como sujeto a cómputo e inclusión en el Censo.

Evidentemente, ello es absurdo. Tanto la Ley como el Reglamento hablan de núcleos urbanos de población no fronterizas sus zonas urbanizadas o de ensanche «actuales», es decir, las que tuvieran ese carácter el 14 de abril de 1978. Luego si el Plan, Norma o Proyecto es de fecha posterior, habrá que prescindir del mismo y acudir al vigente en aquella fecha. Por ello entendemos que no es suficiente con que las Capitanías:

Generales, ateniéndose estrictamente a la letra de la Orden ministerial, recaben la certificación de la clasificación urbanística actual de los terrenos, sino que deben solicitar la clasificación que los mismos tenían en la fecha de entrada en vigor de la LZID. De no hacerse así, nos podríamos encontrar con la sorpresa de que hasta los núcleos urbanos se delimitarían dentro de la zona de acceso restringido simplemente porque el Plan actual de Ordenación no cuenta con el informe del Ministerio de Defensa, o de que terrenos que hasta ahora estaban exentos del cómputo pasen, en virtud de un simple plano, a estar incluidos en el mismo.

Y no digamos nada de la paradoja que puede suponer que suelos situados en un determinado sector que se ordene por un Plan Parcial que cuente con el informe correspondiente, se exceptúen del cómputo, en tanto que el suelo urbano, del que aquellos terrenos son nsanche, ordnados por un Plan General no informado, queden incluidos en el mismo.

6. Terrenos sitios en municipios carentes de todo tipo de ordenación, incluido Proyecto de delimitación del suelo urbano.

Creemos que en este caso, y como hemos dicho, sólo cabe exceptuar del cómputo los clasificables como suelo urbano, de acuerdo con los criterios que fija el artículo 81 de la Ley del Suelo. Y ello, siempre y cuando reunieran tales requisitos el 14 de abril de 1978.

El problema está en que, en tales casos, el Ayuntamiento correspondiente no puede certificar a la Capitanía General sobre la clasificación del suelo, dado que no existe instrumento alguno en el que conte tal clasificación. Parece que lo procedente, en este caso, será que el Ayuntamiento certifique sobre qué terrenos deberían haberse incluido en un Proyecto de delimitación si el mismo se hubiera tramitado. No obstante, la escasa capacidad de gestión que, por lo general, tienen los Ayuntamientos que se encuentran en tal situación, va a hacer difícil acudir a esta posible solución.

Y si, como vemos, en este caso, ha de considerarse que los terrenos a los que legalmente les correspondía el 14 de abril de 1978 la clasificación de suelo urbano, han de ser excluidos de la aplicación de las normas restrictivas, con igual motivo lo habrán de ser en el caso de que radiquen en términos municipales cuyo Plan de Ordenación no haya sido objeto de informe por la Autoridad militar, que es el caso que vimos bajo el número anterior.

Y con todo ello surge la pregunta: ¿Han de prevalecer los criterios fijados en la Orden ministerial de 21 de octubre de 1983 sobre los que resultan de la Ley y el RZID?

A nuestro juicio, por más que la Orden ministerial pueda ser orientadora, no puede, por su rango jerárquico, alterar los principios de aquellas

normas. No hay que olvidar que el artículo 6.º de la Orden, del que nos hemos ocupado, hace la asimilación de los conceptos usados por dicha Ley y Reglamento al urbanístico de suelo urbano, «a los efectos previstos en el artículo anterior». Y dicho artículo, el 5.º, lo único que hace es determinar la forma de elaborar los planos a los que el mismo se refiere, así como fijar los elementos que en los mismos se han de contener.

Podríamos resumir nuestra postura en torno a este problema de la siguiente forma:

- A) Terrenos que pese a estar incluidos en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros quedan excluidos de la aplicación de las normas limitativas, conforme a la LZID:
 - 1. Los que legalmente tuvieran o les correspondiera la clasificación de suelo urbano el 14 de abril de 1978.
 - 2. Los clasificados como urbanizables que en igual fecha tuvieran definidos sus usos y estructuras urbanísticas por un Plan parcial de Ordenación, como englobables dentro del concepto de «zona de ensanche».
 - 3. Aquellos en los que, a partir de dicha fecha, se den los supuestos de los números anteriores, siempre que el Plan correspondiente haya sido favorablemente informado por el Ministerio de Defensa.

- B) Terrenos que, de conformidad con lo dispuesto en la Orden ministerial de 21 de octubre de 1983, han de enmarcarse en el plano correspondiente, dentro del perímetro exento de la aplicación de las normas limitativas y, por tanto, no incluidos en el Censo de Propiedades Extranjeras:
 - 1. Los clasificados como suelo urbano o a los que legalmente les correspondiera esta clasificación el 14 de abril de 1978.
 - 2. Los que con posterioridad a dicha fecha adquirieran el mismo carácter, siempre que el Plan correspondiente cuente con el informe favorable del Ministerio de Defensa.

Puede, a la vista de lo dicho, darse el supuesto de que para un determinado terreno no se consideren legalmente aplicables las normas que restringen su libre adquisición por parte de extranjeros y, pese a ello, haya sido enmarcado en el plano correspondiente dentro del perímetro sujeto a cómputo é inclusión en el Censo.

Ello supone una evidente anormalidad, que puede llevar a una diver-

gencia entre el contenido del Censo y la realidad. Pero entendemos que el Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su facultad calificadora, ha de atenerse, ante todo, al orden jerárquico de las normas y, en consecuencia, cuando estimé que una determinada adquisición por parte de extranjeros no está sujeta a autorización militar, puede prescindir de exigir que se le acredite su obtención y practicar la inscripción correspondiente. Y ello con independencia de que, en cumplimiento de la Orden ministerial de 21 de octubre de 1983, haya de complimentar y remitir la ficha correspondiente a tal adquisición. Ficha en la que, por supuesto, no podrá consignar el dato relativo a la fecha y número de la correspondiente autorización militar, que ha estimado legalmente innecesaria.

Parece que nos encontramos ante una anomalía, y así es. Pero la responsabilidad de ello será una consecuencia de los aciertos o desaciertos de los redactores de aquella Orden y, en gran medida, del acierto y buen criterio con que se elaboren los planos previstos en la misma.

C. AMBITO PERSONAL

La Orden ministerial prevé la inclusión en el Censo, tanto de las adquisiciones del dominio y derechos reales inmobiliarios que se produzcan en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, como las posteriores transmisiones que las mismas puedan realizar en favor de españoles. Las primeras, como es lógico, habrán de incluirse en el que pudiéramos llamar «haber» del Censo, en tanto que las segundas, lo serán en el debe». Con ello podrá determinarse cuál es el porcentaje que, en cada zona y en cada momento, alcanzan las propiedades sobre las que los extranjeros ostentan el dominio u otro derecho real computable.

No plantea ninguna duda el que, tanto las adquisiciones que los extranjeros realicen de un español, como las que éstos realicen de aquéllos, están sujetas a cómputo, y en cuanto a ellas, el Registrador de la Propiedad habrá de cumplir con las obligaciones formales que la Orden ministerial le impone.

Más dificultad plantea la cuestión de si las transmisiones que se realicen entre extranjeros han de incluirse en el cómputo. Es indudable que tales transmisiones no provocan alteración alguna del porcentaje de propiedades de titularidad extranjera. No obstante, y aun cuando la Orden ministerial habla de adquisiciones susceptibles de incluirse en el cómputo, hay que entender que las transmisiones entre extranjeros, aun cuando no alteran el cómputo total, deben incluirse en el Censo. De otro modo, se produciría una divergencia entre el mismo y la realidad, al menos en cuanto a las titularidades que figurarían en el mismo, lo que podría suponer

una grave dificultad a la hora de dar de baja una finca adquirida por un español de un extranjero. Surgiría la duda, al no figurar a nombre del transmitente, de si la primera adquisición de la finca por parte de un extranjero tuvo o no acceso al Censo. La peculiaridad de tales transmisiones entre extranjeros es que provocarán en dicho Censo dos asientos contables, uno en el haber, a favor del adquirente, y otro en el debe, por extinción de la titularidad anterior, ambos con igual superficie, quedando, en consecuencia, inalterado el cómputo total.

Un supuesto que no prevé la Orden ministerial es el que plantearán los casos de cambio de nacionalidad, bien porque adquiera la española un extranjero o el contrario, consistente en la pérdida de su nacionalidad por un español. Esta última posibilidad está contemplada en el artículo 46, 3.º, del RZID, que asimila dicho supuesto al de adquisiciones hereditarias por extranjeros en orden a tener que solicitar *a posteriori* la autorización militar o proceder a la enajenación de los bienes, con la posibilidad, en su defecto, de que se acuerde su expropiación forzosa.

Tal vez el silencio de la Orden sobre estos supuestos esté en la dificultad de conseguir llevarlos al Censo. Los cambios de nacionalidad no provocan, por sí solos, inscripción alguna en el Registro de la Propiedad, con lo que no podrían los Registradores proporcionar, en tales supuestos, los datos de los que se prevé se nutra dicho Censo.

Otro supuesto en el que merece la pena centrar nuestra atención es el que plantean las sociedades españolas con mayoría de capital extranjero. Conforme al artículo 19 de la LZID, la autorización militar a las adquisiciones por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras es igualmente exigible a las sociedades españolas cuando su capital pertenezca a personas físicas o jurídicas extranjeras en proporción superior al 50 por 100, o cuando, aun no siendo así, tengan tales características que sus inversiones hayan de considerarse como inversiones extranjeras, de acuerdo con la normativa vigente».

Si la equiparación que se establece para las sociedades con mayoría de capital extranjero no plantea problemas en cuanto a su interpretación, no ocurre lo mismo con la referencia a «aquellas inversiones que por sus características hayan de considerarse como inversiones extranjeras», que ciertamente no se sabe lo que quiere decir. Tal vez por ello el Reglamento silencia este segundo supuesto, aunque es evidente que, pese a ello, es la norma de rango superior la que ha de prevalecer.

No obstante, la referencia a la normativa vigente para la determinación de los casos en que una inversión extranjera, sin ser mayoritaria, ha de equipararse a la misma, puede llevarnos a considerar incluido en dicho supuesto el caso de aquellas sociedades a las que se refiere el artículo 7.º,

3.º, 1.º, del Reglamento de Inversiones Extranjeras, aprobado por Decreto 3022/1974, de 31 de octubre, es decir, el de aquellas sociedades españolas en las que, sin alcanzar la participación de capital extranjero el 50 por 100, no obstante, por la situación de dominio o prevalencia que en las mismas ostenten los socios extranjeros, ejerzan éstos una influencia decisiva en la gestión de la sociedad.

De todas formas, el problema, desde el punto de vista del Registrador de la Propiedad, aparece simplificado si tenemos en cuenta que tales sociedades, caso de que por la Administración se declaren asimiladas a aquellas en las que la participación de capital extranjero es mayoritaria, lo cual requiere un expediente tramitado conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo, habrán de incluirse en la lista que la Dirección General de Transacciones Exteriores ha de publicar en el *BOE*, conforme dispone el artículo 32 del mismo Reglamento.

La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1976 declaró que: «Sin perjuicio de los efectos de todo tipo a que pueda dar lugar la actuación de los interesados en las sociedades a las que resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 7.º del Reglamento de Inversiones Extranjeras, los Notarios y los Registradores Mercantiles no podrán exigir declaración ni comprobación alguna sobre el extremo relativo a la participación extranjera en sociedades españolas que no estén incluidas en las listas vigentes previstas en el artículo 32 del mencionado Reglamento». Creemos que la misma doctrina es aplicable a los Registradores de la Propiedad en relación con la aplicación de la LZID, pues la comprobación de la posible participación mayoritaria de capital extranjero en las sociedades españolas resulta muy difícil, si no imposible, y en cuanto a la determinación de si la posición de los socios extranjeros es de prevalencia, precisa, como hemos dicho, una previa declaración administrativa.

Serán, en definitiva, las listas publicadas por la Dirección General de Transacciones Exteriores, la vigente en virtud de Resolución de 20 de enero de 1984 (*BOE* de 8 de febrero siguiente), las que sirvan de pauta a la hora de exigir, en su caso, la correspondiente autorización militar para las adquisiciones que realicen y dar cumplimiento a lo dispuesto en la Orden ministerial de 21 de octubre de 1983. Todo ello sin perjuicio de la loable práctica seguida por algunos Notarios de exigir, cuando de sociedades de reciente constitución se trate, una declaración expresa a sus representantes de que la sociedad no cuenta con una participación extranjera en su capital superior al 50 por 100. Y con independencia de que en determinados casos, el más claro de los cuales es el de la existencia de aportaciones inmobiliarias que se realicen en el acto constitutivo, pueda

el Registrador al calificar el título que inscribe comprobar la existencia de dicha participación mayoritaria de capital extranjero.

Tampoco se contempla en la Orden, ni en la legislación en que se apoya, el caso de las sociedades en las que la participación de capital extranjero llegue a ser mayoritaria después de haber realizado adquisiciones en la zona de acceso restringido a la propiedad. Aun cuando dicho supuesto pudiera considerarse, por analogía, asimilable al caso de cambio de nacionalidad por parte de españoles, lo cierto es que, al no estar previsto, queda fuera de los supuestos en los que los Registradores de la Propiedad deben dar cumplimiento a las obligaciones que dicha Orden les impone.

Finalmente, y dentro del examen del ámbito de aplicación personal de la Orden, se echa de menos, según tuvimos ocasión de contemplar al examinar los problemas de su aplicación en los casos de adquisiciones de pisos en edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, una norma que regule la forma de hacer el cómputo en los casos de titularidades proindiviso.

No es el momento de entrar a examinar las diversas posturas existentes en orden a determinar la naturaleza jurídica de la comunidad, aunque según nos inclinásemos por una u otra, la solución a este problema sería distinta. En efecto, tanto para la teoría que considera que en tales casos ha de entenderse dividido el derecho sobre la totalidad de la cosa en cuotas, como para la llamada de la propiedad plúrima total, para la que la titularidad de cada comunero recae sobre la totalidad de la cosa, aunque limitado su derecho por la concurrencia de los otros, habría de incluirse en el cómputo y, por tanto, en el Censo, la totalidad de la superficie de la finca o terreno desde el momento en que hubiera un comunero extranjero. Por el contrario, para la teoría que considera que en tales casos cada comunero tiene un derecho exclusivo sobre una cuota ideal de la cosa que habrá de concretarse al disolver la comunidad, la presencia de un comunero extranjero llevaría a computar sólo una parte de la superficie de la finca proporcional a su cuota de participación en la comunidad.

No obstante, entendemos que debe prescindirse de construcciones doctrinales y atenerse exclusivamente a razones de orden práctico. Si cada vez que un extranjero adquiriese una cuota indivisa de una finca se incluyese en el Censo la totalidad de su superficie, correríamos el riesgo de que, en virtud de sucesivas adquisiciones de cuotas, se computase varias veces su superficie total. Y a la inversa, si cada vez que un comunero extranjero transmitiese su cuota a un español, se diese de baja la total superficie de la finca en el Censo, podría ocurrir que transmitiendo aquél su finca por cuotas, se diese de baja su superficie tantas veces como comuneros españoles adquiriesen una cuota.

Por todo ello, parece más lógico, en estos casos, computar sólo una parte de la superficie proporcional a la cuota de titularidad extranjera. Pero, como decimos, falta una norma que expresamente avale esta solución, y en especial, que determine la forma de constatar tales situaciones en la correspondiente ficha, es decir, si en la misma debería incluirse la superficie total e indicar junto a la misma la cuota a que la transmisión se refiere, o si debe ser el Registrador de la Propiedad el que haga la operación aritmética correspondiente y traslade a la ficha sólo la superficie resultante.

EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL

Dispone la misma que:

Los Registradores de la Propiedad, obligados al cumplimiento de lo previsto en la presente Orden ministerial, deberán asimismo, en el plazo máximo de un año, contado desde su entrada en vigor, remitir a las autoridades militares las fichas correspondientes a todos los asientos registrales vigentes que reflejen transmisiones de propiedad o constitución, transmisión o modificación de derechos reales susceptibles de ser incluidos en el Censo.

La norma parece lógica, dado que el Censo, para ser eficaz, ha de ser completo, y el único camino para integrarlo es el de obtener de los Registradores de la Propiedad los datos relativos a las inscripciones de bienes y derechos a favor de extranjeros susceptibles de incluirse en el mismo, datos que han de ser exactos, dado que la inscripción de tales adquisiciones es requisito de validez de las mismas según el artículo 21 de la LZID.

Pero si todo ello resulta lógico, lo que sí cabe plantearse es si es factible.

En el Registro de la Propiedad, la nacionalidad del titular del dominio o derecho real inscrito es un dato que constará en el cuerpo de cada asiento junto con las demás circunstancias personales del titular, aunque no necesariamente. El artículo 51 del Reglamento Hipotecario, tanto en su redacción anterior como en la vigente, al regular las circunstancias personales de los adquirentes y transmitentes que necesariamente han de constar en la inscripción, no incluye la nacionalidad, sino que establece que tal circunstancia habrá de consignarse «si constara en el título». Ciertamente que si el título que se inscribe es una escritura pública, constará

en la misma dicha circunstancia por imponerlo para las mismas el artículo 161 del Reglamento Notarial; pero no son sólo documentos notariales los que pueden provocar una inscripción, sino también documentos judiciales o administrativos en los que la misma puede que no conste.

Por su parte, en los Índices de personas que reglamentariamente han de llevarse en el Registro, tampoco está previsto que se consigne la nacionalidad del titular inscrito. Y si bien, tras la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por Real Decreto 2556/1977, de 27 de agosto, se estableció la obligación de consignar en tal Índice, según el artículo 397, el número de identidad de las personas físicas o el código de identificación de las jurídicas, serán, dado el tiempo transcurrido, pocas las fichas en que tal dato conste, aparte de que, si por un exceso de celo, en el espacio reservado para consignar tal dato se ha hecho constar el número del pasaporte o documento extranjero de identificación de la persona, su presencia poco podrá aclarar sobre la nacionalidad del titular.

Pudiera pensarse, en principio, que la fonética o grafía de los apellidos que consten en los Índices serán un dato de gran valor para deducir la nacionalidad de la persona. Pero la experiencia nos revela con cuánta frecuencia dicho dato es irrelevante a tal fin. Son muchos los españoles cuyos apellidos responden a una fonética o grafía de origen extranjero, y a la inversa, son muchos los extranjeros, en especial nacionales de países iberoamericanos, que ostentan apellidos usuales entre los españoles.

Con todo ello, parece que la única solución fiable, y que parece ser la que insinúa la Orden ministerial, sería la de un examen exhaustivo de la totalidad de las inscripciones existentes en el Registro para determinar, en primer lugar, cuáles están vigentes, y entre ellas, cuáles recogen titularidades en favor de extranjeros. Y tal tarea, a cualquiera que haya echado un vistazo al archivo de un Registro de la Propiedad, se le antojará si no imposible, al menos impracticable, máxime en el plazo de un año. A modo de ejemplo, supongamos un Registro de tipo medio, con más de 100.000 fincas inscritas, cada una de ellas con un promedio de cuatro o cinco inscripciones, en la mayoría de los casos con pases de unos tomos a otros, lo que implicaría la necesidad de examinar más de medio millón de asientos, pues todos ellos han de examinarse para ver si están vigentes. Y a la vez que se procede a dicho examen, ir cumplimentando la correspondiente ficha cada vez que aparezca inscrito a favor de un extranjero un derecho de los sujetos a inclusión en el Censo, y ello, previa comprobación de que la finca correspondiente aparece enmarcada, en el plano que obre en el Registro, dentro de la zona sujeta a las normas limitativas de la LZID. Pues bien, es fácil calcular que una persona de-

dicada con carácter exclusivo a esta tarea, tardaría de dos a tres días en examinar cada tomo y realizar las demás tareas complementarias, lo que supondrían de dos a tres mil días de trabajo. Y si algunos Registros puede que dispongan de una plantilla que les permita dedicar uno de sus miembros a esta tarea, pues dada la índole de la misma no cabe admitir que se pueda encomendar a un profano en la mecánica registral, la mayoría no podrán permitírselo sin desatender el despacho normal de los títulos presentados para su inscripción, para lo que se ha reducido considerablemente el plazo tras la reciente reforma del Reglamento Hipotecario.

Sin embargo, una solución de gran parte del problema podemos encontrarla en la colaboración que puede prestar el fichero de adquisiciones inmobiliarias de extranjeros, creado por Orden del Ministerio de Justicia de 27 de diciembre de 1967, que pasó a denominarse «Índice de adquisiciones inmobiliarias por extranjeros», y que está a cargo, en virtud de la Orden de 8 de julio de 1971, del Jefe y personal del Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Dicho Índice contiene prácticamente la totalidad de los datos que se exigen en la ficha creada por la Orden de 21 de octubre de 1983, y aquellos otros que no consten, tales como el estado civil de transmitente y adquirente, fecha y autoridad concedente de la autorización militar, constarán en las inscripciones obrantes en cada Registro. Pues bien, al estar procesados dichos datos en el ordenador de dicho Registro, si se suministrase a cada Registro de la Propiedad de los obligados por la Orden de 21 de octubre de 1983 un listado de los extranjeros que en los mismos tienen inscrito algún derecho real, posibilitarían que los mismos, previo confrontado de tales listados con los libros del Archivo para completar los datos necesarios, cumplimentaran las fichas que han de remitir a las Capitanías Generales del Ejército de Tierra, y aun así previo expurgo de los derechos no computables en el Censo y de las titularidades sobre fincas situadas fuera de la zona en la que son de aplicación las normas limitativas a la adquisición por parte de extranjeros.

Ello plantea una dificultad que, por otra parte, es general para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Orden ministerial que estudiamos. Dicha Orden parece partir de la base de que con la remisión a los Registros de la Propiedad de los correspondientes planos de los términos municipales situados en las zonas de acceso restringido a la propiedad, con delimitación en los mismos de los perímetros exentos de cómputo, es suficiente para poder dar cabal cumplimiento a las obligaciones que impone. Y ello no es así. Ciertamente cuando se trate de una finca sita en una calle, pago o sitio incluido en su totalidad dentro

de la zona exceptuada el problema puede resolverlo por sí solo el Registrador, pero cuando nos encontremos con pagos o sitios de los que sólo una parte se incluye en tal zona, o el nombre con el que se identifique en el título sea distinto de los que figuren en el plano, sólo una certificación de los servicios técnicos del Ayuntamiento correspondiente puede determinar la concreta inclusión o no de la finca en la zona exenta. Y para ello sería necesario que una copia de los planos que se remitan a los Registros de la Propiedad se remitiese igualmente al Ayuntamiento correspondiente, necesidad ésta que parece que la Orden ministerial no ha tomado en consideración.

Pese a dicha dificultad, los listados del Índice de adquisiciones inmobiliarias por extranjeros son, a nuestro juicio, el elemento más útil para poder dar cumplimiento en un plazo prudencial a la obligación que, como hemos visto, se impone a los Registradores de la Propiedad en la disposición que comentamos. Aun cuando la normativa reguladora de tal Índice establece que el mismo ha de tener un carácter reservado, con fines estadísticos y al servicio exclusivo de la Administración, sería un claro exponente de la coordinación administrativa entre los Ministerios de Justicia, del que depende el Índice, y el de Defensa, del que ha de depender el Censo, el facilitar dicha información.

Con la solución que apuntamos, si bien no se alcanzaría a incluir en el Censo la totalidad de las fincas y derechos reales de que son actualmente titulares las personas físicas y jurídicas extranjeras en las zonas de acceso restringido, dado el tiempo transcurrido, dieciséis años, de funcionamiento del Índice, y habida cuenta de que ha sido en estos últimos años cuando en mayor número han accedido los extranjeros a la propiedad inmobiliaria en España, y que gran parte de los derechos de que fueran titulares con anterioridad habrán sido objeto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, accediendo con ello al citado Índice, podríamos presumir que cerca del 90 por 100 de las titularidades a incluir en el Censo podrían lograrlo.

Para el resto, sólo el trabajo, la entrega, el tiempo y, por qué no decirlo, la fortuna podrán lograr que realmente el Censo llegue a conseguir el fin para el que se ha creado, el de recoger la totalidad de las titularidades extranjeras a computar en el mismo.

MARIANO ALVAREZ PÉREZ

Registrador de la Propiedad
de San Cristóbal de la Laguna

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DANOS CAUSADOS POR UN MENOR: ARTICULO 1.903, PARRAFO 2.º, DEL CODIGO CIVIL. PRESCRIPCION: INTERRUPCION POR MANDATARIO REPRESENTATIVO VERBAL (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—Don Ildefonso C. B. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Elche número dos demanda de mayor cuantía contra don Jesús H. E. sobre reclamación de cantidad, estableciendo, en síntesis, los siguientes hechos: Primero. Que el veinticinco de julio de mil novecientos setenta y seis el hijo de su representado socorrió a los hijos del demandado Santiago y Fernando en un local, bajo el edificio Tahilancia, en Santa Pola, el que se encontraba ardiendo. Segundo. Que el motivo de estar los mencionados hijos dentro del referido local fue el querer ambos poner en marcha un avión-aeromodelismo, los que al no alcanzar la llave de la luz eléctrica, el niño Santiago encendió un mechero de gasolina que llevaba y al acercarse donde estaba el avión se prendió la mezcla de combustibles de éste, y por efecto de la llama dada se prendieron sus ropas como las del hijo de su representado en su intento de socorrerlos cuando quiso apoderarse del avión para arrojarlo a la calle. Tercero. Que se siguieron diligencias previas acordándose el sobreseimiento. Cuarto. Se han originado al hijo de su cliente grave daño corporal y moral, afectándole mucho

el sufrimiento de verse completamente desfigurada la parte más visible de su cuerpo. Quinto. Habiéndose negado el demandado a reparar los daños e indemnizarle de sus perjuicios como padre del autor. Es incomprensible que el demandado se haya negado a pagar los daños, que, como el moral, calculan en la cantidad de un millón y medio de pesetas.

El demandado alegó, en síntesis: la prescripción de la acción; que los hechos no ocurrieron como los relataba la parte demandante; que entraron los dos hijos del demandado y el hijo del actor y no se sabe quién de ellos encendió el mechero. Estima que si tal hecho se originó con la participación de los tres niños, al que más precaución debía exigirse es al mayor de ellos, o sea, al hijo del actor, de quince años. Los demás tenían nueve y cuatro años de edad. El mayor tenía que haber tenido mayor capacidad de reflexión y responsabilidad. Que en el accidente el hijo del demandado también sufrió quemaduras graves; que el accidente ocurrió de manera casual y fortuita, y que la única reclamación que el actor había formulado fue en el acto de conciliación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado al pago de cuatrocientas mil pesetas, sin hacer expresa imposición de costas, sentencia que fue confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Valencia, también sin imposición de costas en la alzada.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Jaime de Castro García, declaró no haber lugar a la casación basado en la siguiente doctrina:

Considerando que al efectuar el relato del suceso en que se basa la pretensión de resarcimiento objeto de controversia, la Sala de instancia afirma de modo categórico que las graves «quemaduras sufridas por el hijo del actor cuando se encontraba con otro del demandado, de nueve años de edad, en el local destinado por su padre (el progenitor del segundo) a guardar trastos y artículos de recreo, entre lo que se encontraba un avión de aeromodelismo, cuya carga de combustible se inflamó al encender un mechero el mencionado niño», tuvieron su causa «en la acción negligente del menor, que sin adoptar las debidas precauciones» provocó la llama «en lugar o circunstancias peligrosas, por lo que se incendió el avión citado, prendiéndose fuego a sus propias ropas y luego en las de su amigo, hijo del actor, sin que el nexo de causalidad entre la acción descuidada y el resultado dañoso, en lo que concierne a éste, pueda entenderse interrumpido porque fuese el mismo perjudicado quien se acercó al artefacto ya incendiado para arrojarlo fuera del local, sufriendo las quemaduras por consecuencia de esta acción, ya que iniciado el fuego por la actividad de una persona, la actuación de otra, dirigida a evitar o disminuir las consecuencias del siniestro aun con riesgo de su integridad corporal, ha de entenderse promovida por el acto culposo inicial y sus efectos quedan comprendidos entre los dimanantes de éste»; descripción fáctica del suceso desnucadante de la situación lesiva, incólume en casación, que lleva a la sentencia recurrida, confirmando la pronunciada en la primera instancia, a subsumir el supuesto debatido en el artículo mil novecientos tres, párrafo segundo, del Código Civil, y, en consecuencia, a condenar al padre del menor a pagar al demandante la cantidad de cuatrocientas mil pesetas.

Considerando que los dos primeros motivos del recurso, íntimamente enlazados, aducen infracción por violación del artículo mil novecientos sesenta y ocho, número segundo, del Código Civil, en relación con el ar-

título mil novecientos dos y párrafo segundo de mil novecientos tres, e interpretación errónea del artículo mil novecientos setenta y tres en relación con la norma inicialmente citada, alegaciones que ampara en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal argumentando, en síntesis, que la acción entablada se hallaba prescrita al tiempo de formulación de la demanda por no haber sido interpuesta ésta dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, tal como exige el artículo cuatrocientos setenta y nueve de la Ley Rituaria para conferirle efecto interruptivo de la prescripción, 'tampoco logrado por las reclamaciones extrajudiciales, consistentes en conversaciones de los Letrados de las partes para alcanzar una solución pacífica al conflicto; impugnación que no puede prosperar por las siguientes razones: Primera. Según aparece de las diligencias previas número quinientos sesenta y siete de mil novecientos setenta y seis, tramitadas por el Juzgado de Instrucción número uno de Elche, el sobreseimiento y archivo de las actuaciones fueron acordados sin haberse obtenido la sanidad del lesionado y el alta definitiva, y en el proceso actual obran antecedentes demostrativos (folios cuarenta a cincuenta y uno) de que el hijo del actor seguía recibiendo asistencia médica el doce de septiembre de mil novecientos setenta y siete e incluso hubo de practicársele un injerto «que ocupa toda la cara anterior del cuello» (dictamen facultativo recabado para mejor proveer), por lo que es manifiesto que el alta y la sanidad —muy posteriores a la terminación del proceso penal— no consta que hayan tenido lugar con la antelación de más de un año a la fecha de presentación del escrito instaurador del juicio —seis de octubre de mil novecientos setenta y ocho—, debiendo ser recordada la doctrina jurisprudencial respecto a que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones para exigir el correspondiente resarcimiento por culpa aquiliana ha de contarse, cuando de lesiones se trata, tomando como *dies a quo* el momento en que se conozcan de modo cierto los quebrantos ocasionados por aquéllas a los fines de lograr la pertinente indemnización, que habrá de ser referido a la fecha en que el lesionado obtenga el alta médica definitiva (Sentencias de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y dos, dieciséis de junio de mil novecientos setenta y cinco y diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y uno). Segunda. La sentencia recurrida no desconoce las repetidas resoluciones jurisprudenciales —con la que, ciertamente, están en desacuerdo autorizadas voces de la doctrina científica— sobre la aplicación del artículo cuatrocientos setenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la prescripción extintiva y por lo tanto a la de las acciones derivadas de culpa extracontractual, ni atribuye significado interruptivo al acto de conciliación de seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, sino que afirma categóricamente la existencia de conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes en la misma fecha del acto mencionado, así como «contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad» animados de igual designio, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho. Tercera. Una petición de esta índole, en cuanto acto volitivo de reclamación a la persona obligada, según palabras de la Sentencia de seis de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, existirá siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados,

pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia aunque sea verbal, según han declarado las Sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve y diez de octubre de mil novecientos setenta y dos, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisen como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del Letrado del actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente y en beneficio de éste, cerca del que llevaba la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa en la cifra del pretendido resarcimiento.

Considerando que el motivo tercero del recurso, basado igualmente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia aplicación indebida del párrafo segundo del artículo mil novecientos tres del Código Civil, en relación con el artículo mil novecientos dos del mismo Código, que se entiende cometida, ya que aisladamente ponderada, «la conducta del niño de nueve años que enciende un mechero no se la puede considerar como culposa, porque dada la corta edad del autor y la natural ignorancia del peligro de que pudiera representar tal acto, falta el elemento de la culpa»; tesis inaceptable, pues como ya señaló esta Sala en Sentencia de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta, la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiando o in vigilando* que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del precepto, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo «una rigurosa prueba de la diligencia empleada» atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto (Sentencias de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, tres de octubre de mil novecientos sesenta y uno, once de marzo de mil novecientos setenta y uno, diez de mayo de mil novecientos setenta y dos y catorce de abril de mil novecientos setenta y siete), lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o autor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento, y tampoco puede construirse una hipótesis de concurrencia culposa por la circunstancia de que el otro menor «permitiese» al hijo del recurrente encender el mechero, según el motivo sostiene, pues además de que se está ante un caso que cae en la órbita del artículo mil novecientos tres y no en la del mil novecientos dos, no hay dato alguno en la sentencia combatida que permita deducir que el hijo del recurrido autorizase con sus palabras o actitud a su compañero de juegos, y menos le estimulase, para accionar el encen-

dedor, cuestión, por otra parte, que en los términos en que ha sido planteada en el recurso aparece como nueva en la casación, contraviniendo lo ordenado en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley Titularia.

NOTA.—Recoge esta sentencia la doctrina de nuestro Derecho positivo, lo mismo en lo referente a la responsabilidad del padre por perjuicios causados por hijos menores que vivan en su compañía que en lo que respecta a la interrupción de la prescripción por mandatario verbal. Jaime SANTOS BRIZ, en *La responsabilidad civil* (Ed. Montecorvo, S. A., 1977, página 367), escribe: «Por lo demás, tratándose de menores, el precepto citado del artículo 1.903 exige que convivan con su padre o tutor, sin que sea suficiente para exculpar a éstos la alegación de que el menor estaba solo porque su padre tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque como dice la Sentencia de la Sala Primera de 29 de diciembre de 1962, esto ocurre actualmente a casi todos los padres, y si se estimase esta tesis se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por menores de edad. La misma sentencia considera, a efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como jurisdicción penal especial a la de los Tribunales de Menores en cuanto a la prevalencia de ésta sobre la civil». Y en la página 844 cita las Sentencias de 22 de diciembre de 1950, 31 de marzo de 1951, 15 de diciembre de 1955 y 18 de enero de 1968 como sustentadoras de la doctrina comprensiva de que interrumpe la prescripción el escrito dirigido al mandatario verbal del perjudicado o la reclamación extrajudicial también de un mandatario verbal del dañado.

V. SUCESIONES

FIDEICOMISO DE RESIDUO. NO ES PROCEDENTE LA APLICACION DEL ARTICULO 801 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1983).

Hechos.—Como resume el primer considerando de la sentencia, el único tema debatido en el pleito, que es también al que únicamente se contrae el recurso, es el relativo a la interpretación de un testamento abierto otorgado el 21 de mayo de 1971 por la que fue esposa del actual recurrido (fallecida el 19 de julio de 1971), de cuyo matrimonio no hubo descendencia, diciéndose en la cláusula tercera que «reconoce y confirma a favor de sus padres la porción legítima que por ley les corresponda», y añadiéndose en el referido testamento, cláusula cuarta, que «instituye heredero universal a su querido esposo Antonio, el cual podrá *disponer libremente* de los bienes por actos inter vivos en el caso de haber *agotado por necesidad los privativos del mismo*, siendo *sustituido* en cuanto al *patrimonio de que no hubiera dispuesto* con arreglo a la norma anterior por los sobrinos carnales de la testadora, don Emilio y doña Iluminada, los cuales, a su vez, serán sustituidos, en caso de premoriencia, por sus descendientes legítimos». Los demandantes interpretaron esta última en el sentido de que comprendía dos puntos, de los que en realidad uno es determinante del otro: en primer lugar sostienen que se trata de una situación vulgar, de las del artículo 774 del Código, pues se instituye un segundo heredero para el

caso de que el primero no llegue a serlo, lo que como tal implica una institución condicional de naturaleza suspensiva, pues depende de un hecho futuro e incierto cual es el de que el primer instituido no pueda o no quiera aceptar; y en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que debe determinarse la entidad, clase y naturaleza o carácter de los bienes relictos al fallecimiento de la testadora, así como los correspondientes a la misma de carácter privativo y su cuota de participación en los de naturaleza ganancial, y que se establezca sobre todos ellos una administración en la forma determinada en el artículo 801 del Código Civil.

Los actores demandaron al viudo de la testadora con la pretensión de que prevaleciera dicha interpretación. El demandado se opuso y suplicó la absolución y declaración de que la disposición testamentaria recoge una sustitución fideicomisaria de residuo. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria y declaró el carácter de sustitución fideicomisaria de residuo de la cláusula cuarta referida, sin expresa condena en costas, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Beltrán de Heredia y Castaño, declaró no haber lugar al recurso de casación fundamentado en lo siguiente:

No puede decirse que exista una sustitución vulgar porque ésta, según el artículo setecientos setenta y cuatro, requiere la facultad de sustituir al heredero instituido para el caso de premoriencia o cuando no quiera o no pueda aceptar la herencia, mientras que en el caso que se examina existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no «en lugar de», sino «después de», encajable con sus propias características en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario (heredero) no tiene obligación de conservar, puesto que está expresamente autorizado para *disponer libremente* de los bienes por acto intervivos en el caso de haber agotado por necesidad los suyos privativos, por lo que los fideicomisarios (sustitutos) no tienen derecho a la totalidad de la herencia, sino solamente a aquello que quede, de quedar algo, si se hace uso de la facultad de disposición concedida por la testadora. Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o *fideicomiso de residuo*, supuesto que permite el artículo setecientos ochenta y tres en su párrafo segundo, donde, después de establecer que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras», añade, «*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*», que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de «fideicomiso de si queda» o de «si aliquid supererit», a la manera contemplada en la Sentencia de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo setecientos noventa, que, consiguientemente, no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son *ciertos* desde la muerte del testador, ya que a nada están condicionados como tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único *incierto* es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso «de eo quod supererit», que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único, que es justo lo que indujo a la jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple *expec-*

tativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar (Sentencias de diez de julio de mil novecientos cuarenta y siete, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, diez de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y dos, entre otras); razones todas por las que este motivo tiene que desestimarse.

Considerando que al segundo de los puntos al principio enunciados se dedica el asimismo segundo motivo, en el que por la vía del número tres del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación por no aplicación del trescientos cincuenta y nueve de la misma por entender que la sentencia recurrida no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, olvidando la constante y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que no puede tacharse de incongruente a la sentencia absolutoria como es la que ahora se impugna, pues la de primer grado —que la recurrida se limita a confirmar— desestima íntegramente la demanda y absuelve al demandado «de las pretensiones deducidas contra el mismo», entre las que, por supuesto, se encuentra la que menciona el recurso relativa a que «se determine la entidad, clase y naturaleza o carácter de los bienes relictos al fallecimiento de la testadora, así como los correspondientes a la misma con carácter privativo y su cuota de participación en los de naturaleza ganancial», petición que se transcribe incompleta, pues se silencia lo que allí sigue que es, «...y que establezca sobre todos ellos una administración en la forma determinada en la ley», que es la contenida en el artículo ochocientos uno del Código Civil, según precisa el punto segundo de los fundamentos de derecho de la misma demanda, cuya desestimación en concreto, en contra de lo que dice el recurrente, aparece razonada en las sentencias de instancia, pues en el considerando cuarto de la del Juzgado se declara que «no puede acordarse medida alguna asegurativa e interventora en cuanto a los bienes relictos, ya que su único titular es el demandado, único heredero en la actualidad»; y a su vez en el considerado tercero, de los de la Audiencia, se afirma que «al no tratarse de una institución sujeta a condición suspensiva no pueden decretarse las medidas cautelares pedidas por la parte actora, al amparo del artículo ochocientos uno del Código Civil»; razones, las expuestas, que justifican la desestimación del motivo, que supone la del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a las costas acusadas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

B. M. B.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—PARA EVITAR EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO SE HAN DE CONSIGNAR SIMULTANEAMENTE LAS RENTAS DEBIDAS, SUS INTERESES LEGALES Y LAS COSTAS, SIN QUE QUEPA SEPARACION EN EL TIEMPO ENTRE UNAS Y OTRAS (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1981).

La propietaria reclama el desahucio por falta de pago de la finca arrendada al subarrendatario que se convirtió en arrendatario y que no ha pagado las rentas de 1975 a 1978 ante el Juzgado número 1 de Tarragona, que lo admitió, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión es estimado. La sentencia de instancia dio un fallo condicional, declarando haber lugar al desahucio y desalojo de la finca por el arrendatario, a no ser que en término de ocho días, a contar desde la notificación de la sentencia, consignase el arrendatario los intereses legales de la cantidad reclamada, así como el importe de las costas del procedimiento, en cuyo caso se estimaría enervado el desahucio. El artículo 29 del Reglamento de 1959 dice que cuando el desahucio se funde en falta de pago el colono puede evitarlo, consignando dentro de los ocho días, junto con las rentas, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación, por lo que se excluye toda separación en el tiempo en cuanto a la consignación de las partidas correspondientes a la renta, intereses y costas, los cuales han de consignarse antes de la citación, a juicio del arrendatario, si se quiere evitar el desahucio, sin que quepa otra posibilidad interpretativa, de acuerdo con el artículo 3.º del Código, en atención a los términos claros de la misma e incluso a su finalidad, que es la de exigir al arrendatario el cumplimiento completo de su obligación, en la que los intereses y costas son accesorios pero legalmente exigibles, evitándose la prosecución del juicio. La Sala de instancia aplica el artículo 54 del Reglamento, que se refiere a la cuantía de la renta, y por ello únicamente se exige su consignación y no la de intereses y costas. En consecuencia, se anula el fallo anterior y, cumpliéndose los supuestos en los que la actora funda su acción, procede dictar nuevo fallo en obediencia a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento, en relación con los artículos 1.589 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando el desahucio incondicional del arrendatario.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—SI SE PACTA QUE EL ARRENDATARIO PAGUE LOS IMPUESTOS QUE GRAVEN LA EXPLOTACION, SU PAGO SE HA DE HACER AL MISMO TIEMPO QUE EL DE LA RENTA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1981).

En el contrato de 1974 se pactó que los arrendatarios satisfacerían los impuestos que gravan la explotación de las fincas sin que los hubiesen abonado, por lo que, resultando infructuosos los requerimientos amistosos, se formuló demanda en reclamación del pago de los impuestos y de

la Seguridad Social Agraria ante el Juzgado número 4 de Sevilla, que la aceptó, confirmando la Audiencia parcialmente la anterior sentencia.

No tiene éxito la revisión. No es necesaria la notificación de la cantidad a pagar porque ello es necesario cuando se trate de incrementos de renta cuya repercusión autorizan las disposiciones legales, pero no cuando se esté en presencia de expresa estipulación contractual por la que los arrendatarios se obligaron a pagar los impuestos que graven la explotación, cuyo pago se habría de hacer simultáneamente con la renta y en el domicilio de los arrendadores con la única exigencia de justificación por parte de aquéllos de haber hecho el abono reclamado, ya que en estos pagos rige el principio de autonomía de la voluntad. Tampoco puede alegarse prescripción, ya que no tratándose de prestaciones que deban hacerse por años u otros plazos más breves, sino de cantidades que han de ser reintegradas por completo, se trata de una acción personal sometida al artículo 1.964 del Código Civil, es decir, un plazo de quince años, que ha sido debidamente aplicado por el Tribunal. Aunque el Reglamento reconoce como obligación del arrendador la de satisfacer los gravámenes, contribuciones e impuestos que recaigan sobre la propiedad de la finca, se refiere al caso en que no haya pacto especial que los imponga al arrendatario, como ocurre en este caso concreto, en el que no es aplicable aquel precepto.

DESAHUCIO.—EL EJERCICIO DE LA ACCION DE RETRACTO POR EL ARRENDATARIO NO JUSTIFICA LA PROLONGACION DE SU POSESION, NO OBSTANTE EL COMPROMISO DE DESALOJAR LA FINCA, YA QUE PARA EL EJERCICIO DE AQUEL DERECHO BASTA QUE EL ARRENDATARIO LO FUESE EN EL MOMENTO DE EFECTUARSE LA TRANSMISION DE LA FINCA ARRENDADA (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1981).

En 1977 se compró una finca en la que se aseguró sólo existía un precarista. Este, alegando ser arrendatario, entabló juicio de retracto al tener conocimiento de la venta, sin que hubiera recaído sentencia en él cuando se inició el de desahucio ante el Juzgado de Distrito de Tarazona, que fue adverso para el propietario, por entender el Juez que había un precio pagado en los años anteriores, de lo que se deducía que no existía precario. Entonces se entabla el desahucio arrendaticio ante el Juzgado de 1.ª Instancia de la misma población, con base en el documento privado de 31 de marzo de 1977, el cual estimó la excepción de litis pendencia opuesto por el demandado, sin entrar a conocer el fondo de la misma. La apelación es admitida y se declara el lanzamiento del arrendatario.

El recurso de revisión es desestimado. En el documento de 1977 se asumió la obligación de desalojar la finca el 20 de diciembre de este año, pero esta obligación no significa que a partir del 31 de marzo de 1977 el demandado dejare de ser arrendatario y, por tanto, no lo fuera en 11 de junio de 1977, al otorgarse la escritura de venta, no siendo admitido tampoco que lo referente a la fecha de desalojo de la finca fuera firmado por el demandado cuando tal mención no se encontraba consignada. No puede admitirse la excepción de la litis pendencia, ya que si el derecho de retracto es de naturaleza real, no cabe identificarlo con el derecho de dominio, ya que éste recae directa e inmediatamente sobre la cosa y sus productos

y aquél es de los llamados derechos reales de adquisición y no alcanza plenos efectos hasta que por sentencia firme no se opere la modificación jurídica, como se ve en el artículo 1.521 del Código Civil. No existe perfecta identidad entre el juicio de retracto y las que se actúan en el presente litigio, ya que, en tanto no recaiga sentencia en el juicio de retracto, puede el actual propietario pedir el cumplimiento del compromiso de desalojar la finca en 20 de diciembre de 1977, así como que le indemnicen por los perjuicios que su incumplimiento significa, y ello aun admitiendo su cualidad de arrendatario en la fecha en que se operó la transmisión por los anteriores propietarios, no existiendo el riesgo de que recaigan resoluciones contradictorias en relación a temas en que la relación o causa de pedir son distintos, como distintas son las consecuencias. Cabe la renuncia del arrendatario a su derecho a una duración mínima, ya que lo que prohíbe la ley es la renuncia anticipada de tal derecho. El ejercicio por el demandado de la acción de retracto no justifica la prolongación de la posesión arrendaticia, no obstante el compromiso de desalojo de la finca, ya que la prosperabilidad de la acción de retracto no la condiciona el hecho de que en la fecha de su ejercicio no ostente la cualidad de arrendatario, sino la circunstancia de que lo fuera en el momento en que se operó la transmisión.

RETRACTO.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO PRUEBAN NADA CONTRA LA ESCRITURA DE VENTA Y LA NOTIFICACION POSTERIOR A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA DE CONCILIACION POR EL RECURRENTE PARA PEDIR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1981).

El arrendatario, enterado por el edicto publicado en el Ayuntamiento de que habían sido vendidas las fincas arrendadas, ejercita la acción de retracto ante el Juzgado de Betanzos, que dio razón al demandante, pero la Audiencia de La Coruña revocó la anterior resolución.

El recurso de revisión se funda en el error de hecho, consistente en no admitir documentos como el recibo del pago de la renta de 1975 y el documento de notificación de las ventas al colono, y por el error de derecho, consistente en no dar a estos documentos el valor que les corresponde, pero se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que los dos documentos que se alegan han sido examinados y ponderados por la Sala de instancia y compulsados con el resto de la prueba practicada, no habiéndoles dado valor por la concurrencia de otras circunstancias, como son las escrituras de venta y la notificación hecha más de un mes posterior a la presentación de la demanda de conciliación por parte del recurrente, procediendo estimar más justa la apreciación de la Sala que la particular del recurrente.

RETRACTO.—NO SE ADMITE YA QUE NO EXISTE VERDADERO ARRENDAMIENTO NI LA FINCA TIENE CARACTER RUSTICO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1981).

El poseedor de la finca vendida, que es citado de conciliación para su desalojo, alega que es arrendatario de la finca desde veinte años atrás, por lo que entabla el retracto ante el Juzgado número 1 de Murcia, excluyendo de la acción una casa sita dentro de la finca. Tanto el Juzgado como la Audiencia de Albacete rechazan la demanda, negando el carácter de arrendatario del retrayente.

Tampoco triunfa el recurso de revisión. Tanto en este litigio como en otro anterior de desahucio se ha sentado la inexistencia del arrendamiento en que el recurrente insiste. También ha quedado claro en los informes periciales que el inmueble en cuestión tiene por su situación y circunstancias un valor en venta superior en más de veinte veces el que correspondería a tierras de cultivo, lo que, unido a la situación de la parcela en las inmediaciones de San Javier, obliga a concluir la corrección de las sentencias anteriores. Desestimada la existencia de arrendamiento y la naturaleza rústica de la finca vendida, no se puede admitir la existencia del retracto pretendido.

DESAHUCIO.—LA FALTA DE PODER DEL HIJO DEL ARRENDADOR QUE HIZO EL REQUERIMIENTO NOTARIAL ES CUESTION NUEVA NO ALEGADA EN LAS INSTANCIAS (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1981).

Ante el Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera se presenta demanda de desahucio por no haber entregado el arrendatario la finca al término del contrato, no habiendo pagado las rentas de los dos últimos años. Tanto el Juzgado como la Audiencia dieron la razón al actor.

No prospera la revisión. El único motivo se funda en la inaplicación del artículo 9.º del Reglamento de 1959 sobre duración del arrendamiento, diciendo el recurrente que existía prórroga contractual por no haber previo requerimiento al arrendatario, deduciéndolo de la falta de poder del hijo del arrendador que formuló el requerimiento notarial, pero esto es una cuestión nueva, de la que no se hizo mención en las instancias anteriores, lo que determina la inadmisión del recurso.

DESAHUCIO.—SIENDO PERFECTO EL REQUERIMIENTO HECHO POR LOS PROPIETARIOS DENTRO DE PLAZO, TIENE QUE SURTIR EFECTO CONFORME AL REGLAMENTO DE 1959 PARA EL DESAHUCIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1982).

Ante el Juzgado número 1 de Cáceres se presenta demanda de desahucio de unos arrendatarios que, pasado el plazo de seis años, no abandonan las fincas, a pesar del requerimiento notarial en el que los dueños se comprometían al cultivo directo de las mismas por un plazo no inferior a los seis años. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo mantiene la misma tesis. Los nuevos propietarios

comunicaron a los arrendatarios su título de dominio y ello era suficiente para la validez del requerimiento efectuado. El cobro de las rentas por el anterior propietario sólo significaba una gestión de cobro. Perfecto el requerimiento y hecho dentro de plazo, tiene que surtir los efectos pertinentes del artículo 11, números 1.º y 3.º, del Reglamento de 1959. Válido este requerimiento, es inoperante el realizado por los arrendatarios a los propietarios para la prórroga del contrato. En el requerimiento de los actores efectuado en los actos de conciliación, no se concedía una prórroga, sino que diferían la toma de posesión al año siguiente, estimando, con error, que a ello les obligaba una disposición legal.

RESOLUCION.—EL INFORME DE UN PERITO HECHO ANTES DEL PLEITO TIENE EL CARACTER DE PRUEBA DOCUMENTAL Y NO PERICIAL, PERO SURTE TODOS SUS EFECTOS COMO TAL DOCUMENTO (SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1982).

Se dio en arrendamiento una finca por un año, y pasado éste, el arrendatario comunicó la decisión de dar por resuelto el arrendamiento, dejando incultivada la finca, por lo que se demanda la indemnización de daños y perjuicios ante el Juzgado de Lucena, así como que se declare resuelto el contrato. El Juzgado estimó la demanda parcialmente, declarando resuelto el contrato por acuerdo de las partes y no haber lugar a la indemnización solicitada por el actor y sí, en cambio, al abono de daños causados en la finca, lo que confirmó la Audiencia.

No ha lugar al recurso de revisión. Se dice que los daños causados se basan en el informe emitido por un perito agrícola extrajudicialmente, por lo que no reviste el carácter de prueba pericial, pero sí, efectivamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que los peritos han de nombrarse por acuerdo o por la suerte, pudiendo ambas partes concurrir al acto del reconocimiento pericial y hacer las observaciones oportunas para esclarecer los hechos, nada de ello es viable si la intervención del perito es anterior al juicio y se refleja en un documento que es ratificado luego a presencia judicial, razones por las cuales no se puede reconocer tal carácter, sino el de prueba documental al certificado circunstanciado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE POR DAÑOS DOLOSOS CAUSADOS AL PROPIETARIO, SIN QUE QUEPA REVISAR LA SENTENCIA QUE ASI LO DECLARA, POR LOS REQUERIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA QUE REPARE LOS DESAGUES CUYA OBSTRUCCION HABIA PROVOCADO EL DEMANDADO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1981).

Ante el Juzgado número 4 de Madrid se presenta demanda de resolución del arrendamiento por obras in consentidas y daños maliciosos —obstrucción en los desagües— efectuados en el local de negocio arrendado.

El Juzgado desestima la demanda diciendo que no ha podido probarse la intervención del demandado en la obstrucción de los desagües. La Sala de lo Civil de la Audiencia estimó que el taponamiento de los desagües había sido voluntario, en perjuicio del arrendador, por lo que lo declara incurso en la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Siendo firme la sentencia y no procediendo la casación dada la cuantía de la renta, se interpuso recurso extraordinario de revisión con base en que después de dictada la resolución de la Audiencia, el Ayuntamiento de Madrid requirió con fecha 20 de julio de 1979 al propietario para que reparase la red de desagüe del inmueble, y en 21 de agosto la misma Corporación comunicó la imposición de una multa por no haber realizado las obras ordenadas. La sentencia condenó al demandado a desalojar el local por haber causado daños dolosos en el mismo, habiéndose probado que el recurrente tuvo conocimiento de la denuncia presentada por la Comunidad de Propietarios de la finca colindante con anterioridad a la sentencia que se trata de revisar, estando probada la reiterada negativa del recurrente a dar acceso al local para reparar las tuberías averiadas por su actuación dolosa, así como que una vez lanzado del local han cesado las humedades. Los propuestos documentos recobrados después de la sentencia firme no tienen el carácter de tales, pues la resolución recaída en un expediente administrativo iniciado con anterioridad a ser dictada la sentencia que se impugna, no puede calificarse de documento recobrado en el sentido del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni puede hablarse de fuerza mayor que impida conocer este documento, la resolución de un expediente administrativo cuando éste conocía los hechos originadores del expediente. Este expediente en nada desvirtúa los fundamentos de la sentencia impugnada para decretar el desahucio por daños dolosos en la finca, por lo que no son documentos decisorios a los efectos del citado precepto, sin que tampoco exista maquinación fraudulenta, que ha de referirse a hechos ocurridos fuera del pleito y no a pruebas en él practicadas.

RESOLUCION DE CONTRATO.—EL ARRENDAMIENTO ES DE INDUSTRIA, EXCLUIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. LA PRORROGA TACITA ES POR EL PLAZO SEÑALADO EN EL ARTICULO 1.581 DEL CODIGO CIVIL Y NO POR EL FIJADO COMO DURACION DEL MISMO EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1981).

Se promueve ante el Juzgado de Azpeitia demanda de resolución del arrendamiento, conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, por obras que modificaban la configuración de la finca arrendada, desestimando en su integridad la demanda por inadecuación del procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto; pero la Audiencia la revocó en parte, absolviendo al demandado y declarando que el contrato es de arrendamiento de industria, constituyendo la pluralidad de objetos o bienes que lo integran una unidad contractual. Después se entabla demanda de resolución por expiración del plazo ante el mismo Juzgado, que desestimó la nueva demanda; pero la Audiencia de Pamplona la revocó, condenando al demandado a dejar libre la bodega, planta baja, patio, sidrería y piso primero de la

casa que ocupaba, es decir, todo lo que constituye el objeto del arrendamiento.

El recurso de casación no prospera. La afirmación de la Sala de que el contrato es un arrendamiento de industria no se basa en la literalidad de los términos del mismo, sino que lo hace con fundamento en un conjunto de elementos de prueba, pues el objeto arrendado es un conjunto de elementos coordinados y unidos para desarrollar inmediatamente la industria de bar-sidrería, como lo denota la preexistencia del negocio arrendado, la entrega de elementos suficientes para su desenvolvimiento, su explotación anterior por el propietario cedente y la vida propia de la unidad patrimonial. Hay que tener en cuenta que esta calificación de arrendamiento de industria ya fue hecha por el Juez de instancia en el primer pleito y fue básica para rechazar la demanda por inadecuación de procedimiento, y que el recurrente se aquietó ante esta resolución siéndole perjudicial la calificación que excluía el contrato de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si esta sentencia no produce excepción de cosa juzgada dada la distinta causa de pedir, sí que la produce por lo que a la calificación contractual se refiere. La circunstancia de haberse subrogado el demandado en los derechos arrendaticios que a su padre, como titular, correspondían, no es suficiente a calificar por este simple hecho cuál sea la naturaleza del arrendamiento, ya que el hecho de que la Ley de Arrendamientos Urbanos establezca este derecho de subrogación con carácter obligatorio para el arrendador, no impide que en los arrendamientos excluidos de aquélla puedan aceptarlo y convenirlo voluntariamente los interesados. La prórroga tácita del contrato ha de entenderse por el plazo señalado en el artículo 1.581 del Código y no por el de nueve años que señala el recurrente, según unánime y reiterada jurisprudencia, que determina que esta prórroga sea por esos plazos y no por el estipulado en el contrato originario de la reconducción, ya que el contrato que renace sólo varía con relación al primitivo respecto al tiempo, que lo es el del citado artículo 1.581.

DECLARACIONES.—SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y COMO TAL EXCLUIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, POR LO QUE NO ES ADECUADO EL PROCEDIMIENTO EMPLEADO (SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1982).

El arrendador de la planta baja de un edificio, dedicada a sala de fiestas y cafetería, pidió el corte de energía eléctrica, cuyo suministro era común para el arrendatario y para el dueño. El arrendatario pidió, en demanda dirigida al Juzgado de Mieres, que el propietario ejecute las obras necesarias para instalar los servicios de energía eléctrica de los locales arrendados, y si no realizase tales obras, puedan ser efectuadas por el arrendatario con derecho a repercutir el importe de las mismas al arrendador. El Juzgado estimó la demanda íntegramente, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior, declarando inadecuado el procedimiento seguido.

No triunfa el recurso de casación. Para determinar la naturaleza del contrato hay que conjugar el examen del documento con el de las restantes pruebas, estimando la Sala que el contrato es un arrendamiento de industria y, por tanto, inadecuado el procedimiento escogido por los re-

currentes para ejercitar su acción. El apartado 2.º del artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que considera la locación como de local de negocio, no es de aplicación cuando el arrendamiento lo fuere de industria, y la sentencia impugnada sienta que se trata de un arrendamiento de industria, sin que esta afirmación haya sido impugnada por la vía procedente, habiendo de permanecer incólume, por consiguiente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE LA SUBROGACION HECHA POR EL ESTADO, AL AMPARO DE LA LEY DE REFORMA POLITICA DE 1977, SIN AUTORIZACION EXPRESA DEL ARRENDADOR. TAMPOCO PROCEDE LA INDEMNIZACION PEDIDA POR EL PROPIETARIO POR FALTA DE RECLAMACION PREVIA EN VIA GUBERNATIVA (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1982).

Se incoa demanda ante el Juzgado número 1 de Valladolid pidiendo la declaración de que el Ministerio de Cultura y el Instituto de la Juventud no son arrendatarios de los pisos que ocupan en una casa arrendada en 1940 a la Jefatura Provincial de FET y de las JONS, condenando a entregarlos a la actora con el abono de los daños y perjuicios. El Juzgado desestimó la excepción propuesta por el Abogado del Estado de falta de reclamación previa en vía gubernativa y también la demanda, absolviendo al Estado español y al Instituto de la Juventud de las pretensiones contra ellos formuladas. La Audiencia declara extinguido el arrendamiento, absolviendo a los demandados del resto de las peticiones.

El recurso de casación del Abogado del Estado no prosperó. Al extinguirse el Movimiento Nacional por la Ley de Reforma Política de 1977, la Administración del Estado pasó a ocupar estos departamentos sin que para ello constase el consentimiento de la demandante, titular dominical del inmueble, por lo que la Sala estimó que ni el Estado ni el Instituto de la Juventud eran arrendatarios, sin acoger la reclamación del abono de las rentas que se hubieran podido producir desde el 8 de febrero de 1979 hasta el día en que sean entregados. Al decir el Real Decreto-ley de 1 de abril de 1977 que los fondos, derechos y obligaciones de contenido económico, cuya titularidad correspondía al Movimiento Nacional, se integrarían en la Hacienda Pública, no determina que los vínculos arrendaticios puedan ser adscritos a la Administración para ser ocupados por otros organismos estatales, sin contar con la voluntad del propietario arrendador, según los requisitos de la legislación arrendaticia. Por otra parte, tal consentimiento no puede ser exigido cuando la personalidad del arrendatario ha sido eliminada de la vida real por decisión del Estado, ya que, como indicó la Sentencia de 3 de diciembre de 1971, un organismo que ha dejado de existir no puede llevar a cabo la cesión en la forma requerida por la ley. Si no puede producirse la subrogación en el vínculo jurídico arrendaticio pretendido por la Administración, no puede reconocerse en favor de ésta titularidad arrendaticia alguna. Los artículos 59 y 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exigen la existencia de cónyuge, descendientes o herederos, sin que quepa su aplicación analógica en este caso, porque aquí no hay este aspecto personal que hace que la ley conceda la subrogación a personas que por su relación con el arrendatario son merecedoras de continuar la personalidad del mismo.

En cuanto al recurso de la actora, la indemnización de daños y perjuicios solicitada no es procedente, porque es requisito esencial en toda demanda contra el Estado que previamente éste conozca y decida en vía administrativa el fundamento de la acción que judicialmente se intenta promover, por lo que, a falta de acto de conciliación, se exige la reclamación previa en vía gubernativa antes de entablar demanda contra el Estado, excepción contenida en el número 7.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha de ser íntegramente recogida en este supuesto, como pretende la representación del Estado.

C. R. R.

FAMILIA

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: *la adquisición por mujer casada de la nacionalidad de su marido; prueba de la nacionalidad; la ley extranjera como hecho en casación.—PUNTO DE CONEXION EN LAS RELACIONES ENTRE CONYUGES: ESTATUTO PERSONAL Y LEY NACIONAL DEL MARIDO; efectos y orden público español.—SUSTITUCION DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEX FORI: justa causa de separación ex artículo 105, 2.º, del Código Civil: KRAEMER c. PETERS (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1974).*

Antecedentes.—I. La DEMANDA se basaba en los hechos siguientes:

1) La colonia alemana de en España socorría con ropas y alimentos a varios soldados alemanes que pasaron la frontera franco-española sin documentación (todo ello en fecha indeterminada en la sentencia, pero *presumiblemente* después de 1945). Uno de tales soldados era el demandado, a quien la actora conoció en la cárcel. Conseguida la libertad, ambos mantuvieron relaciones normales y quedaron prometidos al partir él hacia Irlanda.

2) En 28 de febrero de 1949 ambos se casaron civilmente en Irlanda, de cuyo matrimonio nacieron dos hijos.

3) En 1954, el matrimonio y sus hijos regresaron a España, donde el marido colaboraba en el trabajo del padre de su esposa. Al poco tiempo comenzaron las desavenencias conyugales (en opinión de la *actora*, por causa del carácter dominante y violento del esposo demandado; según el *demandado*, por culpa de la esposa y de la excesiva influencia de la familia de ésta).

4) Al parecer, y de la prueba *documental* practicada, correspondiente a la partida de nacimiento del marido, *aparece* un matrimonio de éste celebrado el 4 de abril de 1942, pero *no aparece* el contraído con la actora.

La actora alegaba ser de *nacionalidad española*, y finaliza su demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia: decretando la separación de los cónyuges litigantes, ordenando que los dos hijos del matrimonio sean puestos, en tanto sean menores de edad, bajo la potestad de la madre —a quien se declare cónyuge inocente—, declarando que el demandado —como cónyuge culpable— pierda lo que hubiera sido dado por la actora y conserve todo cuanto hubiera recibido del demandado, ordenando la separación de

los bienes de la sociedad conyugal —que se lleve a cabo en período de ejecución de sentencia—, así como la fijación de los alimentos que el demandado debe prestar a su esposa, con la adopción de las medidas cautelares necesarias para que puedan cumplirse dichas disposiciones, y condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas del juicio.

II. El Ministerio Fiscal *contestó* a la demanda, negando los hechos en que se basaba por no constarle su autenticidad y suplicando se dictase sentencia declarando no haber lugar a la misma.

El demandado *contestó* a la demanda, negando los hechos antes expuestos bajo números 1 y 2. Terminaba con la *súplica* de que se dictase sentencia no dando lugar a la separación matrimonial solicitada por la actora, considerando al demandado inocente de los hechos que se le imputan en la demanda, acordando que los hijos del matrimonio continúen bajo la patria potestad del padre y no dando lugar a la separación de bienes matrimoniales ni a la adopción de medidas cautelares, con imposición a la actora del pago de las costas.

III. EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia el 1 de abril de 1972, argumentando en sus CONSIDERANDOS: «*que debe reconocerse al demandado la nacionalidad alemana, declaración que implica la de que asimismo su esposa —demandante en autos— posee la misma nacionalidad, ya que, aun admitiendo que la misma fuera española de origen —hecho alegado, pero no acreditado— ..., es lo cierto que al contraer matrimonio adquirió la nacionalidad de su marido, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil en la fecha de dicho matrimonio, por lo que debe declararse que ambos litigantes... poseen la nacionalidad alemana, y, en consecuencia, debe aplicarse la ley nacional de la persona de que se trata, según el artículo 9.º del Código Civil*» (CDOS. 1.º y 2.º) (1); «*que la actora se personó en autos como española, y que resulta suficientemente acreditada la existencia de las sevicias denunciadas en la demanda como causa de la separación que se postula, malos tratos de obra y de palabra, con reiteración de frases injuriosas a la actora y a los hijos comunes, obligándola a abandonar el hogar conyugal, derribándola al suelo en varias ocasiones y creando con estas violencias un clima familiar insoportable que hace imposible la convivencia de los cónyuges*» (CDO. 4.º) (2). Concluye el Juzgado *estimando totalmente la demanda y declarando culpable al demandado de malos tratos de obra e injurias graves en la persona de su cónyuge, y, en consecuencia, decreta la separación matrimonial de ambos, con los efectos dispuestos en el artículo 73 del Código Civil, y que se llevaría a cabo en ejecución de sentencia, sin hacer declaración sobre las costas.*

IV. La AUDIENCIA TERRITORIAL resuelve el recurso de apelación del demandado por Sentencia de 24 de febrero de 1973, argumentando: «*que se acepta el primer CONSIDERANDO de la sentencia del Juzgado, por lo que debe declararse que ambos litigantes poseen la nacionalidad alemana; que se considera probado el no haberse proporcionado al Juzga-*

(1) Extraídos del motivo primero del recurso: subrayados míos (J. C. G.).

(2) Extraído del considerando único de la segunda sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

do la legislación alemana existente en la materia de separación del matrimonio, o divorcio vincular en su caso, y que *faltan los presupuestos «de facto»* para aplicar la ley alemana, lo que hace imposible para la Sala de la Audiencia resolver la litis (3). Concuye la Audiencia *revocando* la sentencia del Juzgado y *desestimando* la demanda, *absolviendo* de la misma al demandado, sin hacer condena en costas.

V. Por la parte actora se interpone RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con base en los siguientes *motivos*:

1.º Al amparo del artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida incide *en error de hecho en la apreciación de la prueba*, consistente en no haber apreciado la Audiencia que en *el poder a pleitos*, otorgado por la demandante, aquí recurrente, ante Notario, *comparece* la otorgante *como española* y provista de su Documento Nacional de Identidad. En el poder referido no se hace referencia a la nacionalidad por razones obvias: porque el Decreto de 22 de febrero de 1972 (Ministerio de Gobernación), que estableció la obligatoriedad de posesión del Documento Nacional de Identidad, expresa que se expedirá únicamente a los españoles; de manera que la actora, aquí recurrente, afirmó en su escrito de demanda su nacionalidad española y la probó, dado que en el poder de representación procesal exhibió su Documento Nacional de Identidad, y sabido es que los extranjeros en España tienen su Tarjeta de Residencia.

Tampoco *el Juzgado* pudo concluir que la nacionalidad de la recurrente sea la de su esposo por aplicación del artículo 22 del Código Civil, ya que dicho artículo, en su párrafo 1.º, ha de relacionarse con el artículo 23, número 3.º, a cuyo tenor «la española que contraiga matrimonio, si adquiere la nacionalidad de su marido, pierde la nacionalidad», *pero ello sólo en el supuesto de que adquiera la del marido*, extremo que en autos no aparece probado.

La actora acredita en autos la nacionalidad española y solicita —amparándose en su nacionalidad— la aplicación de las leyes nacionales de su país, pues, aunque el matrimonio se contrajo según la *lex loci actus*, existe el criterio favorable a la admisión de tal matrimonio y el Juez aceptó la competencia de jurisdicción para conocer y tramitar la litis, *lo que indica* que estaba reconociendo el matrimonio de tal forma contraído y aunque en el momento de contraerlo no se especificase nada sobre la nacionalidad de la esposa.

2.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 22 del Código Civil, en relación con el artículo 23, 3.º, del Código Civil. La determinación del *alcance* de las normas cuya violación se denuncia ha de referirse al *supuesto* que señala el número 3.º del artículo 23 del Código Civil. No se puede afirmar de una forma rotunda —como hace la sentencia recurrida— que el hecho de contraer matrimonio con un extranjero *condiciona* la pérdida de la nacionalidad de la mujer *para* adquirir la del marido. Lo cierto es que *en el matrimonio de española con extranjero* —cuando la contrayente se halla *facultada* por la ley del marido a adquirir la nacionalidad de éste por simple opción o a declinar la adquisición por declaración al efecto— se recogerán dichas declaracio-

(3) Argumentaciones extraídas de los motivos del recurso: subrayados míos (J. C. G.).

nes en el acta de matrimonio y en la inscripción. Y en el presente caso *no consta* que por el hecho de contraer matrimonio la recurrente adquiriese otra nacionalidad, es decir, la de su marido, por lo que hay que estar a que conservó la suya. De toda la prueba practicada se ha demostrado: a) que el marido en la actualidad goza de la ciudadanía alemana; b) que en España fue considerado como apátrida hasta 1960; c) que *no consta* en forma alguna que la recurrente haya tenido ni tenga en la actualidad ciudadanía alemana.

3.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 9.º; 11, 3.º, y 14 del Código Civil: ya que la aplicación del estatuto personal del demandado acarrearía un problema de orden público, al no reconocer la ley alemana la separación de los cónyuges *sin* la disolución del vínculo. Las *certificaciones* obrantes en autos y que la sentencia recurrida tiene en cuenta son claramente *definitorias de la legislación alemana* aplicable a este caso. En consecuencia, el Juzgado dispuso de unos datos tales (no existencia de separación y sí de divorcio vincular) que hacen imposible la aplicación de la legislación alemana, por ser contraria al orden público español, que no reconoce el divorcio vincular: por lo que se ha violado el *alcance* de la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 11 del Código Civil, en relación con los artículos 9.º y 14 del mismo.

4.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, por no aplicación, de los artículos 73, 104, 105, 168 y 171 del Código Civil, que regulan la separación conyugal. La Audiencia no ha realizado la aplicación de los preceptos referidos sobre la separación conyugal. La actora se personó en autos como española y pide aplicar la legislación española; en todo caso, la prueba sobre la legislación extranjera incumbe al esposo, nunca a la recurrente, y el demandado *no* ha acreditado la vigencia en Alemania del matrimonio contraído en Irlanda ni tampoco ha aportado la legislación alemana al efecto. Por todo ello, *el Juzgado acertadamente aplicó la ley española*, teniendo presente que el divorcio vincular no existe en nuestra legislación, lo que hace imposible la aplicación de la legislación alemana por ser contraria al orden público español. En tanto que la Audiencia *no hace aplicación de la ley española* so pretexto de no haberse suministrado las normas del estatuto personal del demandado, por lo que ha violado —por no haberlos aplicado— los artículos citados del Código Civil.

5.º Al amparo del artículo 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, *dejando de conocer cuando debería haberlo hecho*, ya que debería haber aplicado al caso objeto de la litis la legislación española sobre separación conyugal. La sentencia recurrida entiende que la actora ostenta la nacionalidad española y consta la competencia de la jurisdicción de los Tribunales españoles, sin hacer aplicación de las normas españolas sobre separación conyugal. Ha dejado de conocer cuando debía haberlo hecho, máxime teniendo en cuenta que la legislación alemana regula el divorcio vincular, pero no la separación de cuerpos y bienes.

VI. El Tribunal Supremo dicta sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, sentando esta doctrina (4):

(4) Mantengo la redacción literal de los considerados, por lo que luego se dirá, con subrayados míos (J. C. G.).

1.º *La primitiva redacción del artículo 22 del Código Civil* decía rotundamente que «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido», y sólo una vez disuelto el matrimonio podría recuperar la nacionalidad española cumpliendo determinados requisitos; *pero este riguroso automatismo sufrió con la Ley de 15 de julio de 1954 una notable atenuación, porque según la nueva redacción del artículo 23 del mismo cuerpo legal, en su número tercero, sólo perderá nuestra nacionalidad la española que contraiga matrimonio con extranjero «si adquiere la nacionalidad de su marido», supuesto este último que ha de probar quien lo invoque, puesto que si el normal es el de mantener la nacionalidad, el marido que trate de contradecirlo es quien debe probar que, conforme a las leyes del país de donde él es nacional, le corresponde por el matrimonio adquirir la nacionalidad de su marido, extremo que no aparece comprobado ni declarado por la sentencia recurrida; y si la legislación extranjera se trata en nuestro Código (sic) como una cuestión de hecho, es visto que se ha producido un error de hecho en la apreciación de la prueba al dar por supuesta la nacionalidad alemana de la actora, si se tiene en cuenta que su condición de española antes de casarse no ha sido objeto de discusión en el proceso; razones por las cuales ha de darse lugar al recurso por los dos primeros motivos.*

2.º *Al margen por completo de la legislación privativa alemana* relativa a la nulidad del matrimonio y al divorcio vincular, *la legislación española regula una situación privativa distinta, que es la separación judicialmente decretada, que mantiene el vínculo con suspensión de los efectos del matrimonio previstos en el artículo 73 del Código Civil, que puede impetrar cualquier súbdito español de los Tribunales nacionales cuando se invoque por una de las causas legítimas de separación, todas ellas criminológicas, conforme al artículo 104 del propio cuerpo legal, como ocurre en los presentes autos, en que se apoya la demanda en el número segundo del artículo 105 del mismo Código, razón que viene a robustecer el criterio expuesto en el considerando anterior, con lo que basta para la casación de la sentencia recurrida.*

FALLO: Ha lugar.

SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

CONSIDERANDO UNICO: *Que, como la propia sentencia de primera instancia recoge en su cuarto considerando, que se acepta y se da por reproducido (5)..., por lo que, constituyendo estos hechos la causa segunda del artículo 105 del Código Civil, procede confirmar la antedicha sentencia en todas sus partes, excepto en lo relativo al pago de costas a que se condena al demandado, quien habiendo solicitado el beneficio de pobreza no consta acreditado que le fuera concedido ni siquiera tramitado.*

FALLO: Que debemos confirmar y confirmamos la parte dispositiva de la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de X., excepto en el pronunciamiento sobre costas, cuyo particular revocamos para condenar expresamente al demandado al pago de las costas de la segunda.

(5) Se ha expuesto precedentemente en epígrafe III: véase nota 2

NOTAS.—1. En otras ocasiones me he referido a la rehistorificación de los hechos litigiosos efectuada por los ponentes en las sentencias. En el caso de autos, la exposición efectuada ha sido confusa, fragmentaria y deficiente (6), y buena muestra de ello es la argumentación utilizada como *ratio decidendi* del fallo del Alto Tribunal. He preferido dejar toda la argumentación en su presentación original, sin más. Que esta breve crítica introductoria no es sólo personal mía, me es confirmado por la postura de otros autores de mayor solvencia, a que en seguida aludiré.

2. Para una mejor síntesis de los puntos tratados en este litigio voy a referirme muy brevemente a los siguientes: a) efectos personales del matrimonio y nacionalidad de la mujer casada; b) la ley extranjera como hecho en casación; c) relaciones entre cónyuges y estatuto personal; d) sustitución de la ley extranjera por la *lex fori*.

a) Efectos personales del matrimonio y nacionalidad de la mujer casada

De una manera *genérica* e indeterminada aluden a este punto la mayoría de nuestros tratadistas de Derecho civil (7) y, por supuesto, los especialistas del Derecho Internacional Privado (8).

De manera *concreta*, en relación exclusiva al presente litigio, con claridad, precisión y rotundidad, hay que aludir aquí al breve comentario de J. PUENTE EGIDO (9), de ineludible cita en este lugar.

El tema de la incidencia del matrimonio en la *nacionalidad* de la mujer casada ha sufrido en nuestro país una serie de vaivenes legislativos, pudiendo hablarse con propiedad de la situación *anterior o posterior a 1975* (10). Precisamente el caso de autos encaja, *genéricamente*, en la situación *anterior a 1975*, lo que remite, en principio, a la legislación de 1954, que reformaba el Código Civil en tema de nacionalidad. Si la situación se presentase en la actualidad, habría que estar a la Ley 51, de 13 de julio de 1982, nuevamente reformadora de la materia.

En el caso litigioso, como he expuesto, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial habían partido de la *base* de que el marido tenía la nacionalidad alemana y de que la esposa había adquirido dicha nacionalidad por el hecho del matrimonio.

Para PUENTE EGIDO, el razonamiento de ambas sentencias era erróneo, por desenfocado, «porque es absurdo afirmar la adquisición de la nacionalidad alemana en virtud del artículo 22 del Código Civil (redacción ori-

(6) Aun con una calificación benévola por mi parte, la reconstrucción de los hechos a la vista de la sentencia es dificultosa.

(7) Cfr., por todos, las referencias de CASTÁN TOBEÑAS (revisión de CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1º (Relaciones conyugales), 9.ª ed. Ed. Reus, Madrid, 1976, págs. 246 y ss., especialmente pág. 248 (referencia al nuevo sistema tras la Ley de 2 de mayo de 1975), y 10.ª ed., 1983, págs. 244 y ss., especialmente página 246 (referencia al nuevo sistema de la Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982); también José Luis LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO. *Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 173 y ss., especialmente págs. 188 y ss.

(8) Así, E. PÉREZ VERA. *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 48 y ss. y 199 y ss. Con mayor profundidad, SIMÓ SANTONJA: «La nacionalidad de la mujer casada», en esta Revista, núm. 496, mayo-junio 1973, págs. 611 y ss.

(9) Cfr. su magistral aportación *Derecho Internacional Privado Español. Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, Sentencia núm. 150, págs. 579 y ss. Véase también la breve nota de J. Díez DEL CORRAL en *Anuario Derecho Civil*, 1974, pág. 1072.

(10) Después de la reforma de 1975 es de obligada consulta la circular de la Dirección General de Registros y Notariado de 22 de mayo de 1975, la Instrucción de la misma Dirección General de 26 de noviembre de 1975 y las reformas posteriores del Reglamento del Registro Civil.

ginaria)» (11). Pero también estaba desenfocado el razonamiento del *recurso de casación* por «reprochar la violación de una norma (el referido artículo 23, 3.º, del Código Civil) que no existía en el momento de la celebración del matrimonio y que, por consiguiente, no pudo tener influencia alguna sobre la nacionalidad de la mujer. En este mismo defecto incurrió el Tribunal Supremo» (12).

Lo curioso es que, tras la profunda reforma introducida en el año 1975, se han suprimido en el articulado del Código Civil todos aquellos preceptos que *presuponían que la nacionalidad de la esposa es la del marido*, aplicando el principio de igualdad conyugal, luego devenido constitucional. Pero no se ha derogado el *artículo 14, 4.º, del Código Civil*, que atribuye a la mujer casada la regionalidad de su marido (13), tema polémico y, en mi opinión, a zanjarse con una lectura del artículo 14, 4.º del Código Civil, con valor «aplicativo» directo de la Constitución, que lo deja prácticamente derogado.

b) *La ley extranjera como hecho en casación*

Dicen los internacionalistas que «los medios de prueba de la nacionalidad —incluso cuando se trata de una nacionalidad extranjera— deben arbitrase de acuerdo con nuestras leyes procesales... Ello no implica olvido del principio fundamental, rector en el tema, que exige que cuando se trate de adquisición o pérdida de una nacionalidad *extranjera*, se apliquen las leyes del Estado en cuestión. Tal situación se producirá cada vez que la nacionalidad, eventualmente extranjera, se consagre como punto de conexión»... (14).

En el caso de autos, he subrayado el *inciso* correspondiente del CONSIDERANDO 1.º, que es denunciado también por PUENTE EGIDO (15), quien entiende que la sentencia extrae una base de estimación del recurso precisamente por haberse cometido *error de hecho* en la apreciación de la prueba, pero que esa estimación del recurso de modo claro es errónea al fundarse en que la ley extranjera es una cuestión de hecho, y en que hubo una aplicación inexacta de la ley extranjera estimando la nacionalidad alemana de la mujer.

c) *Relaciones entre cónyuges y estatuto personal*

Los internacionalistas —a diferencia de los civilistas— suelen caracterizar *negativamente* los efectos personales del matrimonio, entendiendo por tales «aquellos que no inciden directamente sobre el régimen de bienes en el matrimonio» (16). Definición que, al decir de E. PÉREZ VERA, si bien no evita totalmente los problemas de calificación, establece, al menos, el criterio rector que debe presidir la búsqueda de su solución.

(11) Véase *op cit* en nota 9, pág. 580. Para DÍEZ DEL CORRAL, *op cit*, el Juzgado debió rechazar la *prueba* del matrimonio civil porque no reunía los requisitos del artículo 2 de la LRC.

(12) Véase PUENTE EGIDO: *Op et loc. cit.* en nota 11.

(13) Sobre este punto véase la alusión de LACRUZ: *Op cit*, pág. 190; el comentario breve de R. BERGOVITZ: «La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el nuevo Título Preliminar del Código Civil» (en *Conferencias sobre Derecho Foral*, 1975-76, Facultad de Derecho de San Sebastián, Zaráuz, 1978, pág. 35), y con mayor detalle, PUIG FERRIOL: «Incidencia del nuevo Derecho Interregional en el Derecho Civil de Cataluña» (en *Conferencias sobre Derecho Foral*, cit., págs. 47 y siguientes, especialmente págs. 53 y ss.).

(14) Véase E. PÉREZ VERA: *Op cit* págs. 98 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(15) Véase *Op cit.*, pág. 580: dice erróneamente «se trata en nuestro Código (?) como cuestión de hecho».

(16) Así, PÉREZ VERA: *Op cit.*, págs. 199 y ss.

La determinación de la ley aplicable la establece en la actualidad el artículo 9.º, 2.º, del Código Civil: «*Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio, y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración*» (17).

El Juzgado aplica dicho estatuto personal, o sea, la ley nacional del marido, y aprecia la existencia de causas justificativas de la separación conyugal, por lo que, en consecuencia, decreta la separación y estima la demanda. La Audiencia, partiendo del mismo presupuesto, estima que la ley aplicable era la ley alemana y no la española, pero que no se ha podido probar la ley alemana, por lo que, consecuentemente, revoca el fallo y desestima la demanda. Tanto una como otra sentencia «*tenían* —señala PUENTE EGIDO (18)— *un punto de partida común*, ya que —*con independencia* de la nacionalidad de la mujer—, conforme al Derecho conflictual español, el Derecho aplicable a las *relaciones personales* de ese matrimonio venía determinado por la ley nacional del marido», a pesar de que *en el resultado final* una y otra llegaban a soluciones bien dispares.

Los efectos de la aplicación del estatuto personal, o sea, la ley nacional del marido, llevaban a la introducción en aquel entonces del *divorcio vincular*, conforme a la ley alemana, lo cual era *contrario* al vigente *orden público interno español* en 1974. Todo ello denunciado en el *motivo 3.º* del recurso, que ni es aludido por el ponente.

d) Sustitución de la ley extranjera por la *lex fori*

Entiende PUENTE EGIDO que «el Juzgado operó, con acierto técnico indiscutible, una *sustitución* de la ley extranjera aplicable... por la ley española que regulaba la sola separación», y que «el Tribunal Supremo, en cambio, mantuvo otro criterio, aunque sin razonarlo: el artículo 73 del Código Civil puede ser *invocado* por cualquier súbdito español; *constando la nacionalidad española de la demandante*, y *no constando* la nacionalidad alemana; *constando* igualmente la existencia de las *causas* que en el Derecho español dan lugar a la separación, la sentencia, que desestima la demanda, en este sentido da base a la estimación de un recurso de casación». Sigue diciendo dicho autor, con crítica exacta de la doctrina de la sentencia anotada, que «el razonamiento (del Tribunal Supremo) es *inexacto*: *no se trata*, en primer lugar, del artículo 73 del Código Civil, que es el que regula los efectos de la separación, sino del artículo 105, 2.º, del Código Civil, que es el que fija como causa de separación los malos tratos. Por otra parte, los mencionados artículos no tienen por qué ser invocados únicamente por los españoles, ni tampoco son susceptibles de invocación por todos los españoles. Teniendo en cuenta que *ésta es una cuestión de estatuto personal* —y concretamente perteneciente a la ley reguladora de las *relaciones personales*—, *no es la nacionalidad del cónyuge o de los cónyuges la que define*, sino el punto de conexión que en el Derecho español sea relevante para la determinación de la ley personal en el matrimonio» (19).

(17) Véanse los Comentarios a este artículo de la doctrina: MARÍN LÓPEZ en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, tomo I, págs. 43 y ss.; AGUILAR BENÍTEZ DE LUÑO: «Comentarios al artículo 9.º, 2.º del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirección de M. ALBALADEJO, EDERSA, Jaén, 1978, págs. 146 y ss.

(18) Véase *Op. cit.*, pág. 580 (subrayados míos: J. C. G.).

(19) Véase *Op. cit.*, págs. 580-581 (subrayados míos: J. C. G.).

Poco más cabe añadir aquí a las brillantes observaciones críticas de tratadista tan agudo y exacto, críticas que comparto y hago mías.

El ponente apenas entra en el *motivo* 4.º del recurso —ni alude al *motivo* 5.º— y despacha sumariamente el tema en su CONSIDERANDO 2.º sin entrar en detalles y con cierto confucionismo, denunciado —como he expuesto— por la doctrina.

3. *Recapitulación parcial.*—De lo expuesto hasta aquí cabe extraer algunas consideraciones a modo de recapitulación, como sigue:

1.ª La exposición de hechos y la fundamentación jurídica de la sentencia son fragmentarias y deficientes.

2.ª Dada la fecha de celebración del matrimonio en Irlanda (1949), e independientemente de cuál fuera la nacionalidad del marido, lo que es evidente es que la legislación española en tema de nacionalidad era la consignada en la redacción originaria del Código Civil en 1889 y no la de 1954.

3.ª Por aplicación directa de aquella legislación española de 1949, la mujer casada —aquí, la demandante, y luego recurrente— adquiriría la nacionalidad de su marido, o sea, la alemana.

4.ª La legislación alemana debía haberse probado conforme a nuestras técnicas probatorias procesales, pero no se acreditó formalmente.

5.ª La aplicación de la ley alemana debía conducir al divorcio vincular, contrario entonces al orden público español.

6.ª El estatuto personal que rige las relaciones entre cónyuges no estaba consagrado por el Código Civil hasta la reforma del Título Preliminar operada por Decreto de 31 de mayo de 1974, de manera que en el caso de autos había que aplicar directivas doctrinales y/o jurisprudenciales al respecto.

7.ª Existían causas suficientes de separación conyugal conforme a la legislación española entonces vigente, singularmente la del artículo 105, 2.º, del Código Civil.

4. *Resumen final.*—A la hora de finalizar estas notas, hay que aludir a los puntos concretos sugeridos por esta sentencia, como sigue:

1.º El Juzgado operó con gran técnica una sustitución de la ley extranjera teóricamente aplicable por la *ley fori*, o sea, la española.

2.º Para el Derecho conflictual español —cualquiera que fuere la fecha de la sentencia—, lo decisivo era y es *el punto de conexión* relevante en cada momento para la determinación de la ley personal del matrimonio.

3.º La fundamentación de la sentencia es bastante endeble y no atiende a la verdadera *ratio decidendi*, consistente en la existencia probada de malos tratos justificativos de la separación conyugal ex artículo 105, 2.º, del Código Civil.

4.º El resultado final del litigio es probablemente justo en el *fondo*, aunque haya reparos *formales* a esta decisión por lo expuesto.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO. Partida 2.ª, Título XV, Ley 2.ª
(SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital, conforme a los siguientes razonamientos:

Que promovida ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid por doña M. O. M., Marquesa de A., demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre uso y posesión de títulos nobiliarios contra don F. O. M., con fecha 21 de abril de 1980 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en la que, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado en 6 de julio de 1978, se hace extensivo el pronunciamiento estimativo de la demanda que ésta contenía en cuanto a los títulos de Marqués de Almazán, Marqués de Montemayor, Conde de Monteagudo de Mendoza, Conde de Santa Marta y Conde de Vallehermoso al de Vizconde de Iznajar, que la resolución del Juzgado rechazó; sentencia contra la que se interpuso por la representación del demandado el presente recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, y en la que se sientan como probados los siguientes hechos, que por no haber sido impugnados al amparo del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de ser reputados como inamovibles: A) que los títulos anteriormente citados han sido poseídos legal y realmente por don V. O. M., bisabuelo del demandado, hoy fallecido, y tatarabuelo de la demandante; B) que la demandante tiene documentalmente acreditado su procedencia por línea directa descendente de don V., como bisnieta de don J. O. M., que era el primogénito varón de don V.; C) que «las líneas descendentes en que se asientan las partes con el ascendiente común don V., quedan sintetizadas en el árbol genealógico y acreditan la procedencia inmediata de don V., a través de su hijo primogénito, de la actora, en tanto que el demandado lo es a través de una hija»; D) que hubo caducidad de los títulos y rehabilitación a favor del demandado, hoy fallecido; E) que la documentación aportada por ambas partes acredita que el título de Vizconde de Iznajar, aunque coincidiera en la persona que ostentara los títulos de Conde de Cabra y, sobre todo, de la dignidad de Duque de Baena, no tenía vinculación jurídica alguna con ellas; F) que la actora, si bien religiosa en el momento de formular su demanda, ingresó ya viuda, lo que significa que estuvo casada, constando que tuvo sucesión, y G) que no consta en absoluto de qué reinos proceden los títulos a que se refiere la litis.

Que los cuatro primeros motivos del recurso, amparados todos ellos en el ordinal primero del artículo 1.692 y basados, el primero y el tercero, en la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y doctrina legal interpretativa del mismo, y el segundo y cuarto, respectivamente, en la infracción del «artículo 8.º, número 2.º, del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, y el ar-

título 3.º, letra g), del Real Decreto de 8 de julio de 1922, restablecidos y confirmados los dos por la Ley de 4 de mayo de 1948», y en la interpretación errónea de «la Ley 2.ª, Título XV, Partida 2.ª, tal como ha sido interpretada en la doctrina legal», tienen como propósito y finalidad común la de denunciar la falta de prueba por parte de la actora de la existencia de un parentesco con el fundador de los títulos (motivos primero y segundo), de la clase de este parentesco (motivo tercero) y, consiguiente, del orden de suceder aplicable, orden que se alega debe depender de la clase del parentesco que une con el fundador el título (motivo cuarto); motivos todos ellos que deben ser, en gracia a un mayor rigor sistemático, objeto de estudio y de rechazo conjunto por las siguientes razones: primera: porque aun cuando es cierto que las normas citadas en los motivos segundo y cuarto del recurso aluden al parentesco con el fundador de los títulos, también lo es que, como acertadamente se razona en la resolución recurrida, «el Real Decreto de 8 de julio de 1922 clasifica en sus artículos 3.º y 4.º las personas por razón de parentesco a efectos de sucesión, convalidación y rehabilitación en las dignidades nobiliarias, coincidentemente con su complementaria disposición legal, la Real Orden de 21 de octubre de 1922 (artículo 11), y cuando aquel Decreto, en su artículo 4, grupo A), correspondiente a descendientes directos, hermanos y descendientes directos de hermanos del último poseedor legal de la merced pretendida, hace hincapié en el último poseedor legal, no hace sino anticipar el énfasis de su artículo 7, coincidente con el artículo 12 de la citada Real Orden de 1922, cuando expresa que en todo caso deberá justificarse que la persona de quien se derive el derecho del solicitante poseyó efectiva y legalmente la dignidad solicitada»; segunda: que en supuestos como el presente, en los que se halla no sólo acreditado, sino también admitido por las partes la posesión legal y efectiva de los títulos nobiliarios por un ascendiente común —en este caso, el aludido don V. O. M.—, conformidad ésta que se deriva del reconocimiento de hechos verificado en la contestación a la demanda, y que en modo alguno puede verse afectada por lo consignado en el escrito de conclusiones de la demandada recurrente, cuando una vez transcurrido, y, consiguientemente, precluido, el período de alegaciones, no pueden ya ser modificados los hechos sobre los que descansa el litigio, no es preciso acreditar el parentesco con el fundador del título, y así lo proclama la doctrina de esta Sala, al decir que «reconocido por las partes contendientes que fue poseedor legal de la dignidad nobiliaria controvertida un ascendiente común de ambos, del cual la actora es descendiente por línea directa de varón primogénico y la demandada y recurrente de hembra segundona, sin que, por añadidura, exista el menor atisbo de que el título desde su fundación no haya seguido el orden regular, es obvio que, ante esta escueta realidad fáctica, al declarar la sentencia impugnada el mejor derecho genealógico de la primera, ha aplicado rectamente la Ley 2.ª, Título 15, de la Partida 2.ª» (Sentencia de 3 de mayo de 1963), y que «no hace falta llegar hasta la persona del cesionario o fundador del título, sino que basta referirse al último poseedor, cuando de él se derive asimismo el parentesco invocado» (Sentencia de 16 de febrero de 1968); por todo lo cual deberán desestimarse los cuatro primeros motivos del recurso.

Que los motivos quinto y sexto, autorizados por el ordinal primero del artículo 1.692 y basados, respectivamente, en la infracción por interpretación errónea del artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre

de 1820, el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948 y la correspondiente doctrina legal, y en la infracción por violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, pretenden combatir la aplicación que la resolución recurrida hace a los títulos nobiliarios objeto de la litis de la legislación relativa al orden sucesorio de la Corona, aplicación que se alega fundada en la vía de la presunción; motivos éstos que habrán igualmente de decaer con base en los siguientes argumentos: primero: que si se admite, como pretende el recurrente, que la resolución recurrida ha llegado a la conclusión de que la legislación aplicable a los supuestos sucesorios de autos es la Ley de la Corona como consecuencia de una presunción, para que la misma quede sin efecto sería preciso que se acreditara, de acuerdo con una constante doctrina de esta Sala, que el juicio lógico del Tribunal de Instancia se halla notoriamente falto del enlace preciso y lógico que la ley exige entre el hecho probado —en este caso, la falta de constancia del reino de que proceden los títulos, así como del orden sucesorio impuesto por el acto fundamental— y la conclusión de la aplicabilidad de la legislación de la Corona, lo que en modo alguno puede sostenerse que se halle acreditado por el recurrente; segundo: que, contrariamente a ello, cabe subrayar que una reiterada jurisprudencia, que cristalizó, entre otras, en Sentencias de 4 y 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964 y 9 de junio de 1965, etc., aclara que «ha de tenerse presente como legislación que se ha de aplicar en todos los casos en que debe discernirse el mejor derecho a la posesión de los títulos y dignidades nobiliarias, que ello se ha de realizar, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, en primer término, por lo establecido en el acto soberano de concesión, y a falta de precepto expreso, por las normas que regulan la sucesión a la Corona, contenidas en las Leyes de Partidas, la Novísima Recopilación, la Constitución Política de 30 de junio de 1876, hoy derogada, pero que recoge en su artículo 60 —y por ello se cita— las inspiraciones del Derecho histórico en la materia, y como disposición actual lo estatuido en la Ley de 4 de mayo de 1948»; razones ambas por las que procede la desestimación de los aludidos motivos quinto y sexto.

Que los motivos séptimo y octavo denuncian, respectivamente, la infracción «por errónea interpretación de la Ley 45 de Toro, que es la Ley 1.ª del Título XXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación», y la violación de la «Ley 41 de Toro, que es la Ley 1.ª del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación», y a través de los mismos se intenta combatir las afirmaciones contenidas en el apartado c) del considerando 2.º de la resolución recurrida, que se refieren tanto a la atribución, según la Ley de Toro, de la posesión civilísima, no sólo al heredero único, sino a quien tenga mejor derecho, como la relativa a la imprescriptibilidad de los derechos sucesorios en dignidades nobiliarias; procediendo igualmente el rechazo de ambos motivos, no sólo con base en que tratándose de simples razonamientos hechos en un considerando de la sentencia, sin que en manera alguna pueda atribuírseles influencia decisiva en el fallo, no cabe, según constante doctrina de esta Sala, intentar contra ellos un recurso de casación por infracción de ley que sólo contra el fallo o parte dispositiva de la sentencia puede mantenerse, sino también porque en dicho razonamiento no se hace otra cosa que sostener criterios ya mantenidos por el Tribunal Supremo, cuando en Sentencia de 30 de marzo de 1970 declara que «según constante y reiterada jurisprudencia el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del Mayo-

razgo, sino también al proclamado legítimamente, es decir, al que tenga un mejor derecho, si bien con la diferencia de que en tanto al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto, *erga omnes*, frente a todos los demás aspirantes, en cambio, el segundo sólo lo tiene con carácter relativo, esto es, en relación con quien ostente un derecho de categoría inferior, constituyendo esa posesión civilísima la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas», razones por las que habrán de perecer también los motivos séptimo y octavo del recurso.

Que no mejor suerte habrán de alcanzar los motivos noveno y décimo, en los que con referencia únicamente al título de Marqués de Montemayor, se denuncia la violación del artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820, pretendiéndose en el primero de ellos combatir la afirmación que la resolución recurrida hace en el apartado C) del considerando tercero, de la distinta naturaleza de las instituciones jurídicas del Título y el Mayorazgo, en tanto que el décimo sostiene que las cláusulas XXXIV y XXXV del Mayorazgo impedían a la actora, por su carácter de religiosa, ostentar tal dignidad; motivos igualmente desestimables no sólo en cuanto al primero, porque al igual que sucedía con los motivos séptimo y octavo, el que nos ocupa parece querer combatir una afirmación contenida en el considerando, que no alcanza consecuencias jurídicas en el fallo, único que puede ser objeto de recurso de casación por infracción de ley, sino también porque siendo la interpretación de las citadas cláusulas función atribuida al Tribunal sentenciador, nada hay en la postura sustentada por la resolución recurrida en este punto que pueda ser tachado de absurdo o ilógico, sino que, por el contrario, parece coincidir con los criterios permisivos sustentados por esta Sala en supuestos análogos, como el contemplado por la Sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se sostiene que «la renuncia que, acorde con la prohibición que impone el canon 515 del Código de Derecho Canónico, hacen los religiosos en razón a la perfección a que aspiran, limitada al uso de títulos nobiliarios, cuya renuncia, por implicar algo que se tiene y posee pone de manifiesto que precisamente para que tenga el valor de verdadero desprendimiento no puede comprender la del ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento del mejor derecho genealógico al uso y posesión del título nobiliario discutido, a lo que, cumpliendo los requisitos que el Derecho canónico establece para dotarla de plena e indiscutible capacidad procesal, se ha limitado la demandante, sin mengua, sino, por el contrario, haciéndola viable, de cumplir la renuncia en los términos que en ella se concreta, estando autorizada para defender sus derechos con la condición de que inmediatamente haga cesión de los mismos a sus hijos».

Que ningún problema habrá de plantear la desestimación de los motivos undécimo y duodécimo, referidos ambos al Vizcondado de Iznajar, y de los cuales, el primero, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692, y alegando violación de la Ley de 11 de octubre de 1820, pretende, por una vía no apropiada, combatir un hecho sentado como probado en la resolución recurrida, el de que el título de Vizconde Iznajar, aunque coincidiera con la persona que ostentare los títulos de Conde de Cabra y de Duque de Baena, no tenía vinculación jurídica alguna con ellos, en tanto que el segundo, que alega la violación de la misma norma, insistiendo en la existencia de dicha vinculación entre tales dignidades, pretende la aplicación a la

primera de las normas de sucesión aplicables a las segundas, por lo que debe ser igualmente desestimado.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.—*Artículos 467; 675, párrafo 1.º; 781; 785, párrafo 1.º, y 787 del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1982).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, que, a su vez, había estimado en parte la demanda, por los siguientes fundamentos:

Que el punto fundamental y podría decirse único de la impugnación del recurso, es el relativo a la institución que la testadora doña T. C. B. hace en el testamento de catorce de mayo de mil novecientos veintinueve, en favor de su marido, que según la letra de dicho acto testamentario que acogió la sentencia de primer grado y sostienen actualmente los recurrentes, fue de un usufructo vitalicio, frente a la tesis de la sentencia recurrida de que se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo, la que se combate, ante todo, utilizando argumentos en relación con la prueba practicada en la instancia, a través de un triple procedimiento: primero: en el motivo primero y por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación por inaplicación de los artículos mil doscientos dieciséis y mil doscientos diecisiete del Código Civil, en relación con el primero, párrafo uno, de la Ley del Notariado de veintiocho de mayo de mil ochocientos sesenta y dos y doscientos veintiuno y concordantes del Reglamento Notarial de mil novecientos cuarenta y cuatro, con referencia al testamento mismo notarialmente autorizado, por entender que no se dio al acto discutido el alcance que establecen los señalados preceptos; segundo: el motivo segundo, utilizando el cauce del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia error de derecho en la apreciación probatoria, con pretendida inaplicación del mil doscientos veinte, párrafo primero, del Código Civil, en relación con el quinientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento, referido igualmente al texto del testamento en cuestión; tercero: y, finalmente, el motivo tercero, asimismo amparado en el ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, alega error de hecho en la referida apreciación de la prueba, aduciendo, para cumplir el mandato legal, la copia notarial autenticada del testamento de referencia y la también copia autenticada de la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales mencionadas de diecinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho; motivos los tres que son improspereables, porque todos ellos basculan sobre el último, que, sin duda, tiene razón cuando afirma que la sentencia recurrida no transcribe íntegramente el párrafo de la cláusula tercera del testamento, en el que se instituye heredero al marido de la testadora, omitiendo que lo era en usufructo vitalicio; pero, a su vez, el recurso omite la parte referente a las facultades que se conceden de enajenar y de disponer, que es lo realmente importante, no el

mero nombre en su expresión literal, que por sí solo no demuestra lo contrario de lo declarado por el Juzgador, en cuanto que la existencia de aquellas facultades entraña un problema de interpretación, como el propio recurso reconoce, impugnando incluso la efectuada en la sentencia, pero, lógicamente, en otros motivos cuya sola formulación evidencia que el llamado error de hecho, y, naturalmente, las consecuencias que de él se quieren obtener en los dos primeros motivos, carecen de la entidad suficiente para lograr el fin pretendido.

Que del tema interpretativo, al que se acaba de hacer referencia, se ocupan los motivos octavo y noveno, que también por razones de sistemática, deben analizarse alterando el orden trazado en el recurso, donde en ambos casos, por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia, respectivamente, interpretación errónea del párrafo primero del seiscientos setenta y cinco del Código Civil y violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, que, en el decir del recurso, determina la metodología a regir para interpretar los testamentos en casos de duda, lo cual es cierto, pero sin olvidar que lo que dice el indicado precepto sustantivo en el párrafo que se denuncia como infringido es que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*», lo que se complementa con el inciso segundo del mismo párrafo primero, donde se dispone que «en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», lo cual, con independencia de la dicción literal del testamento, conlleva la ineludible necesidad de analizar cuantos elementos puedan permitir discernir con claridad la verdadera voluntad de la testadora, como hizo la sentencia recurrida, que dio al precepto la interpretación debida, por lo que los dos motivos deben ser desestimados; en efecto, lo que literalmente dice la cláusula discutida es que «instituye y nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones, en *usufructo vitalicio* y relevación de fianzas, a don T. D. P., pero facultándole expresamente para poder *enajenarlos* si lo creyese conveniente, sin que tenga necesidad de hacer ninguna justificación, así como también podrá *disponer* de los mismos bienes que adquiera en esta sucesión por testamento o *mortis causa*. Y *para el caso* de que no hiciera uso de dichas facultades, o haciéndolo no dispusiera de todos los bienes que adquiere por este testamento, nombra herederos nudo-propietarios y por cabezas a sus sobrinos...», lo cual pone de relieve que la llamada institución de heredero tiene de usufructo sólo el nombre, pues esta posibilidad que permite el artículo setecientos ochenta y siete del Código, comporta el dejar a una persona el todo o parte de una herencia y a otra el usufructo, es decir, un derecho de propiedad y otro derecho real sobre cosa ajena, pero ambos en forma de llamamientos *simultáneos*, mientras que aquí son *sucesivos*, pues la institución de herederos nudo-propietarios lo es exclusivamente *para el caso* de que el denominado usufructuario no hiciera uso de las facultades dispositivas que se le conceden, o haciéndolo, no dispusiera de todos los bienes, a lo que no puede ser obstáculo lo establecido en la cláusula primera como obligación de los nudo-propietarios respecto de misas y construcción de un panteón, ni tampoco la falta del tecnicismo apropiado, pues muerto el heredero no cabe hablar de nudo-propietario,

por la inevitable consolidación del pleno dominio si a ello hubiera lugar; por otra parte, es cierto que cabe la hipótesis del llamado, según la terminología alemana, «usufructo de disposición», que permite el artículo cuatrocientos sesenta y siete, como excepción al viejo principio de *salva rerum substantia*, si lo autoriza la ley o el título de constitución, pero no es menos cierto que en el caso que se examina, las facultades no son solamente para enajenar o disponer *inter vivos*, sino también para disponer de los mismos bienes que adquiera en esta sucesión, por testamento o *mortis causa*, lo que es incompatible con el usufructo, justo porque su titular no lo es del dominio y porque, según el artículo seiscientos cincuenta y nueve, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», y sabido es que, a tenor del artículo quinientos trece, primero, el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, lo que significa la imposibilidad de transmitir algo a los efectos del artículo seiscientos cincuenta y siete, en un momento en que no le pertenece; razones todas que obligan también a la desestimación de los motivos cuarto y quinto, formulados ambos por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, con denuncia de violación por inaplicación, en un caso, de los artículos setecientos ochenta y siete y cuatrocientos sesenta y siete en relación con los cuatrocientos setenta y cinco, seiscientos cincuenta y nueve, cuatrocientos ochenta y seis, quinientos trece, cuatrocientos sesenta y ocho, ochocientos seis (párrafo tercero) y novecientos treinta y siete, todos del Código Civil, y en el otro, de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, referida al mencionado «usufructo de disposición».

Que igual suerte desestimatoria que los anteriores, y también como consecuencia de la interpretación del discutido testamento, amparada en el artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, deben correr los motivos sexto y séptimo, que, por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, alegan, de un lado, aplicación indebida de los setecientos ochenta y uno; setecientos ochenta y tres, párrafo segundo, y setecientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código Civil, y de otro, violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en una extensa serie de sentencias de este Tribunal Supremo que cita, todo ello encaminado a combatir la aplicación de la otra solución interpretativa, al principio enunciada, que acoge la sentencia recurrida, en el sentido de estimar que lo instituido en el testamento de referencia fue una *sustitución fideicomisaria* de las llamadas *de residuo*, que, sin duda, es la que más se acomoda, al margen de los términos literales, a la verdadera voluntad de la testadora, pues los llamamientos son sucesivos, no simultáneos, y al titular del que se denomina usufructo, como se ha visto, no se le atribuye un derecho real de goce en cosa ajena, sino la propiedad, aunque sea en concepto de fiduciario, lo que implica, según el artículo setecientos ochenta y uno del Código, la obligación de conservación y transmisión de todo o parte de la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones, según el párrafo segundo del artículos setecientos ochenta y tres, que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, *salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*, posibilidad que permite no sólo disponer por acto *inter vivos*, que constituye la regla general, sino incluso *mortis causa*, siempre que conste de modo expreso, según proclamó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que son ejemplo, entre

otras, las Sentencias de once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y dos de diciembre de mil novecientos sesenta y seis; supuesto el segundo, que es el aquí concurrente, en el que la cláusula de residuo en la forma de *si quid supererit* da un matiz propio a la figura, que ciertamente agudiza las dudas que reflejó la doctrina científica y, sobre todo, la jurisprudencia sobre el encaje de la institución, con la fórmula *de eo quod supererit*, dentro de las sustituciones fideicomisarias, llegándose a decir que no encaja del todo en el marco genuino de éstas (Sentencias de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta), con base, sin duda, en la repercusión para el fideicomisario, que si en el primer caso vendría a tener condicionado no su derecho, pues el orden sucesorio sucesivo subsiste, pero sí el *quantum*, que sería incierto, en cambio, en el segundo caso, podría tener condicionado el derecho mismo, lo que pudiera contradecir la norma del artículo setecientos ochenta y uno; siendo, sin embargo, de recordar que, según el artículo seiscientos cincuenta y ocho, la voluntad del testador es la decisiva en la sucesión testamentaria, pues declara que «la sucesión se defiende por la *voluntad* del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley», como lo es también para su interpretación según el seiscientos setenta y cinco, en consonancia con lo cual el artículo setecientos ochenta y tres, párrafo segundo, permite que el testador disponga cosa distinta respecto de la obligación del fiduciario, que se establece en el párrafo primero, y estando incluido este precepto en la normativa de la sustitución fideicomisaria es indudable que cualquiera de las dos posibilidades que ordene el testador, lo será respecto de dicha sustitución fideicomisaria, que en estos casos, sobre todo el segundo, se presenta como forma especial, pero no excepcional, de lo que constituye la regla general en la materia.

COMENTARIO.—Bajo el nombre de disposiciones testamentarias de residuo se conocen aquellas por las que el testador designa a una persona como heredero o legatario —por tanto, como verdadero propietario de los bienes en que consisten—, ordenando que los bienes de que no haya dispuesto pasen a su muerte a otro heredero o legatario. Ofrecen dos modalidades, según que el testador faculte al primer heredero o legatario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, esto es, libremente (fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*), o bien limite los poderes dispositivos del primer llamado de tal forma que siempre los posteriores sucesores deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad del testador (fideicomiso de residuo *de eo quod supererit*). Ambas modalidades han sido reconocidas por la jurisprudencia (Sentencias de 7 de enero de 1959 y 20 de octubre de 1962), si bien se discute si estas disposiciones son modalidades de la sustitución fideicomisaria o, por el contrario, se trata de instituciones autónomas. A favor de la primera solución se aduce la existencia de un doble llamamiento y la trayectoria predeterminada de los bienes, si bien falta la obligación de conservar, bien en absoluto, bien en una parte, y de restituir los bienes.

Esta diferencia puede, sin embargo, salvarse por el inciso final del artículo 783 del Código Civil («... salvo el caso de que el testador...») y, en consecuencia, estimarlas como verdaderas sustituciones fideicomisarias, caracterizadas por la obligación de entregar el remanente, caso de existir.

A su vez, la principal diferencia entre estas sustituciones y el usufructo con facultad de enajenar estriba en que el usufructuario no es dueño de los bienes y, por tanto, nunca podrá consolidar la plena propiedad en su persona, por lo que, caso de fallecer o fallar los ulteriores llamados al goce de los bienes, se abrirá, en su caso, la sucesión intestada, pero no podrá el usufructuario, en virtud de su llamamiento al usufructo, adquirir el pleno dominio de los bienes usufructuados; en cambio, en el caso del fiduciario de residuo (y lo mismo del fiduciario simple), en el supuesto de faltar los fideicomisarios, podrá adquirir la propiedad libre de los bienes y transmitirla a sus sucesores, por cuanto ya tenía la propiedad de los mismos, si bien limitada *ad tempus* o con las modalidades establecidas por el fideicomitente. Y todo ello con independencia de que el llamamiento sea a título universal (herencia) o particular (legado), si bien, como es sabido, en principio, y desde el punto de vista institucional, el usufructuario, aunque lo sea de una universalidad, viene considerado en el Derecho sucesorio como legatario, no como heredero. Ello es un argumento más y corrobora que carezca de la fuerza expansiva del llamamiento a título universal o de herencia. Además, y ello resulta de lo dicho, en el usufructo hay un doble llamamiento simultáneo a favor de distintas personas, atribuyendo a cada una de ellas, desde el momento de la muerte del testador, un derecho de distinta naturaleza —usufructo a una, y nuda propiedad a otra—, es decir, hay atribución *simultánea* de derechos de naturaleza distinta. Mientras que en la sustitución fideicomisaria hay un doble llamamiento sucesivo —no simultáneo— a favor de distintas personas, atribuyendo a cada una de ellas, después de la otra, cuando se dé el supuesto previsto, idéntico derecho de propiedad sobre los bienes relictos o lo que de ellos quede, es decir, existe una atribución *sucesiva* de derechos de la misma naturaleza (propiedad).

En el caso de la sentencia comentada parece que la intención de la testadora —a la que habrá de atenderse antes que a la literalidad de los términos empleados, y ello aunque el redactor de la escritura fuese un Notario— es la de atribuir al primer llamado con el nombre de usufructuario el goce y la plena disposición, no sólo por actos entre vivos, sino incluso por testamento o *mortis causa*, de los bienes heredados, y *únicamente* para el caso de que no hiciera uso de dichas facultades de libre disposición de los bienes o haciendo uso de ellas no hubiera dispuesto de todos los bienes heredados, nombre herederos nudo propietarios (*sic*) a sus sobrinos. La piedra de toque se encuentra, en definitiva, en la diferencia últimamente apuntada con anterioridad: mientras en la institución en usufructo y nuda propiedad hay llamamiento *simultáneo*, en la sustitución fideicomisaria el llamamiento es *sucesivo*. Y en el supuesto objeto de la sentencia aparece clara la voluntad de la testadora, consistente en que los sobrinos no adquieran la propiedad de los bienes al abrirse la sucesión, sino únicamente después del primer llamado, don T. D. P., y para el caso de que no hubiese dispuesto de los bienes heredados por actos entre vivos o *mortis causa*. De donde resulta que los sobrinos tienen que esperar necesariamente a la muerte de don T. D. P. para saber si adquieren algo, no teniendo hasta que ésta ocurra más que una simple expectativa, que ni siquiera les faculta

para pedir medidas de aseguramiento por cuanto son omnímodas las facultades de disposición de don T. D. P. Y ello corrobora la tesis de la Audiencia y del Tribunal Supremo, pues tan amplísimas facultades se compadecen mal con el carácter de usufructuario. Lo que unido al título universal del llamamiento, como heredero, y además único heredero, determinan que sea completamente acertada tal calificación.

F. C. L.

TITULOS NOBILIARIOS.—NOVACION.—*Cabe la novación o modificación de los primitivos términos de la concesión* (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado número 2 de Badajoz, en base a las siguientes consideraciones:

Considerando que constituyendo el objeto del presente recurso, el debate sobre la titularidad de una merced nobiliaria, concretamente la del Marquésado de M., es preciso partir del principio básico e indeclinable en testamentaria, de la atribución de su origen a la potestad real de la que todas emanan, como prerrogativa del Soberano en su condición de Jefe Supremo del Estado, al modo como consta en el Código de las Siete Partidas (Ley segunda, Título XV, de la Partida II) y se mantuvo en las Leyes de Toro (Leyes XL y XLV), Novísima Recopilación (Ley veintiocho, Título I, del Libro IV), Leyes Desvinculadoras (especialmente la de once de octubre de mil ochocientos veinte), hasta llegar al Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (artículo quinto) e incluso a la vigente Constitución de mil novecientos setenta y ocho, en cuyo artículo sesenta y dos, al señalar las facultades del Rey, menciona, en la letra f), la de «... conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes»; potestad regia, que por su propia naturaleza, no se limita a la concesión u otorgamiento, sino que también comprende la pérdida y la modificación posterior, según admitió la Ley veinticinco del Título I, Libro IV, de la Novísima (Pragmática de Carlos IV de mil ochocientos cuatro), cuando al referirse a las mercedes ya concedidas, dispone que su naturaleza «se estime según el fin de la concesión o *permiso* para su venta o enajenación, que *después* hubiese yo concedido»; modificación o alteración que, como se ve, comprende hasta el caso de venta o enajenación, y que jurídicamente produce una *novación* de los términos en que se hizo la concesión primitiva en lo referente al orden sucesorio por incompatibilidad del antiguo con el nuevo, que lleva consigo el encabezamiento de nueva línea que produce el desplazamiento del anterior, el cual deja de tener consideración jurídica, en cuanto a la referencia del «mejor derecho» sucesorio, que habrá de conectarse, a partir de entonces, con la nueva línea instaurada, porque la precedente dejó de tener derecho alguno, ni mejor, ni peor.

Considerando que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo interpretó estrictamente esta doctrina cuando tuvo que aplicarla a los casos que

podieran verse implicados en ella, como comenzó haciendo en las Sentencias de veintidós de noviembre de mil ochocientos noventa y dos y veintisiete de junio de mil ochocientos noventa y seis, con criterio que se mantuvo en la de veinte de junio de mil novecientos ocho, donde se declara que «cabe el supuesto de que, respecto de las dignidades nobiliarias y con intervención del Monarca, se *altere o modifique* el orden regular y ordinario de la sucesión, sin que por ello se pueda entender vulnerado ningún derecho de los llamados a aquella merced», y la de veintiocho de enero de mil novecientos veintiocho, que proclamó que ello «implica, en esencia, una *novación* en los términos o reglas con que fue concedida la merced..., por el principio de que la Corona es fuente de estas mercedes»; interpretación que, más modernamente, sigue la Sentencia de primero de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, que admitió expresamente la concesión *modificativa*, hecha por el Soberano, del orden sucesorio ordinario, y asimismo la de veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, en la que con gran precisión se proclama que «la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria, y emanando una Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse en cuanto expresión de la voluntad del Real, y aun en el supuesto de que fuera *modificativa* de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad...», pues es primordial admitir que quien es creador de las dignidades nobiliarias tiene potestad soberana para suprimirlas y asimismo para *modificarlas*, aun alterando el orden sucesorio inicial...»; doctrina igualmente acogida en las Sentencias de veinticuatro y veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y siete, y también en todas aquellas de las que puede ponerse como muestra la de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho, en las que se afirma la intangibilidad de las cesiones debidamente *aprobadas* en tanto no se acredite su nulidad, y que debe ser mantenida no sólo porque está perfectamente acomodada a la normativa legal vigente, sino también porque contribuye a paliar, al menos, en parte, la incertidumbre y consiguiente inseguridad jurídica a que conduciría la interpretación contraria.

Considerando que la normativa e interpretación jurisprudencial que se acaban de exponer, a la que ninguna de las dos sentencias de instancia incomprensible e indebidamente hacen ni siquiera alusión a pesar de haber sido alegadas desde la contestación a la demanda, son de aplicar al presente caso teniendo en cuenta los datos de hecho acreditados en autos, según los que el Marquesado de M., que es, como se dijo, la dignidad nobiliaria que ahora se discute, fue creado por el Rey Carlos III en mil setecientos sesenta y uno en favor de don J. D. para sí, sus hijos y *descendientes*, y al morir sin descendencia la tercera Marquesa en mil ochocientos sesenta y ocho son dos los que aspiran a la sucesión, ninguno de los cuales, según se dice en el informe del Ministerio de Gracia y Justicia, procedía *derechamente* de los primitivos concesionarios, añadiéndose que «no hay otros individuos que puedan ostentar mejor derecho o por lo menos no lo han ejercitado», lo cual es exacto; lo segundo, porque no existía entonces ni ha aparecido alguno en el largo transcurso de más de cien años, y lo primero, porque el causante originario de los actuales titulares tenía parentesco de consanguinidad, por parte de madre, con dicha tercera Marquesa, mientras que aquél de quien trae causa el actual recurrido era un *cesionario* de un pariente suyo que entroncaba con la segunda línea de los concesionarios primitivos por el procedimiento de subir al tronco común para después

descender (llamado vulgarmente procedimiento de «sifón»), el cual, además, prometió desistir y separarse de su reclamación si se rehabilitaba a su favor el Marquesado de V., perteneciente a la misma casa de M., que estaba vacante por desuso, como en efecto sucedió, quedando, por tanto, apartado de la primera pretensión, lo que le impide transmitir algo que no tiene, pues es sabido que *nemo dat quod non habet*, ya que la renuncia fue condicionante de la rehabilitación que otorga el Regente del Reino, como lo fue de la sucesión otorgada en el Marquesado de M. el treinta y uno de marzo de mil ochocientos setenta en favor del causante de los actuales titulares (ahora recurrentes); con lo cual no se dirime un pleito, inexistente por otra parte, sino que el Regente, en su condición de Jefe Supremo del Estado (según precisa el informe del Ministerio), se limitó a utilizar las facultades discrecionales que la ley le concedía para el otorgamiento y modificación de estas mercedes nobiliarias, novando el primitivo orden sucesorio (prácticamente imposible de mantener en su pureza, puesto que se limitaba a los hijos y descendientes del concesionario, que no existían) por otro diferente que encabeza una nueva línea, que debe reputarse válido con todas las consecuencias legales; a lo que no puede ser obstáculo la circunstancia de que en la carta de sucesión figure la consabida fórmula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», que en este caso tiene la simple consideración de cláusula de estilo, habida cuenta lo que se dice en el propio informe ministerial, que sirve de motivación a la decisión regia, respecto de la ausencia de otros que puedan ostentar mejor derecho.

Considerando que, con base en cuanto antecedente, debe ser estimado el primer motivo del recurso, donde por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia violación de la Ley veinticinco, título primero del libro VI de la Novísima Recopilación, del artículo trece de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte, del artículo quince de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita; estimación que conlleva la del recurso en su totalidad, procediendo, sin necesidad de examinar los restantes motivos que también se formularon, la casación y anulación de la sentencia recurrida, con devolución del depósito constituido, según preceptúa el artículo mil setecientos cuarenta y cinco del mismo texto legal y sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.

Y en la segunda sentencia resuelve de conformidad con las razones transcritas.

El primer motivo del recurso, que acepta el Tribunal Supremo, dice así:

Primero. Autorizado por el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe por violación la Ley veintiséis del título segundo del libro sexto de la Novísima Recopilación, del artículo trece de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte, el artículo quinto del Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y la doctrina legal, sentada, entre otras, en las Sentencias de veintisiete de diciembre de mil ochocientos setenta y tres, veintisiete de junio de mil ochocientos noventa y seis, veintidós de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, veinte de

junio de mil novecientos ocho, veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y siete, veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho y veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete, entre otras. La sentencia recurrida se apoya esencialmente en la consideración de que el título debatido de Marqués de M. es de carácter regular y no ha sufrido durante su historia modificación alguna, y sobre la base de la inmodificabilidad general y carácter vinculante de los títulos considera a don J. J. N. primer poseedor del título, como único punto de referencia para la determinación del parentesco y de la preferencia genealógica. La sentencia recurrida, sin embargo, no ha tenido en cuenta para nada la alegación hecha por esta parte desde el primer momento de que el título de Marqués de M. había sido objeto de una novación, por la que se constituyó a don C. S. S. cuarto Marqués, en nueva cabeza de línea, como consecuencia de la carta de sucesión que le fue expedida por el Regente en treinta y uno de marzo de mil ochocientos setenta. La sentencia de Primera Instancia se ocupa de la cesión por testamento, también alegada, para negar su existencia, pero tampoco menciona siquiera la alegación de la novación producida por una decisión soberana de quien tenía facultades para adoptarla. La sentencia recurrida, al afirmar con carácter general la inalienabilidad y el carácter vincular de los títulos, se olvida que la posibilidad de que el Rey otorgue privilegios en materia nobiliaria con alteración de las propias cláusulas de la fundación y, por tanto, prevaleciendo sobre las normas generales (Ley cuarenta del Toro), con dispensa de las propias leyes en los casos concretos (Ley segunda, título dieciocho, partida tercera), está reconocida como principio general del Derecho nobiliario por la Ley veinticinco del título primero del libro sexto de la Novísima Recopilación (Pragmática de Carlos IV de mil ochocientos cuatro).

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

Por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ

A) SOCIEDADES ANONIMAS

CARACTER AUTENTICO DE DOCUMENTO A EFECTOS DE CASACION. HACER SUPUESTO DE LA CUESTION NO ES LICITO. LO DISPUESTO EN EL NUMERO 4.º DEL ARTICULO 160 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS ES DE CARACTER PRECEPTIVO, SALVO ACUERDO UNANIME EN JUNTA UNIVERSAL (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—Don U. D. D. demandó en el proceso especial de la Ley de Sociedades Anónimas a la sociedad anónima B. del S., S. A., estableciendo los siguientes hechos: Que el doce de noviembre de mil novecientos setenta y siete el Consejo de Administración de B. del S., S. A., acuerda convocar Junta General Extraordinaria con el siguiente orden del día: Uno. Cambio de domicilio social y consiguiente modificación del artículo cuarto de los Estatutos sociales. Segundo. Disolución de la sociedad y adopción de los acuerdos pertinentes. Tres. Sustitución de administradores. Cuatro. Nombramiento de Comisión Liquidadora con sujeción a lo dispuesto en el artículo cuarto de los Estatutos sociales; y Quinto. Ruegos y preguntas. En el día señalado se celebra la Junta, en la que se adoptaron los acuerdos que ahora se impugnan por ser contrarios a la Ley, como son el de disolución, el cese en su cargo de Consejero de don U. D. D. y el nombramiento de Comisión Liquidadora son improcedentes al ser el de la misma constitución de la Junta en la que aquéllos se adoptaron.

La sociedad demandada se opuso a la demanda y la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la desestimó. Declaró la validez y eficacia de los acuerdos sociales adoptados en dicha Junta, imponiendo las costas causadas al impugnante por ser preceptivas.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Gómez de la Bárcena, declaró haber lugar al recurso y casó y anuló la sentencia de la Audiencia Territorial, sin expresa condena en costas. Dictó segunda sentencia declarando la nulidad de la Junta Extraordinaria en cuanto a la forma de adjudicación del activo social, manteniendo el resto de los pronunciamientos desestimatorios.

Doctrina de la sentencia.—Se basó en los siguientes considerandos:

Considerando que contra la Sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en catorce de octubre de mil novecientos ochenta, por la que desestimando la pretensión del actor, aquí recurrente, en orden a la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria celebrada en esta capital en fecha trece de diciembre de mil novecientos setenta y siete, muy concretamente referida a los afectantes a la disolución acordada de la entidad B. del S., S. A., y al nombramiento de la Comisión Liquidadora, declarando la validez y eficacia de los tales acuerdos, se alza el presente recurso de casación por infracción de ley de doctrina legal, integrado por siete motivos, de los que cobran especial relevancia los tres primeros, en los que por el cauce del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se contiene la denuncia del error de hecho en la apreciación de la prueba, por no incluirse entre los estimados probados la circunstancia de «que los señores G. G. y G. T., accionistas mayoritarios de B. del S., S. A., procedieron a vender a un grupo de industriales del desguace de la carretera de Andalucía parte de la finca (concretamente un millón quinientos mil metros cuadrados), cuya finca constituía el patrimonio inmobiliario de la sociedad B. del S., S. A., y «que la expresada venta parcial de la finca se hizo por el precio de ciento cinco millones de pesetas, que percibieron a título particular don M. G. T. y sus familiares, ingresando la totalidad de dicha suma en una cuenta corriente abierta en el Banco Español de Crédito a nombre de herederos de don C. G. T. y doña A. T. con fecha dos de diciembre de mil novecientos setenta y siete» —motivo primero—; por contener el considerando primero de la resolución impugnada la «afirmación dubitativa» de «en que se suponen vendidas las partes de la finca a los industriales desguazadores de automóviles que han instalado en ellas sus industrias» —motivo segundo—; y el establecer la Sala *a quo* en el segundo de sus considerandos «es claro que concurriendo en autos con contenido no desvirtuado en contrario, la comunicación de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de esta capital de veintitrés de junio de mil novecientos setenta y siete, de la que prácticamente se hace imposible el cumplimiento del fin social de promocionar y construir viviendas de protección oficial, que no se autorizan en la finca rústica de referencia» —motivo tercero—; error de hecho que surge, a juicio del recurrente, desde el momento en que la realidad probada es que las tales ventas se produjeron, sin que el documento a que hace referencia el Juzgador aparezca incorporado a las actuaciones, evidencia probatoria corroborada por actos y documentos auténticos, a cuyo efecto hace la cita de los siguientes en apoyo de los tres motivos: a) las declaraciones prestadas en el proceso por los testigos don M., don J. y don J. G. T.; b) la declaración del primero de aquéllos en sumario seguido por estafa a virtud de querella del recurrente incorporada a las actuaciones en testimonio expedido en tal proceso penal; c) los documentos obrantes en el mismo, que constan en el testimonio anterior, referentes a la apertura de cuenta corriente y disposición de las cantidades ingresadas, y d) los documentos que por fotocopia obran unidos a los folios cincuenta y ocho, cincuenta y nueve y sesenta expedidos por el Ayuntamiento de San Martín de la Vega y a la declaración de los testigos don F. H. M., don G. D. L. y don J. B. S.; motivos que han de decaer en razón a lo siguiente: a) para que un documento tenga el carácter de auténtico a efectos casacionales es necesario que, *per se*, demues-

tre indiscutiblemente, sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o exégesis, la realidad irrefutable de lo afirmado por el recurrente, Sentencias de veintiuno de febrero, doce de marzo y trece de octubre de mil novecientos ochenta y uno y dieciséis de marzo y dos de abril de mil novecientos ochenta y dos, conclusión indiscutible a la que no es dable llegar a través de los invocados por aquél; b) por carecer de tal carácter las certificaciones de las autoridades administrativas y los testimonios emanados de la jurisdicción penal, Sentencias de dieciséis de marzo y veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y uno y once de mayo de mil novecientos ochenta y dos, y c) porque la eficacia y valoración de la prueba testifical sólo puede atacarse por la vía del error de derecho, con cita del precepto de valoración de prueba que haya sido infringido y en qué concepto.

Considerando que denuncia el motivo cuarto, por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción, por el concepto de violación por no aplicación, del artículo sesenta y siete, párrafo primero, de la Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y uno y de la doctrina jurisprudencial que cita y se da por reproducida, dado que, a juicio del impugnante, los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada son contrarios a la ley y producen lesión a los intereses sociales en beneficio de algunos accionistas, ya que «la intención de los socios que votaron los acuerdos impugnados fue la de perpetuar la venta fraudulenta que habían efectuado de parte de la finca para hacer suyos los ciento cinco millones de pesetas que por tal venta habían percibido y de los que se habían apropiado, como se deduce de actos y documentos que evidencian la intención dolosa de tal apropiación», y que resultan, según expresa en el desarrollo del motivo, de una serie de medios probatorios, que son los examinados en los tres anteriores, que al claudicar aparejan el rechazo del que se examina, pues, en definitiva, el recurrente, al apoyarse en un hecho no probado ni admitido en la instancia, viene a hacer supuesto de la cuestión, lo que no es lícito en casación, como esta Sala tiene reiterado en innumerables sentencias, de las que baste citar como más recientes las de diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y uno, veintiocho de enero y cinco y ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos.

Considerando que por la misma vía del anterior se acusa en el motivo quinto la infracción por inaplicación del artículo sesenta y siete de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que las facultades que se concedieron a los liquidadores lo fueron en el sentido de que «adjudiquen los bienes del activo social a los accionistas en la misma forma, proporción y naturaleza en que aportaron o les pertenecieran de no haberse hecho la aportación, arbitrando para ello todos los medios más convenientes», acuerdo que a su juicio es contrario a la ley y lesiona los intereses sociales en beneficio de los accionistas que lo votaron, y ello porque se priva al impugnante de su posible participación en la venta de parte de la finca ya enajenada y en lo que pudiera obtenerse con el resto de la venta, que deberá necesariamente hacerse en pública subasta, conforme al inciso cuarto del artículo ciento sesenta que dicha ley establece, precepto que se estima infringido por el concepto de inaplicación en el motivo sexto, articulado por el mismo cauce que el anterior; motivos que en lo referente a la enajenación del resto de la finca no vendida —ya que la ya enajenada no puede ser vendida y su pretendida incorporación al patrimonio social fue rechazada, con la deses-

timación de los motivos anteriores— han de ser acogidos por las razones siguientes: primero, porque conforme el artículo ciento sesenta y dos de la citada ley dispone, la división del haber social habrá de practicarse con arreglo a las normas establecidas en los Estatutos, normativa en el caso enjuiciado inexistente, visto el contenido de su artículo cuarenta y cuatro, o en su defecto por las fijadas en la Junta General de Accionistas, lo que no implica que tal Junta tenga omnímodas facultades a tal evento, ya que, como el propio artículo establece, los liquidadores vienen obligados a respetar lo previsto en orden a que el activo resultante, después de satisfacer los créditos contra la sociedad, se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos o en su defecto «en proporción al importe nominal de sus acciones», de aquí que la Junta no tenga facultades para ordenar el reparto del haber social en el modo y forma que tenga por conveniente, habida cuenta que todo accionista tiene un derecho individual a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, según ordena el artículo treinta y nueve, derecho del que no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta; segundo, porque el proceso liquidatorio ha de verificarse cumpliendo las exigencias del artículo ciento sesenta, en cuyo número cuarto se establece que los liquidadores habrán de enajenar los bienes sociales, cuya venta, en lo que a los inmuebles se refiere, habrá de hacerse en pública subasta, precepto imperativo que impide su reparto o adjudicación en forma distinta a la legalmente establecida; tercero, porque tal es el sentir de la sentencia de esta Sala de ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, en la que se sienta que la Junta carece de facultades para dejar sin efecto un precepto legal de carácter imperativo, por lo que no tiene atribuciones para derogar los términos genéricos y amplísimos del requisito legal que exige la subasta para la venta de inmuebles; cuarto, porque aun cuando la propia sentencia exonera del cumplimiento del tal requisito imperativo en los casos de que la Junta tenga el carácter de universal por la asistencia de la totalidad del capital, el carácter universal de la Junta deviene de que la presencia de la totalidad del capital desembolsado esté presente, pronunciándose unánimemente por la celebración de aquélla, unanimidad asimismo exigida para la adopción de los acuerdos liquidatorios al margen de lo normado en precitado artículo ciento sesenta y dos, ya que si los mismos son aprobados con la mayoría prevista en el artículo cuarenta y ocho, tales acuerdos pueden impugnarse, al amparo del artículo sesenta y siete, por el socio o socios que hubieren disentido de tal mayoría, siempre que sean contrarios a la ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, y quinto, que en el caso enjuiciado el acuerdo adoptado en el sentido que «procede adjudicar los bienes del activo social a los accionistas en la misma forma y naturaleza que los aportaron», claramente apareja una abierta conculcación de la norma de obligado cumplimiento establecida en el artículo ciento sesenta, cuarto, de la Ley, lo que justifica la acogida de los motivos que se dejan examinados sin necesidad de entrar en el del motivo séptimo.

La segunda sentencia se basó en:

Considerando que por los razonamientos contenidos en la anterior sentencia de casación, y dado que el acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria de la sociedad mercantil B. del S., S. A., celebrada en trece

de diciembre de mil novecientos setenta y siete, en el extremo cuarto del orden del día, en el particular relativo a la forma de adjudicación de los bienes del activo social, abiertamente conculca el contenido de la norma imperativa establecida en el número cuarto del artículo ciento sesenta de la Ley de Sociedades Anónimas, procede declarar su nulidad en los términos postulados en la demanda, en cuyo particular deberá revocarse la sentencia impugnada, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos desestimatorios, todo ello sin hacer expresa condena de costas.

NOTA.—Es interesante esta sentencia porque viene a completar, a precisar, la interpretación contenida en la de ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, referente al carácter imperativo de lo dispuesto en el número cuarto del artículo ciento sesenta de la Ley de Sociedades Anónimas («los inmuebles se venderán necesariamente en pública subasta»). Se sostenía en ella que la Junta Universal de la sociedad, con presencia de la totalidad del capital desembolsado, puede exonerar del requisito de la subasta; pero no se precisaba que el acuerdo de exoneración tenía también que tomarse por unanimidad por todo el capital desembolsado. Ello dio motivo a que dicha Sentencia de ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco fuera comentada por GARRIGUES Y URÍA (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Madrid, 1975, págs. 870 y 871) en los siguientes términos: «El Tribunal Supremo establece como pauta interpretativa un principio y una excepción. El principio consiste en que no hay inconveniente legal alguno en suprimir el trámite de la pública subasta en las ventas de inmuebles que el artículo ciento sesenta, cuarto, impone a los liquidadores. La excepción radica en que la supresión de ese trámite no puede ser autorizada por la Junta con carácter general; la Junta puede prestar su conformidad a un proyecto de venta concreto presentado por los liquidadores, pero no puede liberarles sin más de la garantía de la pública subasta, dejando a su arbitrio la determinación de las condiciones subjetivas, personales y modales de la enajenación. Pero tras esta correcta doctrina el Tribunal desliza una afirmación que no parece posible compartir: la de que cuando la Junta tiene el carácter de universal es posible que la autorización a los liquidadores para prescindir del requisito del artículo ciento sesenta, cuarto, tenga carácter genérico. Es probable que la intención del Tribunal haya sido la de admitir las autorizaciones genéricas cuando el acuerdo social se adopte por unanimidad. Si la exigencia de la pública subasta está dirigida a salvaguardar los intereses de los accionistas —y no los intereses de los acreedores—, está claro que un acuerdo unánime de los socios equivale a una renuncia colectiva de esa garantía perfectamente lícita. Pero la afirmación del Tribunal Supremo es otra: el carácter universal de la Junta es requisito suficiente para que pueda acordarse una autorización genérica a fin de que los liquidadores procedan a la enajenación de los bienes inmuebles sin observar la exigencia de la subasta pública. Y es aquí donde no parece aceptable la doctrina de la sentencia. Para que pueda hablarse de Junta Universal es necesario que, estando presente la totalidad del capital desembolsado, los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta (art. cincuenta y cinco); pero una vez constituida válidamente no se requiere esa unanimidad para la adopción de los acuerdos sociales. La distinción entre esta clase de Juntas y las convocadas normalmente no afecta para nada el sistema de adopción de los acuerdos sociales. En ambos casos la regla es la mayoría

(artículo cuarenta y ocho). Y de ahí que si se acepta la afirmación de la sentencia se venga a consagrar una franquicia injustificada en favor de las Juntas Universales».

Entendemos que ahora ya puede afirmarse que el Tribunal Supremo recoge el criterio de que la unanimidad debe recaer sobre el acuerdo que dispense del requisito de la pública subasta. Así puede sostenerse que la venta la realizaron propiamente todos los interesados, no los liquidadores.

B. M. B.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

CONDICIONES RESOLUTORIAS.—*LA CANCELACION DE LA IMPUESTA EN LA COMPRA EFECTUADA POR UNA COOPERATIVA FISCALMENTE PROTEGIDA ESTA EXENTA* (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1982).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada se reduce a determinar si está o no exenta del pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales la cancelación de una condición resolutoria expresa incluida en un contrato de compraventa de un bien inmueble por una Cooperativa de Viviendas para construir las que con destino a sus socios se acogieron a los beneficios de las de protección oficial.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, resuelve la cuestión en sentido afirmativo en base a lo siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que, por definición, las obligaciones condicionales son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho, sea éste futuro o incierto, sea éste «pasado» —como dice el artículo 1.113 del Código Civil, en cuyo estudio no procede entrar—, precepto que se complementa con lo que respecto de las obligaciones sujetas a condición resolutoria dice el artículo 1.114, según el cual, en ellas los derechos que se adquirieron se perderán si se produce el acontecimiento en el que consistía la condición; por lo tanto, si bien es cierto que en esta clase de condiciones la relación obligatoria despliega todos sus efectos desde el momento mismo en que se perfecciona la obligación, sin embargo es indudable que no nos hallamos ante una obligación pura, sino que existe un algo que las diferencia, y este algo no es sino la subordinación de la eficacia del negocio al incumplimiento o cumplimiento de la condición, condición que en este caso era la obligación de pagar parte del precio aplazado en dos anualidades, en cuyo caso el negocio quedaba perfecto, resolviéndose en cambio la compraventa en caso de impago de esa parte del precio.

Considerando que lo expuesto permite configurar las condiciones resolutorias como una limitación añadida voluntariamente por las partes a una declaración de voluntad, limitación que por lo tanto hace que el derecho transmitido, o no lo sea con carácter definitivo, o no lo sea en toda la extensión que se hubiera transmitido en caso de no existir la condición, pu-

diendo llegarse a esta conclusión al contemplar el aspecto registral de los negocios en los que estas circunstancias se producen por aplicación de lo establecido en la regla sexta del artículo cincuenta y uno del Reglamento Hipotecario, según el cual «para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél», lo que pone de manifiesto que registralmente, esto es, para terceros, el derecho transmitido ha sido limitado en su extensión; pues bien, si existe esa limitación, y la limitación desaparece al desaparecer la condición, se adquiere algo que no se tenía, como puede ser la adquisición definitiva del derecho, que hasta aquel momento «pendía» de algo (acontecimiento o conducta), por lo que el derecho transmitido y adquirido en el momento de perfeccionarse la obligación sujeta a condición se ha incrementado con algo que no tenía, porque precisamente lo había impedido la condición impuesta.

Considerando que como el artículo sesenta y cinco, número cinco, del Texto Refundido del Impuesto concede la exención para las adquisiciones de bienes o de «derechos», pero sin expresar cuáles de éstos deban de entenderse comprendidos en la exención y cuáles excluidos, no puede hacerse una limitación del beneficio fiscal en los términos que la Administración pretende, y por lo tanto, siempre y cuando se adquiera algún derecho, o una parte de las facultades que lo integran y que antes no se tenía, deberá de concederse la exención, como debe de hacerse en el presente caso, respecto los que adquiere el comprador de la finca, mediante la cancelación de la condición resolutoria expresa incluida en la escritura de compraventa.

PRESTAMO HIPOTECARIO.—EL PRESTAMO HIPOTECARIO CONCEDIDO A UNA SOCIEDAD CONSTRUCTORA POR LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID PARA URBANIZACION O CONSTRUCCION DE EDIFICIOS EN POLIGONOS O MANZANAS DE NUEVA URBANIZACION O REFORMA INTERIOR, SIN REFERENCIA NOMINATIVA ALGUNA A LOS POSIBLES ADQUIRENTES DE LAS VIVIENDAS, QUE SON TOTALMENTE DESCONOCIDOS CUANDO SE CONCEDE EL PRESTAMO POR LA CITADA ENTIDAD DE CREDITO, PRESTAMO QUE, A MAYOR ABUNDAMIENTO, CARECE DE LA NECESARIA FINALIDAD SOCIAL, NO ESTA EXENTO, AUNQUE SI ES BONIFICABLE EN SU BASE, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 66, 1.º, B), DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO DE 8 DE ABRIL DE 1967 (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1982).

Hechos.—La problemática de fondo planteada en el presente caso se concreta en determinar si al préstamo hipotecario antes expresado debe aplicársele la exención del artículo sesenta y cinco, primero, sesenta y siete, del Texto Refundido del Impuesto o, con carácter subsidiario, y en defecto de la anterior exención, la bonificación del setenta y cinco por ciento prevista en el artículo sesenta y seis, primero, b), del indicado Texto Refundido.

El Tribunal Supremo entiende que no procede aplicar la exención pero sí la bonificación en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que la exención aludida es solamente aplicable a los préstamos concedidos por las Cajas de Ahorros en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca, siempre que además se cumplan los requisitos fijados por el Ministerio de Hacienda en cuanto a intereses, condiciones y cuantía de tales préstamos, debiendo tener forzosamente éstos una finalidad económico-social, cual es, como se establece en la mencionada Ley de Bases de la Ordenación del Crédito y la Banca de catorce de abril de mil novecientos sesenta y dos, la de facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda de los modestos ahorradores, carácter marcadamente social, repetimos, que asimismo se recoge en el Decreto de veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro y en la Orden de diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y seis, que desarrollando el Decreto-ley de tres de octubre de mil novecientos sesenta y seis, sobre ordenación económica, regula las «cuentas de ahorro-vivienda», determinando todo ello, en suma, la obligatoriedad de la individualización y concreción de los únicos que pueden obtener del establecimiento de crédito la concesión del correspondiente préstamo para la adquisición de la vivienda a fin de que, conocidos aquéllos, dicho préstamo pueda acogerse al beneficio de la exención a que ahora venimos refiriéndonos, concreción e individualización de los particulares interesados que requiere una constancia documental en la que aquéllos figuren como prestatarios, lo que indudablemente no ha ocurrido en el presente supuesto, por cuanto el préstamo obtenido por la hoy apelante de la Caja de Ahorros de Madrid lo ha sido figurando aquélla, constructora de viviendas, como prestataria, y sin que se haga referencia nominativa alguna a los posibles adquirentes de dichas viviendas, que son totalmente desconocidos cuando se concede por la mencionada entidad de crédito el préstamo objeto de este proceso, préstamo que, a mayor abundamiento, carece de necesaria finalidad social al resaltarse en la estipulación segunda de la escritura de concesión de aquél un destino para la construcción del inmueble que no es el que obligadamente debe figurar para poder acogerse a la exención establecida en el número sesenta y siete del artículo sesenta y cinco del Texto Refundido del Impuesto en cuestión.

Considerando que por lo que se refiere a la bonificación del setenta y cinco por ciento establecida en el apartado *d)* del artículo sesenta y seis, primero, *b)*, del texto regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, dicha bonificación tiene como requisito necesario que el préstamo concedido se invierta en su totalidad en la urbanización o en la construcción de edificios en polígonos o manzanas de nueva urbanización o reforma interior, y de la prueba documental en estas actuaciones resulta de forma indubitada que la totalidad del préstamo fue destinado a la construcción de los edificios Inca y Azteca efectuada por sociedad constructora apelante, y que en conjunto ascendió a la cantidad de ciento veinte millones quinientas sesenta y dos mil novecientas una pesetas con quince céntimos, edificaciones que, según certifica la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid, están ubicadas en la parcela cuatro de la manzana B del polígono de «nueva urbanización» denominado parque Marqués de Portugalete, habiéndose realizado aquéllas con arreglo al proyecto aprobado por la Comisión del Area el veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y dos; de lo expuesto resulta suficientemente acreditada la concurrencia, en el supuesto ahora debatido, de las circunstancias que según el

precitado apartado d) del artículo sesenta y seis, primero, b), determinan la obtención de la bonificación del setenta y cinco por ciento allí establecida, sin que esta conclusión sea en absoluto contradictoria con la denegación de la exención a que anteriormente hemos llegado, ya que la acreditación de un destino en el importe de un préstamo para la construcción de viviendas o edificaciones en un específico polígono o manzana no supone forzosa-mente el cumplimiento con aquél de la finalidad económico-social que encierra necesariamente la exención aludida, que es precisamente lo que en el presente caso ha ocurrido, dados los términos en que fue concedido el préstamo en cuestión por la Caja de Ahorros de Madrid.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—VALOR LIQUIDABLE. LO ES SU VERDADERO VALOR, CONSIDERANDOSE COMO TAL EL PRECIO MAXIMO FIJADO PARA LAS MISMAS POR SU LEGISLACION ESPECIFICA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—La cuestión estriba en determinar si la base a tener en cuenta en el supuesto planteado es la resultante del valor declarado o el precio fijado por la Administración tomando como base el precio máximo legal, sin necesidad de efectuar comprobación alguna del mismo.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo, se muestra partidario de aplicar este segundo criterio en base a la siguiente:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que es un principio general que rige en el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, el que deberá girarse dicho Impuesto no sobre el precio o valor declarado, sino sobre el verdadero valor de los bienes transmitidos —artículo ocho del Texto Refundido regulador del mencionado tributo—, o lo que es lo mismo, sobre el valor «comprobado» de aquéllos fijado de acuerdo con la norma establecida en el número primero del artículo setenta del mencionado Texto Refundido, con lo que, en definitiva, se persigue que el Impuesto en cuestión grave el auténtico y real valor de los bienes cuya transmisión es objeto de gravamen, de forma tal que aquél coincida o sea el equivalente del precio que por los bienes aludidos se pague en el mercado, no en la concreta transmisión generadora del gravamen, ya que dicho precio de mercado, y no otro, es el verdadero precio de los referidos bienes transmitidos y, por ello, el que ha de ser objeto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Considerando que en el presente supuesto, en que se discute cuál haya de ser el valor a efectos fiscales de la vivienda cuya transmisión fue objeto de gravamen por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, vivienda aquella calificada como de «protección oficial», la Oficina Liquidadora correspondiente efectuó una actividad comprobatoria del precio señalado en la escritura de compraventa, al no aceptarse el allí establecido, ni aun cuando el mismo fuera el máximo permitido a tenor de lo previsto en la legislación vigente de las viviendas de protección oficial, lo que determinó que el precio escriturado de seiscientos noventa mil pesetas fuera elevado a dos millones cuatrocientas seis mil cuatrocientas once pesetas, comprobación de valores anulada en la sentencia que ahora es apelada, en la que con acertado criterio se establece que dado el carácter tasado del precio

de venta de las aludidas viviendas calificadas, así como la obligación que tienen los vendedores y compradores aquéllas de ajustarse a los módulos al efecto señalados legalmente, el Impuesto en cuestión no puede recaer sino sobre el precio máximo legal, y ello sin necesidad de efectuar comprobación alguna del mismo; criterio acertado, repetimos, en el que debe insistirse, toda vez que si ya anteriormente hemos establecido que el precio o valor que debe ser objeto de gravamen es el auténtico y real del bien transmitido, entendiéndose por tal el precio de mercado, es indudable que en los supuestos de viviendas de protección oficial, sometidas a una serie de limitaciones en cuanto a venta, uso y arrendamiento, estas mismas limitaciones determinan unas características de dichas viviendas que inciden en la determinación del precio real de aquéllas, que, en consecuencia, no puede ser otro que el máximo fijado por el Organismo competente, precio máximo legal que, ello es forzoso, debe también coincidir con el precio de mercado que a dicha vivienda corresponde, al no poderse percibir por la enajenación de aquélla un precio superior al máximo legal permitido, tal como al efecto se establece en el artículo 29 del Real Decreto de 12 de noviembre de 1972; esta limitación en el precio de venta y adquisición de las viviendas calificadas, a que venimos aludiendo, en las que por razones sociales se determinan unos módulos máximos en la transmisión y arrendamiento de las mismas, hace que aquéllas no puedan legalmente tener un precio de mercado, que es factor decisivo en la determinación del verdadero valor, superior al máximo legal permitido, siendo por ello innecesaria la comprobación de valor de la vivienda en cuestión, por cuanto para alterar aquel precio máximo sería necesario eliminar unas limitaciones que precisamente son las que condicionan, como ya hemos dicho, tal precio máximo.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1981).

Adquiridos unos terrenos por una cooperativa de viviendas, determinándose en el título de adquisición que de ellos parte se destinaba a viviendas, parte a viales y parte a zonas verdes, se obtiene la exención provisional, girándose la liquidación cautelar, y posteriormente la cédula de calificación provisional. Declarada la obra nueva, ajustada a cédula, la Oficina Liquidadora procede a girar liquidación por razón de la compra en su día de los terrenos que no han sido estrictamente ocupados por las viviendas.

El T.E.A.C. declara no ajustada a derecho tal liquidación por dos órdenes de razones:

1.º Las liquidaciones caucionales giradas al concederse la exención provisional, en los casos de actos relativos a viviendas de protección oficial, tanto en cuanto a la comprobación de valores como a las liquidaciones en sí mismas, son actos administrativos perfectos y obligan a la Administración, sin que las Oficinas Liquidadoras tengan facultades por sí mismas para anularlas, modificarlas o revisarlas, quedando su competencia limitada a llevar a cabo las gestiones para su efectividad y liquidación de intereses, sin perjuicio de la revisión de tales actos por el órgano competente.

2.º Porque el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial vigente en la época en que las liquidaciones se produjeron, el 24 de julio de 1968, prevé, entre los beneficios fiscales, en su artículo 2.º, que tal exención se extienda a los terrenos y obras de urbanización necesarios para la construcción.

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1981).

El dictamen del técnico al servicio de la Administración ha de basarse en hechos concretos y evidentes de fácil comprobación, en cuanto a su realidad y objetividad, ya que es la única forma de que puedan ser cono-

cidos los fundamentos, por un lado, por las autoridades, llamadas, en su caso, a resolver sobre su procedencia, y por otro, por el contribuyente, que de este modo se coloca en disposición de discernir la oportunidad no sólo del criterio de tasación seguido, sino el de los datos de hecho tenidos en cuenta por el perito oficial para su estimación, evitando así que, por vía de omisión o de desconocimiento, se produzca la indefensión del administrado.

VALIDEZ DE DOCUMENTOS (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 1981).

El impuesto ha de exigirse prescindiendo de los defectos extrínsecos de los documentos que puedan afectar su validez y eficacia, aunque sea la alegación de falsedad por el contribuyente de su propia firma, en el documento privado presentado a liquidar por el contratante no obligado al pago del impuesto, pues la apreciación de esta circunstancia no es competencia de la Administración Fiscal, sino de los Tribunales de Justicia, cuyas decisiones firmes son las únicas que pueden provocar que queden sin efecto las liquidaciones que la Administración hubiere practicado, dando lugar a la devolución de su importe a quien proceda.

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 19 DE FEBRERO DE 1981).

Es fundamentación suficiente de la valoración expedida por técnico al servicio de la Administración con título adecuado a los bienes a valorar, aquella que hace referencia a la superficie de las fincas, precio de la unidad de superficie tomado en razón a la situación en la población y edificabilidad del terreno.

Literalmente, el informe técnico decía: «El precio aplicable al suelo se considera adecuado al lugar en que está enclavado, dada su proximidad al centro urbano y dimensiones aptas para la edificación».

VALORACION TECNICA. EXPECTATIVA DE VALOR (RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 1981).

La Administración goza de plena libertad de elegir el medio de comprobación de valores, y elegido el de valoración técnica, puede tener en cuenta el funcionario valorador como circunstancia determinante del precio la expectativa urbana del bien valorado, como tiene reconocido el Tribunal en Resoluciones de 22 de octubre de 1980 y 17 de julio de 1980; pero la mera indicación de «valoración de acuerdo con las expectativas urbanísticas de estos terrenos», no es justificación suficiente de la tasación, que con esa sola indicación carece de los elementos de objetividad, claridad y concisión que han de reunir las comprobaciones de valores practicadas por este procedimiento.

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 25 DE FEBRERO DE 1981).

Está extendida conforme a derecho la valoración técnica de un edificio realizada por un Arquitecto al servicio de la Administración, en la que se determina la superficie por plantas y el valor unitario de la medida superficial para cada una de ellas según su situación en el edificio, sótanos, bajos primero, etc., con referencias a precios medios de mercado.

SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO (RESOLUCIÓN DE 26 DE FEBRERO DE 1981).

La facultad de suspender el acto administrativo liquidatorio o comprobatorio de valores, en un recurso económico-administrativo interpuesto ante el correspondiente T.E.A.P., es discrecional del Tribunal, y dada su amplia discrecionalidad sólo cabe fiscalizar jurisdiccionalmente el acto admitiendo o rechazando la suspensión, en casos de notoria arbitrariedad o ejercicio abusivo o desviación de poder, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1975 y 25 de noviembre de 1978, entre otras, salvo los defectos sustanciales de los elementos reglados del acto (competencia, procedimiento, etc.).

VALORACION TECNICA (RESOLUCIÓN DE 26 DE FEBRERO DE 1981).

La práctica de la comprobación administrativa de valores, llevada a cabo utilizando el medio ordinario de valoración efectuada por un funcionario técnico, con título adecuado a los bienes a valorar, no puede ser combatida por el contribuyente por medio de una tasación oficiosa y particular o utilizando otro medio distinto, sino que tal forma de comprobación únicamente puede impugnarse solicitando la práctica del medio extraordinario de comprobación consistente en la pericial contradictoria o denunciando vicio de forma en la práctica de dicha valoración, como falta de expresión de las razones y fundamentos en que se funda la tasación o cualquier otro defecto que pudiera llevar consigo la indefensión del contribuyente.

EXENCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (RESOLUCIÓN DE 26 DE FEBRERO DE 1984).

El plazo de tres años para obtener la cédula de calificación es improrrogable, y transcurrido éste, la Administración Tributaria ha de girar la oportuna liquidación, con las mismas bases y tipos que los aplicados a la liquidación caucional, con los oportunos intereses de demora.

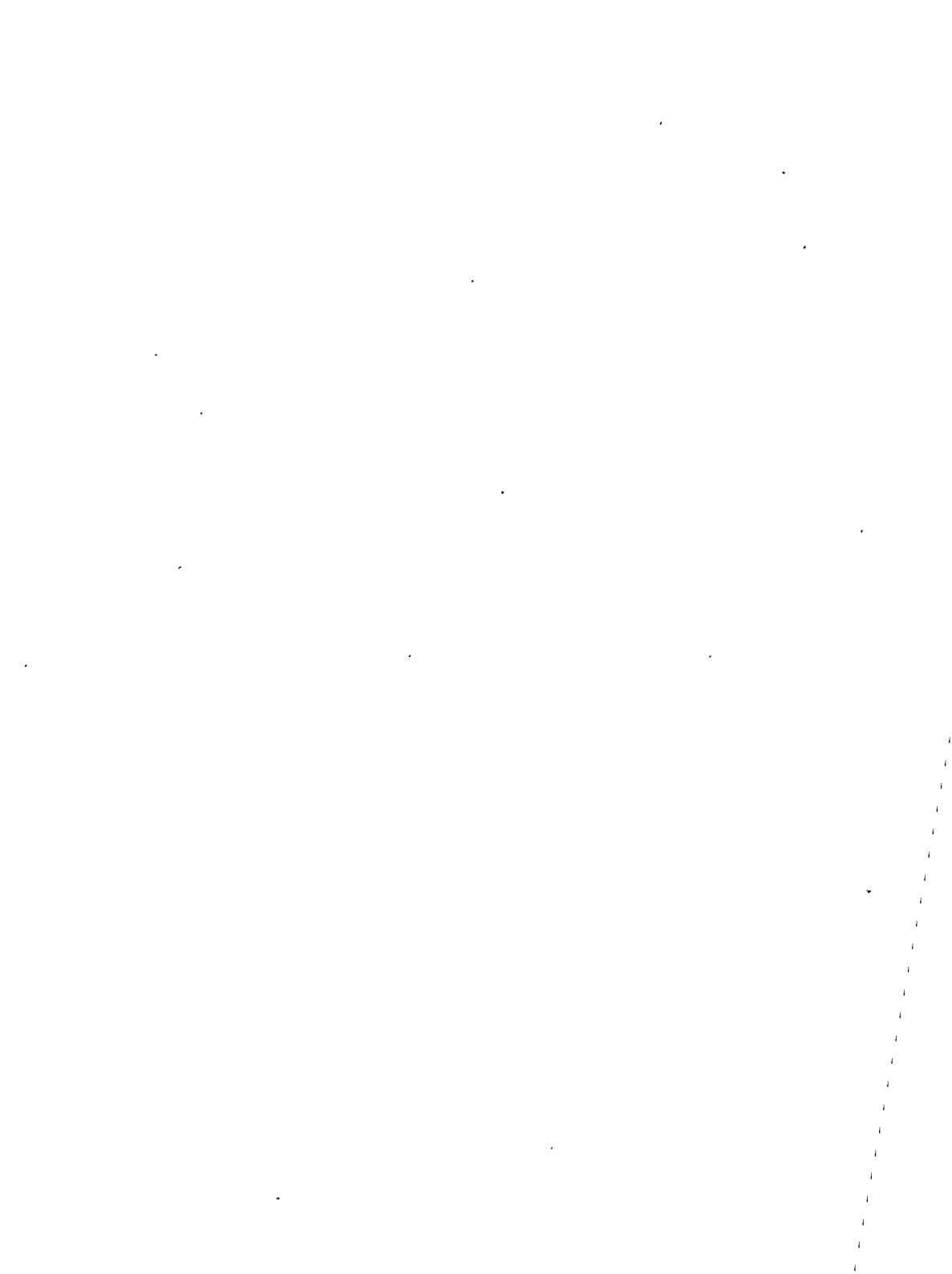
RECURSO DE ALZADA (RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1981).

Notificada una resolución del Tribunal Económico-Administrativo provincial, en la que se declaraba la nulidad de las actuaciones en un expe-

diente de comprobación de valores, se recurre de alzada al Tribunal Central solicitando la nulidad de una valoración técnica y la concesión de una exención. El Tribunal Central rechaza el recurso porque, estando anulados los actos administrativos previamente por el Tribunal provincial, no existe ningún acto de esta clase susceptible de corrección por el Tribunal en segunda instancia.

F. J. F. F.

LIBROS



ASSOCIAZIONE ITALIANA DE CULTORI DI DIRITTO AGRARIO: *Prospettive di riforma del credito agrario*. Florencia, 1983, un tomo de 241 págs.

No sé dónde lo leí, pero ahora compruebo una vez más que es cierto. Todos creemos entender bien el idioma italiano, hasta que de pronto se nos atraviesa en la lectura un nudo de palabras con zetas, dobles eses o tés que se nos hace difícil de saltar, aun con ayuda del diccionario. Lo curioso, hagan la prueba y lo verán, es que leyendo en alto, o sea, «oyéndolo», se captan mejor las palabras y la traducción se torna bastante más accesible, quizá porque el idioma del Dante tiene una claridad musical insuperable.

Hablando en otro sentido, debo declarar que no soy muy partidario de esa tendencia tan corriente, que a veces raya en papanatismo, de creer que lo que dicen los extranjeros es siempre mejor que lo español y, por tanto, hay que dar el amén a todo lo que viene del otro lado de nuestras fronteras. Aunque esto tampoco significa que uno sea un xenófobo y considere lo propio como insuperable. *In medio, virtus*, que dirían los clásicos. Y por ello hay que ver también lo que pasa fuera para acogerlo, si fuese beneficioso para solucionar los problemas propios.

Tal ocurre con la regulación del crédito, que si tiene importancia en lo económico, también la tiene muy grande en lo jurídico, ya que su adecuada andadura y viabilidad dependerá del acierto de su normativa.

Porque las necesidades que se cubrieron con los venerables contratos del mutuo y del comodato en el Derecho Romano eran muy distintas a las actuales. El crédito ahora ya no es, o no debe ser, sólo para tapar agujeros, sino para realizar inversiones productivas creadoras de riqueza. Si a esto se añade la crisis económica que nos acosa, se comprende la necesidad de articular un crédito ágil, barato y seguro, el cual precisa ineludiblemente de una regulación idónea.

Por eso consideramos interesante dar noticia de la convención celebrada en Florencia por la Asociación Italiana de Cultivadores del Derecho Agrario, con el apoyo del propio Ministerio italiano de Agricultura y otras varias instituciones jurídicas y crediticias, para estudiar la reforma del crédito agrícola de dicho país, y cuyas ponencias y comunicaciones se recogen en este libro.

Su objeto lo centra nuestro viejo conocido y ya amigo el Profesor ANTONIO CARROZA, de la Universidad de Pisa y Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Agrario, diciendo que no se trata tan sólo de enjuiciar el proyecto de ley existente en el Parlamento italiano, sino más bien de confrontar sus concordancias y discrepancias, señalar sus lagunas y resaltar los principios generales y los elementos interesantes de su contenido. Esto constituye un sistema, como otro cualquiera, para introducir y desarrollar

el debatido tema del crédito agrario y los criterios más oportunos y corrientes para reformarlo; en todo caso, es el modo que el jurista del Derecho positivo considera más adecuado: sobre el texto legal, aunque sea en proyecto, fundamentar su discurso teórico, situando al legislador como blanco polémico.

Es preciso reconocer que las varias soluciones posibles a los problemas planteados se ven dificultadas por la coyuntura económica que estamos atravesando. La angustia crediticia decidida por las autoridades monetarias ha hecho sentir sus consecuencias en el sector agrícola. En Italia, los institutos de crédito han bloqueado muchas operaciones de préstamo con interés bajo y por ello se han parado financiaciones relativas al desarrollo rural que constituyen, hoy por hoy, la única forma de planificación agrícola practicable. Las mismas balanzas regionales contemplan recortes en las asignaciones para la agricultura que alcanzan elevados niveles.

En suma, nos sigue diciendo el autor, la agricultura es más pobre ahora que en años atrás, aunque siempre ha vivido en un régimen precario, y ahora pasa de una carencia a otra: antes, el hambre de los campesinos era en sentido material; después, el «hambre de tierra»; ahora y siempre, el hambre de capital, de ese capital que dejado libre, prefiere encaminarse hacia su empleo en otras actividades.

Es una situación insostenible; la agricultura no puede vivir sin crédito, mejor dicho, sin un crédito que se acomode a sus características. Acomodado más bien en sus intereses, ya que por aquella congénita debilidad que reclama un tratamiento jurídico diferenciado y por las bajas rentas que genera, la agricultura no puede soportar la carga de los intereses corrientes en el mercado. Debe ser también acomodado en cuanto a la garantía, así como en los procedimientos. Y si todo esto es cierto, no se explica el autor cómo se puede renunciar a una especialización, al menos en cierta medida, en lo referente al sistema de un crédito agrario.

El Profesor CARROZA propone otra reflexión a propósito del tema y es la idea, a la que muchos están tentados, de ampliar el Derecho agrario, renovando su contenido, en el sentido de que el área tradicionalmente reconocida a esta rama jurídica debe extenderse hasta comprender otros sectores que habrían de caer, al menos, en parte, en su esfera de competencia. Haciendo coincidir el nacimiento de esta rama de la ciencia jurídica con la fundación en 1922 de la *Rivista di Diritto Agrario* por el Profesor BOLLA, desde entonces se ha desarrollado, tanto en extensión como en profundidad, con nuevas adquisiciones, como el Derecho agrario de herencias, procedimientos agrarios, construcciones rurales y otras más.

El crédito agrario, considerado bajo su perfil jurídico científico, ¿dónde debe colocarse? Es evidente que esta materia se presenta ahora articulada en dos partes distintas: La primera, es decir, el crédito como organización, como estructura perteneciente al sistema bancario general, es objeto de estudio del Derecho administrativo en sus varias ramas o del Derecho público de la empresa o de la economía. La segunda parte recae más bien en el campo del Derecho privado, civil o mercantil. Ahora los juristas agrarios suelen inclinar sus preferencias hacia la segunda faceta y partiendo del preconcepto que todavía condiciona muchos de nuestros estudios, o sea, con cierta timidez, se han ocupado sólo de este aspecto privatista; aunque, ciertamente, los otros no son suprimibles. Pero una vez borrada la barrera entre lo público y lo privado, y más en Derecho agrario, los agraristas se

encuentran ahora autorizados para estudiar con gran interés en toda la zona del crédito agrícola. En consecuencia, el autor opina que los tratadistas no deben mostrar vacilaciones al manifestar los criterios fundamentales ante la proximidad de la reforma legislativa italiana que puede suponer un retoque al sistema completo, afectando a la propiedad rústica y a la empresa agraria en todos sus aspectos.

En el saludo que hace a los congresistas, LAPO MAZZEI, Presidente de la Caja de Ahorro de Florencia, donde se celebró la reunión, dijo que en el fondo de la cuestión del crédito a la empresa agraria está la necesidad de transformar ésta para poder cambiar el enfoque de sus problemas; hay dificultad de vender lo producido y, en consecuencia, ocurre que el crédito agrario ha de proveer a los gastos que se precisan para comercializar esos productos. Si queremos contribuir a la superación de la crisis de la balanza alimenticia tenemos que vender más, y para ello es preciso promocionar e investigar los mercados. Otro aspecto importante a tener en cuenta, dijo, es que la destinataria del crédito agrícola es una empresa, en la acepción más completa del término, y, sin embargo, hasta ahora se ha pensado en un tipo de cuenta de crédito a vencimiento fijo que debe ser cerrada todos los años; este hecho obstaculiza y contradice el aspecto dinámico y la continuidad en el tiempo que precisa toda empresa; el crédito por ejercicio que se practica en la agricultura no debe tener esta interrupción, que es una barrera. En atención a esto, propugna la mejora del crédito agrícola no sólo en el aspecto cuantitativo, sino más bien en el normativo; cree que los agricultores sufren más que nadie el flagelo de la inflación, como puede demostrarse con los números en la mano observando el modo impresionante en que se elevan los costes, mientras que el precio de los productos agrícolas tan sólo crece de una manera bastante mesurada. Y no sólo aflige a la agricultura la inflación monetaria, sino la de algunos productos que no encuentran salida hacia el mercado, mientras que para otros dependemos del exterior.

Los temas de las ponencias de esta reunión fueron cuatro:

- La política agraria y el crédito a través de la evolución de la demanda crediticia.
- Política financiera, institutos y entes distribuidores en la agricultura.
- Aspectos técnicos de la provisión y forma técnica de la distribución del crédito.
- Regiones y crédito agrícola en las perspectivas de la reforma.

La última ponencia puede tener especial importancia para España en el difícil trance del entrecruce de competencias estatales y regionales, y que hasta que se aclare puede producir parones y dificultades poco aptos para la mentalidad y el bolsillo de los agricultores. Por eso es interesante observar cómo piensan abordar el tema en Italia con el fin de aceptar lo bueno o rechazar lo pernicioso. FABIO MERUSI estudia aquí la tensión institucional en torno al crédito agrícola como consecuencia de la incentivación de la empresa agraria, contemplando especialmente las facultades de los entes regionales en esta materia y las consecuencias que en la agricultura pueden producirse por el ejercicio del poder regional, sobre todo procurando que el crédito se agilice mediante los institutos regionales.

Siguen a continuación, en el libro que estamos resumiendo, los textos

de treinta comunicaciones, con variadas observaciones, según el modo particular de ver de sus autores sobre este importante proyecto legislativo, y acaba el contenido del tomo con los discursos de los Profesores BALSAMI, CAMPUS, D'AMICO, SINATTI, PANNUCIO, RUOZI y SORBI.

Las conclusiones que recogen el general sentir son del Profesor GIOVANNI GALLONI, que dice que todos los participantes han estado de acuerdo en definir el crédito agrícola como crédito a la empresa agraria, con lo que se acaba la discusión entre los aspectos económico y jurídico. Con la expresión «préstamo de fin» se indica, en términos generales de financiación, que tiene un destino específico relevante, aunque con perfil causal.

En cuanto a cuál sea la característica de la empresa agraria, la idea ha evolucionado, pues si con el Profesor BOLLA se identificaba con el fundo, en la moderna doctrina lo hace con el ciclo biológico, en el hecho de que se trata de una actividad de producción que está tipificada y condicionada bajo el perfil económico y jurídico de la existencia de dicho ciclo biológico animal o vegetal. Y esta especialidad de la empresa agraria respecto a otros tipos de empresa, se refleja en una especialización del crédito agrícola respecto a los destinados a otros tipos de empresa. La Constitución italiana considera a la tierra como instrumento para la actividad empresarial agraria; con esto no se anula la propiedad, sino que se la cualifica para su finalidad productiva. La empresa, que desde un punto de vista jurídico era considerada simplemente un modo de ejercer el derecho de propiedad, adquiere ahora preeminencia como ordenamiento jurídico y la propiedad pasa a ser un instrumento de la empresa. Y este salto cualitativo en la relación propiedad-empresa debe reflejarse inevitablemente en la reforma del crédito agrícola.

Por eso, si se piensa hacer una verdadera y propia reforma del crédito agrícola, hay que partir de conceptos profundamente diversos de los que hasta ahora existían. Para esto es preciso que la garantía fundiaria, que es insuficiente, sea sustituida por una fianza pública concedida a todas aquellas empresas que acepten la asistencia técnica pública, conformándose a los objetivos de una planificación, para la cual se darán los financiamientos necesarios.

Así es como nos presentan nuestros amigos italianos el tema del crédito agrícola. Es cierto que está sometido a muchos riesgos porque la agricultura sufre diversas contingencias y su rentabilidad no es tan remunerativa como otros sectores. Y si estos factores alejan la inversión de capitales libres, el Estado debe suplir la falta para capitalizar este sector primario, del que depende nada menos que la alimentación de todos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: *Derecho familiar peruano*. Lima, 1982, 3 tomos.

El examen que últimamente vengo haciendo de la bibliografía jurídica hispanoamericana parece dar la razón a MENÉNDEZ Y PELAYO: Unos autores tratan con aprecio y cariño a la colonización y cultura española, mientras que otros ponderan la supremacía indiscutible de la cultura protestante y anglosajona. Esta discusión responde a la profunda división de la intelec-

tualidad iberoamericana, en la que un importante sector tiende a culpar a la cultura española y católica el atraso y la pobreza del mundo hispánico. El profesor CORNEJO no pertenece a ese grupo. Candidato demócrata-cristiano a la presidencia de su país, es la autoridad indiscutible e indiscutida del Derecho peruano. El doctor CORNEJO CHÁVEZ, por su porte y distinción, por su elegancia y sobriedad de estilo, y hasta por su apellido, diríase que es un caballero español de la conquista. Y es que, dicen los americanos, lo mejor de España quedó en América.

El doctor CORNEJO, en su *Derecho familiar peruano*, presenta la familia como una realidad natural que trasciende al Derecho positivo, y con una clara, tajante y valiente toma de postura expone el derecho de familia desde sus claves y presupuestos culturales e ideológicos. El profesor CORNEJO, con gran dominio de la pluma y del lenguaje, denuncia, por ejemplo, la degradación de la vida familiar por la invasión morbosa del pansexualismo; destaca la manipulación de los pueblos tras el biombo de discretos convenios internacionales, y concluye, con profundo sentido histórico, que por su crisis el matrimonio tiende a convertirse en una forma sin alma. Contrasta esta evolución con la del Derecho soviético, que proclama la consolidación de la familia como objetivo básico del Estado.

El doctor CORNEJO estudia la particular problemática de la familia en el Perú. Frente a la *explosión demográfica* se muestra contrario a la esterilización o al aborto; en su opinión, el problema de fondo está en el mal reparto de la riqueza (la deuda externa ahoga a los países pobres; armar un solo soldado cuesta lo mismo que educar a 80 niños; un submarino nuclear cuesta lo mismo que 450.000 viviendas dignas). De la realidad sociológica peruana destaca el doctor CORNEJO *la gran extensión del concubinato*: según estadísticas fiables, en Perú el 25 por 100 de las mujeres mayores de doce años viven en concubinato; las razones son dos, la primera que ciertas capas «progresistas» y minoritarias de la población tienden a despreciar el matrimonio como realidad cultural, pero la segunda y principal son las fórmulas tradicionales e indígenas de relación, como el *servinakuy* (una especie de matrimonio a prueba o de concubinato prematrimonial aprobada por los padres y con respeto social); la incidencia social del concubinato es tan importante que la Constitución peruana de 1980, en su artículo 9.º, somete el concubinato estable al régimen de la sociedad legal de gananciales (tendencia que, como destaca el doctor CORNEJO, es contraria a la evolución del mundo socialista, donde tiende a limitarse al matrimonio la protección de la ley).

La exposición jurídico-positiva del Derecho matrimonial se hace desde una doble perspectiva: la exposición del Derecho vigente y la presentación del proyecto de reforma (del que es autor el propio doctor CORNEJO). La sistemática es clásica pero rigurosa. Desde el Código Civil de 1936, *el sistema matrimonial* peruano es de matrimonio civil obligatorio; sin embargo, destaca el doctor CORNEJO que la inmensa mayoría de la población sólo se considera casada al salir de la iglesia; por eso en el proyecto de reforma se preconiza una diversidad de formas matrimoniales, con pleno reconocimiento de efectos al matrimonio canónico. El *régimen económico matrimonial* peruano no conoce las capitulaciones matrimoniales y se recoge el régimen de gananciales como régimen único (el régimen económico de separación es un régimen excepcional de imposición judicial en supuestos tasados); el proyecto de reforma propone la posibilidad de optar entre un

régimen de separación y un régimen de gananciales. Respecto del régimen económico del matrimonio, opina el doctor CORNEJO con muy buen sentido, que una regulación económica fundada en el absoluto principio de igualdad implica una forma de legalizar «la real imposición del más instruido o el más avezado». (La particularidad que más me ha llamado la atención del régimen peruano es un peculio privativo que la ley reserva para la mujer con las ganancias de su trabajo).

En resumen, el *Derecho familiar peruano* del doctor CORNEJO es un libro de estructura clásica pero rigurosa. Expone detenidamente el Derecho positivo peruano y trasciende de la positividad hasta la fundamentación ética y vigencia sociológica del Derecho. En el libro sólo se echa en falta un aparato crítico, lo que sin duda se debe a la falta en el Perú de investigación básica y de medios bibliográficos adecuados. El doctor CORNEJO, sin embargo, por su calidad y valía, supera esta carencia institucional.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

DE DIOS, Salustiano: *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*. Editorial del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, 518 págs.

El tema del Consejo de Castilla parecía gastado en su investigación (1) cuando ha venido a redescubrirlo el libro que comentamos aportando una especial metodología, desde la que puede abordarse cualquier instituto histórico, y de la cual resulta un estudio muy completo del órgano colegiado y un vasto panorama de sugerencias para ulteriores análisis que continúen el diseño originariamente trazado.

Porque, hasta ahora, al precisar el nacimiento de una institución, o se pretende una creación *ex nihilo* en un momento concreto, o se intuye una perfecta continuidad histórica, incurriendo en ambos casos en una auténtica desconexión con la realidad social. Y lo que se trata es de exponer:

- El proceso que conduce a la aparición del instituto con los elementos que lo definen, en suma, sus antecedentes históricos.
- La institución caracterizada conceptualmente y explicitada en el soporte de una estructura típica.

Tal es el criterio que sigue escrupulosamente Salustiano DE DIOS, dividiendo su libro en dos partes, homogéneas en número de páginas, y cada una, a su vez, desgranada en una sistemática impecable que aporta criterios y conceptos progresivamente hasta desentrañar el último estrato de la figura analizada.

(1) Hay pocos estudios monográficos:

— ESCOLANO DE ARRIETA *Práctica del Consejo Real*, Madrid, 1796
 — MARTÍNEZ DE SALAZAR *Colección de Memorias y noticias del Gobierno General y Político del Consejo*, Madrid, 1764
 — CONDE DE TORREANAZ *Los Consejos del Rey durante la Edad Media*, Madrid, 1884-90.

Pero son muy abundantes las noticias sueltas en artículos de revistas y comentarios a textos legales antiguos, documentos históricos, etc.

La primera parte recoge los «Precedentes, constitución y evolución histórica». La prehistoria de los elementos jurídicos que configuraron la institución no puede dar razón de su génesis porque la sucesión cronológica de éstos no implica ninguna relación causal con ella (2). Es preciso un planteamiento que explique el régimen jurídico del instituto funcionando en su medio histórico y alojado en el contexto social en que se desenvuelve, con todo el complejo de intereses que le inspiran y dinamizan positiva o negativamente.

Así aparece el Consejo de Castilla como un órgano que desde unos perfiles imprecisos va consolidándose poco a poco, al socaire de un vigoroso proceso de institucionalización de la Monarquía que coincide con el suyo propio. Para ello habrá de prevalecer sobre afanes de control por parte de nobles y ciudades que quieren dominarlo por la simple razón de que en él se ventilan importantes intereses:

- El Consejo, órgano permanente del Estado, defendía sin reservas el poder real frente a Gobernadores, Condestables, Almirantes, etc., señores de vasallos que amparan ante todo los lugares de señorío.
- En Consejo se distribuye la renta de la Corona en forma de tierras, tenencias o mercedes en dinero, etc., aspecto esencial para la nobleza especialmente en momentos en que, no consolidada definitivamente, estaba además sometida a despojos de los bienes del vencido. De ahí los enfrentamientos entre distintos bandos nobiliarios por la supremacía en el Consejo, y entre ellos, a su vez, con las ciudades y concejos.

Por ello fue objeto constante de disputas, y de ahí los cambios continuos de consejeros, su número exagerado y la preocupación reiterada por regular su composición en sucesivas ordenanzas y disposiciones que van aportando poco a poco un nuevo elemento de tecnificación y burocratización como instrumento hábil para despejar ambiciones.

El autor va examinando todos esos aspectos en distintas etapas que se corresponden con los diferentes reinados hasta acabar en el de Carlos I, donde destaca el desdoblamiento de órganos, la intersección de los mismos, el «puenteo» al más cercano del Rey, la falta de respaldo del otro, desautorización de lo acordado por éste, etc. El Consejo va funcionando en un entramado de «zancadillas» que operan «allende los puertos de Castilla» desde Flandes y «aquende» en otras instancias, culminando en su dispersión y vaciamiento de funciones en tantos órganos especializados como sean necesarios, atendida la importancia e independización autónoma de cada una de ellas.

A partir de entonces el Consejo será un órgano residuario, de competencias confluyentes, arropado en un pasado de gloria, que arrastra penosamente, emboscando su pérdida visible de influencia en el boato de sus consejeros (3), el rito ceremonioso de sus trámites y protocolo, aparte otros elementos de galería; todo ello sin perjuicio de brillantes actuaciones epi-

(2) Véase nota pág. 8 del libro.

(3) Muy interesante en este sentido desde el punto de vista sociológico el libro de JANTINE FAYARD en Siglo XXI titulado *Los miembros del Consejo de Castilla en la época moderna*, donde analiza las familias de que proceden, su patrimonio, bibliotecas, etc., vinculando necesaria y generalmente los cargos a las clases sociales altas.

sódicas que, como efecto percusivo de antaño, darán testimonio una vez más de su poderosa incidencia en la historia española (4).

Pone de relieve esta parte histórica que los diversos hitos del proceso institucionalizador no encuentran otro medio de composición que el enfrentamiento y tres guerras civiles, cuando previamente se han hecho valer una muchedumbre de peticiones en Cortes, al Rey, y siempre con las mismas quejas, machaconamente reiteradas en función del arraigo de los abusos y el constante soslayo de lo denunciado. Luego la técnica jurídica y la burocracia darán nuevo diseño a la figura del Consejo, hasta que vuelve a desdibujarse por la ambición de sus servidores y de los que aspiran a serlo.

Y el lector contempla el Consejo acunado en un vaivén de tensiones que coartan a cada paso su importante función y acaba malográndose en experiencias fallidas —la gran lección del pasado— por no reorientarse a tiempo, diferenciando sus funciones modestamente en el contexto de un Gobierno polisinodial o de pluralidad de Consejos.

La segunda parte del libro diseña la estructura institucional del Consejo, sometido a un esquema riguroso que permite observar y resaltar uno por uno diversos estratos y agruparse en:

- Subjetivos: Que comprenden la figura del Presidente, Consejeros, Escribanos, Relatores, Subalternos y otros.
- Objetivos: O materias sometidas a su decisión.
- Formales: Que detallan los diversos trámites de los expedientes y procesos, comenzando por el reparto de asuntos y terminando en los recursos contra la decisión.

En punto al primer extremo se contienen problemas tan vivos como el nombramiento de puestos y cargos con exceso sobre sus vacantes y plantillas, la incompatibilidad de los mismos, los diferentes conceptos retributivos, horarios, etc., materias todas ellas que son de palpitante actualidad, han sido base en cualquier reforma de la Administración española y podrían ser punto de partida, agregándole otros datos, para un estudio en profundidad del funcionariado español a través de la Historia.

Lo verdaderamente curioso es el comportamiento de estos miembros, que:

- Unas veces actúan en función de intereses generales de la clase señorial (laica o eclesiástica). Piénsese en las dificultades de los señores territoriales, mediado el siglo XIV, para reproducir sus rentas feudales ante el estado de desarrollo de las fuerzas productivas. Pues bien, todo un aparato central de gobierno y su motor, el Consejo, aseguraban esta reproducción, que permitió al Príncipe dirigir sin trabas el Gobierno de la Monarquía, acabar con los últimos reductos musulmanes, expandirse en Africa y colonizar América.
- Otras, en cambio, hicieron gala de una independencia, encomiable y modélica, frente a todo tipo de presiones. Es precisamente en este orden donde el Consejo adquiere su más brillante expresión, talante e idiosincrasia y cobra un especial prestigio en su trayectoria.

(4) Aún está por hacer un estudio minucioso sobre la influencia de esta institución en los cambios de la Historia española.

Las materias sometidas a decisión del Consejo, estrato objetivo en el esquema seguido, pueden clasificarse variadamente, pero el autor acoge la tripartición: Gracia, Gobierno, Justicia.

Dichos conceptos adquieren sustantividad propia, no residual, en el contexto de un Estado absoluto señorial. En cuanto organización política basada en la desigualdad ante el derecho de los distintos miembros de la sociedad, adquiere especial relieve la facultad graciosa del Rey para dispensar de las leyes o distribuir mercedes a particulares y entidades colectivas. Y ello frente al principio de igualdad ante la ley, postulado básico del Estado surgido de la revolución burguesa, que abolió las relaciones de producción feudales y los abusos y privilegios legales y jurisdiccionales.

Igualmente, en punto al Gobierno, ante disposiciones del Rey o instituciones de la Corte que los particulares consideraban lesivas a su derecho se suspendía de hecho su cumplimiento, siquiera se declaraba su obediencia en señal de «acatamiento». Y ello frente al principio de inmediata ejecutividad de los actos de administración propio de la burocracia burguesa.

Y, finalmente, la jurisdicción, confundida con las facultades ya referenciadas, como poder desligado y por encima del Derecho, en cierto modo arbitrario, frente al principio de legalidad que informa el Estado liberal.

Así comprendidas las materias objeto de su conocimiento, puede concluirse que a través del Consejo y sus diferentes trámites pasó toda la vida española y los diversos intereses de la colectividad, desde las peticiones al Rey, la tutela de los derechos, el reparo de agravios, la represión de las alteraciones de la paz social y del desacato a la autoridad. Todo ello frente a las actividades de fomento más relevantes, aunque todavía balbucientes, en el Estado que les sucedió.

Cierra la exposición una extensa y seleccionada bibliografía que es otro claro exponente de seriedad de la obra comentada.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

DORAL GARCÍA, J. A.: *Principios registrales*. Granada, 1982.

Uno de los grandes problemas que tiene planteada la enseñanza es el método que se debe emplear para lograr un mayor conocimiento de las materias que se exponen. Me estoy refiriendo a los tres ámbitos en que la misma se mueve: el primario, el que podríamos llamar secundario y el universitario. De cómo se estructure el sistema es algo que entiendo esencial, para poder hablar de medios selectivos superiores y del sistema de oposiciones. Temas estos, como es natural, que ni podemos ni debemos abordar en esta recensión. Pero sí creo que están relacionados con la forma y manera que el autor tiene de ofrecer una materia de por sí árida y difícil.

Confieso que por las azarosas circunstancias que rodearon mis grados de enseñanza, sólo puedo destacar a tres o cuatro profesores que además de enseñarme me ayudaron, me brindaron unos métodos de estudio y me hicieron coger cariño a materias que para mis afinidades electivas quedaban lejos. Quiero recordar a uno de ellos, que utilizaba como medio de concreción de las lecciones estudiadas la formación de un cuadro sinóptico. Aque-

llo, que en un principio era difícil, fue haciéndose consustancial con la manera futura de estudiar y me sirvió en mis años de oposición para tener siempre presente el esquema del tema a desarrollar.

Este sistema es el que emplea Doral GARCÍA a través de una apretada síntesis de conceptos, requisitos y efectos de todo lo que engloba en su trabajo llamado *Principios registrales*. Debo advertir que resulta sumamente difícil hacer una síntesis sin un dominio previo de la materia. También resulta difícilísimo poder utilizar la síntesis esquemática y sin apoyo para la adquisición de conocimientos: la síntesis tiene que llevar consigo la suficiente dosis de extensión y claridad para penetrar en el concepto que se ofrece o en la circunstancia que se señala. Partiendo de estas dos afirmaciones, debo reconocer que este ensayo de método educativo me parece aleccionador y que puede ser un buen pórtico para que el que desee penetrar en el edificio del sistema no necesite lazarillo.

El trabajo se divide en los siguientes apartados: publicidad inmobiliaria, la finca en el Registro, eficacia del Registro, asientos complementarios y el Derecho hipotecario formal. Comprendo que el trabajo es un ensayo que posteriormente se mejorará con un necesario índice general, con alguna bibliografía de iniciación y más citas de artículos de ley y Reglamento. Ello no desvirtuará la idea que ha guiado al autor en la confección de este trabajo.

A) PUBLICIDAD INMOBILIARIA

Dentro de este primer capítulo el autor explica las razones que avalan el estudio de los principios hipotecarios, comenzando con la publicidad, el objeto y la protección del Registro. La institución del Registro, enlazada con su función principal y con el juego distintivo entre la seguridad jurídica y la del tráfico, sirven al autor para exponer seguidamente los sistemas registrales, el sistema español, los principios que lo sostienen, la valoración crítica del mismo y la llamada jurisprudencia registral en su función interpretativa de carácter general.

B) LA FINCA EN EL REGISTRO

El principio de especialidad se enlaza con la «base de todo el sistema», que es la finca, sin olvidar que el mismo tiene otras proyecciones, como son el derecho y el titular. Por eso primeramente se aborda la temática de la finca, la determinación de ella y sus clases, las modificaciones, las características del sistema español y el valor de la autonomía de la voluntad en la determinación de la misma. Luego se expone la determinación del derecho y del titular, para concluir con el problema de la prehorizontalidad y su tratamiento en la jurisprudencia registral.

C) EFICACIA DEL REGISTRO

El autor, aun ajustándose a cánones clásicos, creo que oscurece un poco la materia al pretender demostrar que la «eficacia» no nace de la inscripción, sino de un título inscrito. La eficacia no nace del título, sino que el

título la adquiere por la inscripción, y es la inscripción la que produce los efectos aunque el título sea nulo. Es decir, que la nulidad del título, aunque esté inscrito, no produce nunca efectos frente al tercero protegido. La nulidad de la inscripción deja sin efectos reales al título inscrito.

Sentado esto, que me ha parecido prudente aclarar, pues sé que el autor al decirlo no buscaba polémica, sino puntos de vista expositivos, la materia la distribuye a través del juego de las presunciones, la eficacia ofensiva, la legitimación registral, la presunción posesoria y la usucapión, la inexactitud registral, la acción real registral, las diferencias entre fe pública y legitimación, concepto del tercero, anotación preventiva de embargo y la *usucapio contra tabulas*.

D) ASIENTOS COMPLEMENTARIOS

Se incluye el estudio de las anotaciones preventivas, las notas marginales y las cancelaciones. Lo único que me desconcierta es que el autor los llame asientos *complementarios*, pues en mis esquemas la denominación es nueva. Yo creo que todos los asientos complementan lo que podríamos llamar «historial» jurídico de la finca o el derecho en sus dimensiones y limitaciones. Quizá la nota marginal pueda servir de complemento, en su carácter de asiento accesorio, a la inscripción, la anotación y la cancelación, pero no puede predicarse lo mismo de estos tres últimos asientos. Bueno, esto es lo que yo creo, por lo que solamente apunto el interrogante.

E) EL DERECHO HIPOTECARIO FORMAL

Las materias que se agrupan bajo esa denominación (que tampoco me gusta mucho) son las de la inscripción y el acto traslativo, los principios de rogación y prioridad, los medios de inmatriculación, la titularidad, el principio de calificación, el de tracto sucesivo, el procedimiento registral y la jurisprudencia registral sobre algún punto relativo a la calificación y a la cancelación.

No hace mucho en una de mis publicaciones volvía a la denominación de «Derecho hipotecario» por una serie de razones, y de ahí que no entienda mucho la razón por la que el autor nos habla de «principios registrales» y luego encabece esta parte calificándola de hipotecaria y además formal. No digo que entre las materias que aglutina en ella no haya aspectos formales e incluso principios de carácter formal, pero es indudable que existe mucha parte sustantiva. Ya no me refiero al aspecto sustantivo de la prioridad, tema tremendo que altera el *prior tempore...*, sino al juego traslativo del derecho, al concepto de titularidad, al principio de calificación, que si bien es requisito formal de inscripción, es sustantivo en su contenido, al del tracto sucesivo, etc.

Muchas veces he dado gracias a Dios de que nadie se hubiera acordado de mí para ser miembro de Tribunal de oposiciones, porque la objetividad se pierde a veces cuando uno intenta entender que sus ideas sobre cierto punto son las decisivas. El haber escrito sobre la materia debería servir de excusa —en mi caso concreto—, para no formar Tribunal. En el caso de Doral, reciente miembro de Tribunal, la cosa varía, pues él sabe aceptar mi opinión y sé que la reconsiderará.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PIKALO, Alfred, y otros: *Agrarrecht in Europa*. Informes del XI Congreso Europeo de Derecho Agrario de Edimburgo, Frankfurt am Main, 1984, un tomo de 407 págs.

Las reuniones periódicas que celebra en diversas capitales de nuestro continente el Comité Europeo de Derecho Agrario sirven para estudiar y someter a debate las cuestiones de mayor importancia y actualidad que afectan a la tierra rústica. La que tuvo lugar en Edimburgo en 1981, con asistencia de congresistas de Bélgica, Dinamarca, Alemania Federal, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Noruega, Suiza y España, contempló dos grandes grupos de temas: la transmisión de fincas rústicas y las relaciones entre agricultura y silvicultura.

En este tomo que ahora se publica se recogen ambas ponencias generales y las diversas comunicaciones presentadas sobre las dos cuestiones dichas en francés, inglés y alemán, por lo que he tenido que recurrir a la primera versión, por ser el único idioma que me atrevo a traducir, para poder realizar esta recensión.

Ponencia sobre el tema I: «La reglamentación de las transacciones inmobiliarias rústicas y sus efectos sobre las estructuras agrarias»

Su autor es el profesor Alfred PIKALO, de Düren, Westfalia. En ella pretende presentar una visión general de las bases de la reglamentación de dichas transacciones y de su aplicación en algunos países de la Europa Occidental, en especial de los pertenecientes a la Comunidad Económica, explorando a la vez la influencia de esta reglamentación sobre la configuración del suelo.

La importancia de este estudio radica en el papel esencial que juegan estos suelos en nuestras explotaciones agrarias, ya que su viabilidad sólo puede mantenerse sobre una estructuración bien orientada. Al Derecho agrario en todos sus aspectos (legislación, jurisprudencia y administración) le están encomendados el funcionamiento y la organización de las transmisiones territoriales de conformidad con los factores económicos y otros igualmente importantes.

Desde este punto de vista, dice PIKALO, es particularmente interesante la función del Derecho contractual y el papel de los Notarios que están encargados de la conformación jurídica de las transacciones inmobiliarias, teniendo en cuenta la reglamentación vigente en cada caso.

Todos somos conscientes de la importancia y el valor de nuestros suelos agrícolas como factor de la producción para garantizar el alimento de una población que va en rápido aumento, especialmente en los Estados industrializados, donde se multiplican las exigencias no agrícolas del suelo. Por eso nos dice el ponente que es preciso fomentar las relaciones morales y culturales entre el hombre y el suelo y tomar conciencia de la importancia de la tierra como «madre universal». También debe contemplarse bajo el aspecto ecológico, para provocar y animar un pensamiento que supere la pura orientación económica.

De aquí se deduce la importancia que en la conservación del suelo tienen las transferencias de la propiedad y demás derechos sobre el mismo. Para reafirmarla el autor hace un repaso histórico y comparado de la cuestión y

concluye diciendo que el derecho de propiedad y la libertad contractual deben basarse en el respeto a los elementos de la obligación, con los debidos límites y en conformidad con los fundamentos filosóficos y reglas jurídicas vigentes en los diferentes países del mundo occidental.

A su juicio, está justificado el establecimiento de limitaciones al regular la transmisión de fincas rústicas. La enajenación de fundos por medio de actos jurídicos debe realizarse precisamente mediante las formalidades previstas en los diversos ordenamientos nacionales, sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*. De este modo tales reglamentaciones podrán marcar una cierta dirección, más o menos pronunciada, a las transferencias que sea capaz de indicar el camino adecuado o de impedir ciertos trasposos no deseables; aquí la reglamentación puede servir en cierto modo como instrumento de planificación.

La moderna regulación del tráfico inmobiliario en Europa Occidental está basada en la corriente social general y la dinámica de sus actuales efectos; estas fuerzas se fundamentan en la importancia de la idea social y la consciencia de su propio valor. Por ello es deseable que esta reglamentación ofrezca los debidos instrumentos jurídicos para que el tráfico se realice de acuerdo con la economía y el bien social y al mismo tiempo con vistas a no perjudicar una correcta estructuración agraria. Debe tenderse a conseguir que el empleo del suelo agrícola se corresponda con su función para evitar que con las enajenaciones surjan inconvenientes económicos o sociales.

En la ponencia se sigue diciendo que la reglamentación del tráfico inmobiliario tiene ciertamente la función evidente de influir, dentro de su esfera de acción, en la conformación de la estructura del suelo agrario. Pueden solucionarse al menos dos tipos de problemas:

1.º Cada uno de los factores que participan en la formación de las estructuras agrarias en cuanto a la propiedad en las diferentes regiones tiene una causa de principio natural originada por el hombre o las comunidades humanas. Respecto al arrendamiento, los factores sociales tienen una gran influencia; así la costumbre, la posibilidad de encontrar otra ocupación con abandono de la explotación menos rentable, etc.

2.º En cuanto a las estructuras agrarias, la C. E. E., según el Tratado de Roma, está encargada tanto de la fijación de los modelos como de su reglamentación. Esto exige tener en cuenta no sólo los factores económicos, sino otros de igual o parecida fuerza. Así, en el ámbito hereditario las costumbres juegan un papel extraordinario y siempre es la explotación familiar la que figura como tipo más importante y corriente en la estructura agraria por ser la de mayor productividad y la que proporciona una más adecuada base de existencia a la familia campesina. La explotación familiar, afirma PIKALO, ha probado su vitalidad no sólo en base a la tradición, sino también por propia ley natural, habiendo sido contemplada como modélica y deseable en el Plan Mansholt.

Como colofón dice que la transmisión de los modelos estructurales agrícolas, a la hora de su reglamentación, exige tener en cuenta la situación que esas figuras representan en el orden jurídico. El Derecho comparado y la Historia del Derecho prestarán a estas reglamentaciones los impulsos suplementarios. En otro aspecto, el Derecho marcará también ciertos trazos para llenar el contenido material de esa reglamentación, sobre todo para favorecer la rentabilidad y la aptitud de la agricultura.

En resumen, según el autor, los propietarios pueden disponer de la suerte de sus explotaciones dentro del cuadro de la autonomía privada, porque el orden jurídico occidental pone en cabeza las libertades individuales. Las reglamentaciones sólo deben darse para facilitar esa autonomía y para tomar las precauciones ordenadas a evitar los inconvenientes de las transmisiones irregulares.

El libro recoge también las diversas comunicaciones, donde se exponen las reglas de los países que antes hemos relacionado, las cuales pasamos por alto en aras de la brevedad y porque no nos reportarían una utilidad excesiva.

Digamos que en cuanto a *España*, la comunicación de Juan José SANZ JARQUE señala que los 50 millones de hectáreas que constituyen su suelo están totalmente ocupadas, no habiendo bienes *nullius*. Su distribución aproximada está en el 40 por 100 para finalidades agrarias, el 35 por 100 para montes, el 15 por 100 para urbanismo y servicios y el restante 10 por ciento son tierras no explotables.

En el tema concreto de la transmisión de la tierra cultivable, está sometida en España a normas que dan lugar a tres tipos de propiedades agrarias:

1. La de régimen general, común o foral, que comprende casi toda la propiedad de la Nación y que está regida por los principios del libre consentimiento y de la libertad de forma.
2. Las tierras de las nuevas explotaciones creadas por el IRYDA, sometidas a la Ley especial de Reforma y Desarrollo Agrario, la cual exige la conservación e indivisibilidad de la explotación; su transmisión debe hacerse a un agricultor profesional, previa autorización administrativa, con título público e inscripción registral.
3. Las tierras concentradas, también sometidas a la citada ley especial, que condiciona y limita la libre transmisión, exigiendo la conservación, así como el título público y la inscripción.

Los arrendamientos están sometidos a la nueva Ley de 1980, que exige dos condiciones para arrendar: hacerse a un profesional de la agricultura y que éste no cultive más de 50 hectáreas de regadío o 500 de secano.

Desde el punto de vista sociológico, dice SANZ JARQUE, la transmisión o movilidad de la tierra está condicionada o limitada por diversos factores. Por ejemplo: el envejecimiento de la población rural, la crisis industrial, que hace que se busquen de nuevo las tierras con trabajo a tiempo parcial, la inflación y la vuelta al campo de los jóvenes, estimulada y aumentada por la inestabilidad social y política de nuestro tiempo.

Las conclusiones de la Comisión I, referentes a la reglamentación del tráfico inmobiliario rural, pueden resumirse así:

- El principio fundamental en esta materia es el respeto a la propiedad privada, que está igualmente postulado por el Derecho internacional, así como el principio de la libertad contractual, a no ser que el interés público exija restricciones más o menos importantes. Según la regla *in dubio pro libertate*, toda restricción debe estar suficientemente justificada y fundada en una base legal.
- Las restricciones a la mutación de fincas tan sólo deben encuadrarse como principios básicos prioritarios de la política agraria.

- En estas limitaciones se deben respetar los principios constitucionales, en particular la garantía de la propiedad, la igualdad ante la ley y la libertad individual.
- La influencia de Estado debe tender:

Desde el punto de vista *subjetivo*, a proteger las adquisiciones para el cultivo directo, considerando no deseables las compras con fines puramente especulativos y las hechas por personas jurídicas. Por otro lado, en las regiones donde la empresa agraria no asegura por sí sola una existencia suficiente el ordenamiento jurídico deberá pensar en empleos secundarios o a tiempo parcial.

Desde el punto de vista *objetivo*, el Estado debe oponerse al fraccionamiento de explotaciones o fincas que merezcan ser conservadas. Esto es particularmente aplicable a los casos en que, como la concentración parcelaria, por ejemplo, se hayan realizado obras con fondos públicos. Las limitaciones a imponer deben adaptarse a las circunstancias y a las especiales condiciones regionales, tendiendo a mantener el suelo agrícola explotable en su utilización normal, salvo que haya intereses preponderantes opuestos.

- Las mutaciones fundiarias no deben olvidar las relaciones existentes entre el régimen arrendaticio y el acceso a la propiedad. Pero la fijación del precio debe hacerse conforme a un régimen económico de libre mercado.
- Cuando se considere necesaria la intervención del Estado en estas mutaciones para atender a objetivos de política agraria, sería deseable recurrir a las medidas más flexibles para la fijación de dichos objetivos, procurando sobre todo que no se limite sensiblemente la libertad individual.
- El derecho de preferente adquisición legal es importante para aplicar una política activa de la tierra; permite conceder prioridad a ciertas personas con ocasión de una transferencia dominical *inter vivos*. Esta preferencia puede darse en favor de empleados de la propia explotación, en favor de miembros de la familia, de los arrendatarios o de los bancos de tierras de carácter público (en Francia las SAFER). La eficacia de esta preferencia como medio de dirigir las mutaciones fundiarias depende esencialmente del hecho de saber si este derecho puede ser ejercicio con un precio privilegiado, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su fijación.
- La efectividad de la licencia estatal para transmitir las tierras depende de la definición y la interpretación de los motivos de la autorización o prohibición. Lo indicado será no limitar la autonomía privada más allá de las necesidades impuestas por el interés general.

Tema II: «Las relaciones entre la agricultura y la selvicultura»

La cuestión es estudiada, naturalmente, en su aspecto jurídico por el ponente John MURRAY, de Edimburgo, quien expone el régimen legal aplicable a los bosques en el ámbito de la Comunidad Europea, señalando que por tratarse de una normativa pública y administrativa, las disposiciones que existen en los diferentes países varían mucho y giran en torno al papel que tiene el Estado ya como propietario o para guardar y mantener aque-

llos otros montes que no le pertenecen. Igualmente estudia las posibles ayudas estatales a la selvicultura y la regulación de las relaciones o conflictos de intereses entre la agricultura y los bosques.

Se recogen distintas comunicaciones, y entre ellas está la del español José María DE LA CUESTA SÁENZ, titulada «Las relaciones entre la agricultura y el bosque en la Ley española sobre Conservación y Mejora del Suelo Agrícola de 20 de julio de 1955». Las medidas que esta ley adopta ofrecen el doble aspecto de imponer a los agricultores el abandono del cultivo agrícola en alguna porción de sus fincas, dedicando éstas a los destinos que establezca el Plan de Conservación del Suelo Agrícola, previsto en su artículo 3.º, y el de incentivar a los particulares para que ellos mismos insten la iniciación de los estudios pertinentes y tomen las medidas de protección de su propio suelo. El autor estudia la obligación de repoblar que la Administración puede imponer según esta ley, lo que puede ser útil a efectos de instrumentar barreras naturales frente a la erosión y también para promocionar el bosque, dedicándole tierras que son improductivas para la agricultura.

En las conclusiones de la II Comisión se señala la conveniencia de proteger y desarrollar los bosques, pero debiendo adoptarse las medidas adecuadas que permitan determinar el debido equilibrio entre la agricultura y la selvicultura. Igualmente debe delimitarse la utilización de los suelos para finalidades agrícolas o forestales, de un lado, o para la edificación o fines industriales, de otro.

Hasta aquí lo que contiene el libro, o sea lo tratado en el XI Congreso del Comité Europeo de Derecho Agrario. Naturalmente, al estar compuesto sólo por juristas, admite en su seno a España sin reservas y como miembro en total igualdad de condiciones. Por el contrario, la dichosa Comunidad Económica Europea, desgraciadamente, está manejada por políticos y eso ya es otro cantar, como bien sabemos. Con el paso del tiempo ha quedado clara la realidad y ya no valen los falsos pretextos políticos que antaño se adujeron. Pese a las palabras, las puertas no se abren y nos lanzan una bofetada tras otra; encima hay que oír que las negociaciones van por buen camino. No sé a quién pretenden engañar, pues ni ellos mismos se lo creen.

Ya podían tomar nota estos «europeos» económico-políticos de lo que hacen los europeos juristas. Pero por lo visto opinan que la caridad bien entendida empieza por ellos solos. Y si dijésemos que no se trata de caridades, sino de justicia, quizá nos contestaran con el célebre dicho: «Justicia, pero no por mi casa». Con ello nos cerrarán la puerta una vez más y en paz.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ROGEL VIDE, C.: *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

Hay ciertas expresiones que cuando notoriamente se adscriben a un determinado grupo o persona resulta sumamente difícil utilizarlas en beneficio propio. Hay en ellas una especie de «exclusiva» que dificulta la competencia. Yo, desde que oí que determinado grupo era honrado en forma centenaria y que sólo los militantes de las ideas izquierdistas podían llamarse

intelectuales, me apura mucho predicar mi posible honradez y mis adscripciones a lo intelectual. Sin embargo, y de esto he presumido mucho, he creído que era compatible y hasta me he esforzado en serlo: compatible con todo, con el oficio, con la amistad, con la compañía, con el trabajo, con el esfuerzo, con el compañero, con mis aficiones, con mi familia, con mi deseo por ayudar a los demás, con mi impenitente forma de leer y escribir, con ese sentido irónico que pongo a mis actos intrascendentes..., y de repente hace unos meses me entero por un resolución de cierto Ministerio, mal fraseada y peor redactada, que soy incompatible, y que lo soy precisamente en la materia de que trata el presente libro que traigo a recensión. La incompetencia se convirtió, por un proceso de plazos preclusivos, en persecución y así, a mi categoría de incompetente, se le unió la de perseguido.

Y el autor del presente libro, que utiliza en su dedicatoria la palabra gallega de «volvoretas» aplicada a sus hijas, se preguntará: ¿Y este sujeto oficialmente declarado incompatible y perseguido se atreve a hacer una recensión de mi libro? Y si me atrevo es porque a pesar de ser administrativamente incompatible, me considero competente, y porque si soy perseguido, nunca me he considerado fugitivo. Y lo peregrino del caso es que la disposición administrativa que me nombra miembro de la Comisión para la redacción de la nueva ley lo hace brindándome el piropo de ser un «experto» en la materia.

Las materias que el autor enfoca en su estudio no me son ajenas. He convivido con ellas durante varios años, quizá seis, y por ello al ir las comentando veréis que algunas veces la intimidación lograda con las mismas me proporciona la ocasión de salirme de lo que el autor encauza en su trabajo. El estudio del contenido se divide en diversas partes que el índice concreta en seis: antecedentes históricos, la titularidad de la propiedad, supuestos especiales, formalidades legales y la problemática de los coautores. Es publicación divulgativa, de actualidad en casi todas las materias y está hecha con lenguaje sencillo y propio para ser entendida por todo aquel que se acerque a su conocimiento. A mi entender es un elemento más, dentro de lo poco que recoge la bibliografía española, que aporta unos puntos de vista en orden a ciertos problemas que la nueva legislación tiene planteados.

Aparentemente, la propiedad intelectual —de la que se ocupan los cuestionarios de oposiciones dedicándola un tema, a veces compartido con la propiedad industrial— es materia que no ofrece grandes dificultades, y lo curioso es que sí las ofrece y que en el entramado de la amplia gama de sus manifestaciones existe siempre un problema jurídico a resolver. De ahí que, desde hace ya tiempo, al frente del Registro de la Propiedad Intelectual exista un jurista habituado a la calificación. Y, por poner un ejemplo, este libro que tengo en las manos sometido a una previa calificación no podría, tal y como está, tener acceso al Registro. La autoría de la obra parece claramente atribuible al que figura como tal en la portada, pero la propiedad de la obra ya es dudosa, porque si bien el *copyright* parece estar a nombre del autor, el editor en esa nota en que se prohíbe la reproducción, se reserva conceder el permiso para las siguientes cosas: reproducir o transmitir por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo la fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, cosas que legalmente pertenecen al autor, que es el que debe autorizarlo. La fórmula empieza a ser una especie de cláusula de «estilo» de las publicaciones, pues no hace poco al leer gozosamente

la *Mazurca para dos muertos*, de CAMILO JOSÉ CELA, parpadearon mis ojos al comprobar la existencia de dos *copyright* (uno para autor y otro para editor) y leer que: «Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor». La nueva ley puede perfectamente evitar esta problemática que induce a confusión.

De las cinco partes que constituyen el estudio, las voy a dejar reducidas a cuatro, englobando en la segunda la titularidad del autor y los supuestos especiales. Conforme a ello, y no sin antes señalar que la obra tiene abundantes citas bibliográficas y un índice sumarial, pasemos a su exposición:

A. ANTECEDENTES

En forma esquemática y con gran precisión, el autor va desgranando esos pasos históricos que nos van a llevar a la concepción actual de la llamada propiedad intelectual. La imprenta, el concepto de privilegio, la conversión en propiedad especial, el derecho de autor y la moderna concepción de la propiedad, compuesta de facultades morales y económicas, son conceptos básicos que se van situando en sus respectivas etapas históricas. La genial obra de DANVILA (autor material de la ley vigente) y el estudio hecho por ALVAREZ ROMERO sirven de apoyo decisivo para la redacción de esta parte de la obra.

Recuerdo haber manejado esta bibliografía que se cita cuando tuve que dar la conferencia conmemorativa de los cien años de vigencia de la ley actual, y que luego me sirvió de base para empezar en una nueva Comisión la elaboración de un nuevo texto legislativo, cosa ya de inminente aparición.

B. LA TITULARIDAD Y SUPUESTOS ESPECIALES

LÓPEZ QUIROGA, BAYLOS y ALVAREZ ROMERO son los tres autores que se eligen para esbozar el concepto de autor dentro de la legislación vigente. Realmente no es muy clara la postura que se adopta, pues creo que en todo este tema ha estado confundido durante mucho tiempo lo que es la propiedad intelectual y la protección que merece legalmente. La propiedad, la obra del ingenio, nace precisamente, como dice el reglamento de la ley, cuando el autor la concibe y realiza o la crea o ejecuta, y sin que para ello sea preciso el cumplimiento de formalidades legales, como, por ejemplo, la inscripción en el Registro, pues ésta nunca ha podido considerarse como constitutiva (según ha creído toda una generación de comentaristas), ya que parte de la existencia de la propiedad para protegerla o no. Quizá ese confucionismo ha llevado a la formulación constitucional de la «protección y reconocimiento de la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» (art. 20). Aunque con una fórmula paccionada, creo que prevalecerá mi criterio de concepción y realización, así como el dato de «originalidad» en la redacción del texto de la nueva ley.

Se exponen un conjunto de supuestos que plantean problemas de autoría, y entre ellos, el tema de los programas de ordenadores (especie de ordenación de impulsos que se da a una máquina y que forman una cosa

parecida al pentagrama con sus notas musicales), las obras creadas por los mismos, la obra fotográfica (yo he pensado siempre que lo que crea es la persona que está detrás de la máquina y no el fotomatón con persona delante), la obra pictórica, las obras de arquitectura (¿la obra o los proyectos?), los escritos de pleitos y causas, las obras realizadas por «grupos de trabajo», que no agotan ese gran pozo que la creación humana abrió en favor de la cultura. Quizá en el anteproyecto que se ultima, se vierten con generosidad solución a estos y muchos otros problemas, que ponen patentemente las dimensiones que alcanza la propiedad intelectual, antes tan estrechamente vinculada a la producción literaria.

C. FORMALIDADES LEGALES

Se refleja en esta parte los problemas que representan el cumplimiento de las «prescripciones legales», a que alude el artículo 2 del Reglamento, y fundamentalmente el requisito de la publicación, la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual y el pase o no al dominio público en forma transitoria o definitiva. El autor se limita a exponer ideas sobre los temas, pero creo que debió pronunciarse y hacer esa separación de que hablaba: la existencia de esa propiedad y su protección. Díez-PICAZO y GULLÓN aciertan con la cita del artículo 8 de la ley (en el que quizá se apoyó el autor de la obra *Testamentos*, de JÁCOME RUIZ, que en la contraportada de la misma dice que «queda registrado y hecho el depósito que marca la ley», y lo dice antes de publicada la obra).

Creo que la Constitución actual apoya mi idea al distinguir entre Registros administrativos (meros archivos) y Registros jurídicos (con efectos en su publicidad), sobre la base de la comparación entre el artículo 105, b), y el artículo 149, 1.º, 8.º Creo también que en la materia de dominio público hay mucha confusión por cruzarse el tema de la demanialidad; el concepto de bienes comunes no recogido por nuestra legislación; la falta de distinción entre lo que pueden utilizar todos, que es el derecho a publicar de nuevo, con el respeto al derecho de autor; ese derecho de reproducción y la titularidad que se ostenta sobre la materialidad de la obra (el ejemplar, el manuscrito, el cuadro, la escultura, etc.), y ese pretendido derecho a la edición facsimil, etc. Si a ello se añade la carga explosiva del dominio público pagante (prohibido hoy día por la Ley del Patrimonio del Estado) veremos que los temas, apuntados acertadamente por el autor, exigirían alguna página más de las que se le dedican.

D. LOS COAUTORES

Quizá sea ésta una de las materias más conflictivas de toda legislación que pretenda solucionar los problemas planteados. Digo que «quizá» porque en la discusión de la Comisión, el tema llevó muchas, muchísimas jornadas de fijación de conceptos, determinación de supuestos y normativa aplicable a cada uno. Con todo, creo que llega a ser difícil la separación, pues junto a los supuestos viene a complicar la materia las ideas de «partes separables o no, identificables o no, sometidas a un criterio unitario, que formen o no colección, etc.».

Igualmente, otro de los grandes temas de la ley es el de la obra cine-

matográfica, en la que se exige un deslinde de derechos por el juego de las aportaciones, las figuras del autor del guión, el director de la producción y el productor de la película. ROGEL VIDE aborda el tema y apunta una serie de problemas sobre el mismo. Con ello concluye su trabajo.

Quedan, como es lógico, toda esa madeja de problemas que significan los temas de los derechos anejos o vecinos (artistas, intérpretes, etc.), la problemática del disco, el videograma, los medios mecánicos de reproducción y difusión, la duración de la propiedad, el tráfico, las transmisiones, la constitución de gravámenes, la protección judicial y la discutida gubernativa, etc. Cuando uno se va alejando de todo ello por incompatible, se libera y piensa si no era demasiada pretensión haberse considerado competente.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ