

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII ○ Julio - Agosto 1982 ○ Núm. 551

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
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. Carlos M. Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 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:

«Gestión de negocios en la Sociedad Anónima», por JAIME MOREY UMBERT	863
«La situación de prehorizontalidad y la proyección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA	925
«Panorama del sistema inmobiliario alemán», por ANTONIO PAU PEDRÓN.	951

VIDA JURIDICA:

«Ateneo Hispano-Rioplatense de Derecho Registral y VII colación de grados en la Universidad Notarial Argentina», por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1027
«Balears ante el artículo 149-1-8.º de la Constitución», por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1055

NOTAS:

«Arrendamiento de local para garaje, interpretación de Ley y otras cuestiones (Notas a propósito de la Resolución de 5 de octubre de 1981)», por FRANCISCO A. GARCÍA SERRANO	1085
--	------

JURISPRUDENCIA:

I Resoluciones y sentencias.	
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y JUAN DE MOLINA Y JUYOL	1101
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	1136

LIBROS:

«Anuario de Derecho Marítimo» (Director, IGNACIO ARROYO), por FRANCISCO J. CORTÉS DOMÍNGUEZ	1151
«Costums de Tortosa. Estudio 1979», por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO ..	1153
«El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal», de TERESA GIMENEZ CANDELA, por R.	1157

ESTUDIOS

Gestión de negocios en la Sociedad Anónima*

10.5. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA SOCIEDAD Y LAS PERSONAS QUE CONTRATARON CON LOS GESTORES

En lo que atañe al Derecho aplicable, nos remitimos a las proposiciones básicas, con las que encabezamos el estudio de los efectos que se producen en la Sociedad Anónima en creación (referencia 10), y a lo dicho al tratar del orden de prelación de fuentes (referencia 8) y de los requisitos (9.1). En lo que respecta al concepto de ratificación y a la normativa de Derecho civil, nos remitimos a la referencia 10.5.4. *Normativa de Derecho mercantil*

10.5.1. *Artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas*

Mediante la ratificación, la Sociedad asume los efectos de los actos y contratos otorgados en su nombre por los gestores. No obstante, no siempre se exige la ratificación para que se produzca tal asunción de efectos.

Hay que distinguir, al respecto, entre los actos y contratos necesarios para la constitución de la Sociedad, enmarcados dentro del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los no necesarios para la constitución, a los que hace referencia el párrafo 1.º del mismo artículo. En estos últimos, si no hay ratificación no hay asunción de efectos. En los primeros no se exige, en cambio, un acto formal de ratificación, porque los actos y contratos necesarios para la constitución, se entienden ratificados *ipso jure* por el mero acto de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, desde cuyo momento aquélla asume los efectos de tales actos y contratos (9.1 y 8.5).

(*) Segunda parte de lo publicado en el número de julio-agosto de 1981.

Entiende el legislador que de esta manera, con la asunción automática de las obligaciones contraídas por los gestores, estimula la constitución de Sociedades Anónimas, porque pone a los gestores a cubierto del riesgo de tener que responder perdurablemente, frente a los terceros, de las obligaciones que asumieron en nombre de la Sociedad en creación, si ésta, ya como Sociedad constituida, no las ratifica.

Los actos y contratos encaminados a la constitución de la Sociedad, pero no necesarios para que ésta quede constituida, quedan fuera del ámbito del artículo 7, párrafo 2.º, de la ley, que contempla sólo los necesarios. Pensamos que los actos y contratos no necesarios para la constitución deben regirse por el párrafo 1.º del mismo artículo en cuanto al requisito de la ratificación, aparte de que se rijan por este mismo precepto respecto de las responsabilidades de los gestores frente a los terceros (10.4), interpretación que en cuanto a su primera parte hace suya la Dirección General de los Registros en Resolución de 24 de febrero de 1970, al declarar que la ley da validez «en todo caso a los actos de los gestores 'necesarios' para la constitución de la Sociedad, subordinando en cambio, la de los restantes contratos, al doble requisito de la inscripción de aquélla y de la aceptación de tales contratos, por la Sociedad, en plazo de tres meses».

Los actos y contratos comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, persiguen una finalidad jurídica: la constitución de la Sociedad. Los comprendidos en el párrafo 1.º, una finalidad económica: dotar de elementos a la Empresa. Un sector de la doctrina pretende extender la ratificación *ipso jure* a los actos o contratos que, comprendidos dentro del párrafo 1.º, sean necesarios para la creación y funcionamiento de la Empresa. Nos permitimos disentir de este punto de vista por dos razones: una de orden jurídico y otra de orden práctico.

Jurídicamente la ratificación automática constituye en nuestro Derecho una excepción, que como tal, no admite interpretaciones extensivas.

Y en la práctica, la dotación de medios económicos a la Empresa, no está necesitada de tales estímulos, porque por la cuenta que les tiene, ya se afanarán los gestores antes de la inscripción de la Sociedad, y los órganos sociales después de la inscripción, a imitación de los empresarios individuales, en dotar de elementos a la Empresa.

En cada uno de los dos párrafos del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, se comprenden actos y contratos, negocios jurídicos y simples actos materiales, aunque el párrafo 1.º hable sólo de contratos y el párrafo 2.º sólo de actos.

La ratificación propiamente dicha, hace referencia sólo a los efectos

externos, únicos que aquí estudiamos. La aceptación a efectos internos se llama aprobación. Entendida la ratificación en el sentido expuesto, sólo procede en los actos y contratos, no en los simples actos materiales, que sólo pueden ser objeto de aprobación a efectos internos.

La ratificación puede ser expresa o tácita. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1972 declara lo siguiente: «Para que sean válidos los contratos preliminares concluidos en nombre de la Sociedad Anónima, antes de su acceso al Registro Mercantil, únicamente exige el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, la aceptación de los mismos dentro del lapso de tiempo que al efecto señala, pero no que semejante declaración de voluntad haya de manifestarse imprescindiblemente de modo expreso, ya que la ley no lo exige, y que el principio general de Derecho que dice '*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*' lo respalda, y no existiendo precepto alguno que se oponga a su otorgamiento de manera tácita, siempre que el consentimiento se infiera de actos concluyentes y de inequívoca significación...».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, después de reproducir la doctrina de la sentencia anterior, matiza que el consentimiento tácito debe inferirse de actos «específicamente referidos al acto concreto de que se trate, que no ofrezcan la menor duda frente al tercero que contrató con el mandatario o gestor, quien como es lógico y al margen de la naturaleza recepticia o no de los mismos, tiene derecho a conocer que se ha producido, como mínimo de seguridad en el tráfico jurídico...».

La jurisprudencia proscribe, pues, en las relaciones externas, las ratificaciones tácitas de carácter genérico admitidas a efectos internos, declarando al respecto, la Sentencia de 14 de junio de 1974, que parcialmente acabamos de transcribir, que «La seguridad del tráfico jurídico impide incluir dentro de su concepto, las aprobaciones o ratificaciones de carácter genérico de la gestión llevada a cabo por representantes, gestores o promotores, que podrán tener una repercusión interna entre el gestor y la Sociedad, pero que nada tienen que ver con la relación externa respecto del tercero contratante, ajeno por propia naturaleza a aquellas interioridades».

La ratificación de la gestión tanto expresa como tácita, debe referirse a la relación jurídica considerada como un todo, comprendiendo los dos lados: el activo y el pasivo.

No obstante, conviene hacer una salvedad, obviamente implícita en consideraciones ya formuladas en este estudio (9.1; Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969 en la referencia 10.4.1.1, y 10.4.2.1 al final). Las de que, por una parte, el párrafo 1.º del artículo 7

de la ley da por supuesto que los actos y contratos sometidos a ratificación no hayan sido aún ejecutados, y por otra parte, que los terceros con quienes contrataron los gestores, pueden exigir a éstos el cumplimiento anticipado de sus obligaciones contractuales, siempre que en los contratos bilaterales hayan cumplido las suyas, sin esperar a que tales obligaciones hayan sido ratificadas por la Sociedad. Pues bien, en el supuesto de que el tercero haya ya cumplido sus obligaciones, la ratificación por la Sociedad no comprenderá, como se infiere de lo que precede, la parte de la obligación que desde la postura de la Sociedad es activa, sino sólo la parte que es pasiva y que se encuentre pendiente de cumplimiento por el gestor, y en el caso de que éste también la haya cumplido, la ratificación, más propiamente llamada aprobación, afectará sólo a las relaciones internas entre la Sociedad y el gestor.

Dejando aparte la ratificación automática, en los actos necesarios para la constitución de la Sociedad, enmarcados dentro del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, la Sociedad es completamente libre de otorgar la ratificación o no, porque su derecho a ratificar, no es otra cosa, en definitiva, que un derecho de opción.

El párrafo 1.º del artículo 7 de la ley, en relación con el artículo 6 de la misma, preceptúa con toda claridad que la ratificación debe producirse dentro de los tres meses a contar desde la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil. Un autor arguye, sin embargo, que el artículo 7 no dice expresamente que el plazo deba contarse a partir de dicha fecha. Creemos, no obstante, que aquel aserto es fácilmente deducible, si ponemos en relación el artículo 7 con el artículo 6, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas, porque si nadie puede declarar su voluntad sin existir, la Sociedad Anónima no puede declararla antes de su inscripción en el Registro Mercantil, ya que según el artículo 6, sólo a partir de la inscripción tiene personalidad jurídica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1969 comienza por declarar que la inscripción en el Registro Mercantil produce efectos constitutivos de la personalidad jurídica de la Sociedad, según el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, y que por ello el artículo 7 regula los efectos de los contratos celebrados en nombre de la misma antes de la inscripción, permitiendo los acepte dentro de los tres meses siguientes... Sin embargo, inmediatamente tuerce el rumbo y acoge la postura de cierto sector de la doctrina que equipara la ratificación por todos los socios, antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro, a la ratificación por la Sociedad, después de la inscripción. Declara al respecto, la sentencia que comentamos, lo que sigue: «Subsiste la declaración de hecho de la Sala *a quo*, de que todos los socios tuvieron conocimiento del contrato celebrado y lo ratificaron, es evidente la vio-

lación de tales preceptos» (Los preceptos de referencia son los artículos 6 y 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, y los socios que ratificaron por unanimidad el contrato fueron los fundadores, ya que según el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas, ningún accionista puede transmitir sus acciones mientras no esté inscrita la Sociedad en el Registro Mercantil).

Con todos los respetos disentimos de la sentencia que comentamos. Se inspira en la conveniencia de agilizar el tráfico mercantil y prescinde de los conceptos contenidos en los preceptos legales. Los intereses y los conceptos deben tener unos y otros su momento de prevalencia. Los intereses al hacer la ley; los conceptos al aplicarla. Y en la sentencia que estudiamos se atiende, al interpretar la ley, a los intereses y no a los conceptos. Pensamos que sin interpretación conceptual no hay seguridad jurídica y que, en definitiva, no es la realidad la que debe modificar la norma jurídica al interpretarla, sino la norma jurídica la que debe moldear la realidad al legislar.

Ciertamente todos los socios reunidos en Junta Universal, después de inscrita la Sociedad en el Registro Mercantil constituyen un órgano importante dentro de su competencia. Pero antes de la inscripción no existe la Sociedad ni pueden existir órganos sociales y, por consiguiente, los fundadores carecen de facultades para ratificar en nombre de la Sociedad.

Cabe también que la ratificación se produzca después de los tres meses siguientes a la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, en cuyo caso, para que produzca efecto, es necesario el consentimiento del tercero que contrató con los gestores, porque la ratificación produce la liberación de responsabilidad de los gestores y al tercero le puede interesar más proceder contra los gestores que contra la Sociedad.

Los efectos de la ratificación por la Sociedad del acto o contrato, son: que ésta asume los efectos que de los mismos se derivan; que los gestores quedan exonerados de responsabilidad, y que la situación interna de vinculación de los terceros que contrataron con los gestores, se convierte en una situación estable de asunción de los efectos contractuales respecto de la Sociedad.

La ratificación expresa debe ser notificada por la Sociedad al gestor y a la otra parte contratante. Como dice el profesor GARRIGUES, el tercero debe requerir previamente a la Sociedad para que declare si acepta o no. Si la Sociedad contesta que no o no contesta dentro del período de tres meses desde la inscripción, queda liberada la Sociedad, pero el tercero no puede volverse atrás durante los tres meses. El mismo profesor observa que, una vez asumido el contrato por la Sociedad, si

el otro contratante no cumple, no puede hacerse responsable al gestor de este incumplimiento.

La fecha que debe contar para apreciar si la ratificación se otorgó antes o después de finalizado el plazo de tres meses, no es, al parecer, la fecha de la celebración de la Junta General o de la reunión del Consejo de Administración, cuya fecha, conforme al artículo 1.227 del Código Civil, no ofrece ninguna garantía, ya que se puede insertar en los libros cuando convenga a la Sociedad, sino la fecha en que se exhibió al Notario el libro de actas, para la expedición de un testimonio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977 alude de paso al tema, pero no lo resuelve, debido a vicio de planteamiento.

10.5.2. *Normativa de los factores*

Los artículos 281 a 286 se refieren, directa o indirectamente, a las relaciones jurídicas entre el principal —en nuestro caso la Sociedad— y los terceros.

El artículo 281 del Código de Comercio preceptúa que «El comerciante podrá constituir apoderados generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte...». Los factores son los mandatarios o apoderados generales a los que hace referencia el precepto.

El artículo 282 del mismo Cuerpo legal dispone que «El factor deberá tener la capacidad necesaria para obligarse... y poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico». Ahora bien, la Sociedad no puede haber conferido poderes, porque al actuar el gestor, aquélla carece todavía de personalidad jurídica. Esta es la razón en que se basa la sustitución del poder previo por un poder *a posteriori* al que equivale la ratificación.

El artículo 283 del mismo Código prescribe que «El Gerente de una Empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Sección». La Sociedad no puede tampoco haber conferido la autorización a que se refiere el precepto, por no tener aún personalidad jurídica, al actuar el gestor.

El artículo 284 preceptúa que «Los factores negociarán y contratarán en nombre de sus principales —en nuestro caso la Sociedad— y en todos los documentos que suscriban en tal concepto expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen». Como acabamos de observar, la Sociedad en creación, por no

tener todavía existencia legal, no puede haber conferido poderes. En cambio, es requisito en la gestión de negocios que el gestor obre sin poder, y debe hacerlo constar en los documentos que suscriba en nombre de la Sociedad o que ésta se encuentra en fase de creación, si quiere eludir su responsabilidad personal.

El artículo 285 dispone que «Contratando los factores en los términos que previene el artículo 284, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeran».

A lo que añade el artículo 286 que «Los contratos celebrados por el factor de un Establecimiento o Empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una Empresa o Sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha Empresa o Sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del Establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos».

Este precepto consagra respecto del factor la figura jurídica del poder por apariencia. No cabe, en el caso de Sociedad en creación, que el gestor en posición de factor obre con orden de su comitente —la Sociedad en creación—, que no tiene todavía existencia legal. Cabe sí, que la Sociedad, una vez inscrita y en posesión de su personalidad jurídica, apruebe la gestión en términos expresos o por hechos positivos.

El factor es un representante. La idea de representación inspira el artículo 283 y también los artículos 282 y 284 del Código de Comercio, que exigen poder de la persona por cuya cuenta los factores hagan el tráfico y les imponen la obligación de expresar en todos los documentos que suscriban, que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen.

El factor está hecho para obrar en nombre del principal, a diferencia del comisionista que está hecho más bien para obrar en nombre propio.

El factor es, sin embargo, un representante tipificado, por la permanencia y la amplitud de su apoderamiento, y por el contenido mínimo de sus facultades que deben extenderse al giro y tráfico de la Empresa o del Establecimiento, sin perjuicio de que el principal pueda ampliarlas.

La normativa de los factores es sólo aplicable en reducida medida a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, por dos razones: 1.^a Porque los factores obran en virtud de poder de sus principales, que no puede haber conferido la Sociedad en creación, por carecer aún de personalidad jurídica. Este poder previo tiene que ser

sustituido por un poder *a posteriori* mediante la ratificación de los actos del gestor en posición de factor, pero comoquiera que al actuar el gestor-factor todavía no existe el poder *a posteriori*, es ineludible dejar sin aplicar la normativa de los factores, en cuanto a aquellos preceptos basados en la existencia previa del poder. El orden de prelación de fuentes viene a resolver, sin embargo, el problema, porque si la normativa de los factores no se aplica nunca a la Sociedad Anónima en creación con carácter prioritario, sino supletorio del artículo 7, 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, es a este precepto —que contempla el caso de falta previa de poder y exige la ratificación— al que hay que acudir para resolver la cuestión; 2.ª Porque la mayoría de preceptos referentes a los factores contemplan el supuesto de que éstos actúen dentro del giro y tráfico de la Empresa o Establecimiento, lo cual constituye la línea normal de la actuación de aquéllos y en la Sociedad Anónima en creación, al obrar los gestores no aparece delimitado el giro y tráfico de la Sociedad, porque ésta carece aún de personalidad jurídica (8.3).

Finalmente, el artículo 287 del Código de Comercio preceptúa que «El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; más si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

Este precepto, en lo que concierne a la acción contra el principal —la Sociedad—, no es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, porque sólo lo es a las operaciones de giro y tráfico del principal, que antes de la inscripción y consiguiente nacimiento jurídico de la Sociedad, no pueden estar delimitadas (8.3; 10.4.1.3). El tercero no podrá, pues, dirigir sus acciones contra la Sociedad, sino sólo contra el gestor en posición de factor. En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, si el gestor actúa en propio nombre, la normativa de los factores viene a coincidir, por consiguiente, con la de los comisionistas (art. 246 del Código de Comercio) y con la de los mandatarios (art. 1.717 del Código Civil) cuando unos y otros actúan en propio nombre.

El artículo 287 del Código de Comercio tiende a evitar que el principal presione sobre el factor para que éste actúe en propio nombre, con lo cual el primero quedaría al margen frente a los terceros, eludiendo su responsabilidad. La falta de delimitación del giro y tráfico de la Sociedad impide, sin embargo, que en este aspecto sea aplicable el precepto.

10.5.3. *Normativa de la Comisión Mercantil*

10.5.3.1. *Caso de que el comisionista obre en nombre del comitente*

La normativa aplicable está contenida en el artículo 247 del Código de Comercio, ya transcrito y comentado al ocuparnos de las obligaciones del comisionista frente a tercero (10.4.1.4).

La penetración de la normativa de la comisión mercantil en el orden de prelación de fuentes de la Sociedad Anónima en creación, se funda —como ya advertimos— en la analogía existente entre la gestión de negocios y la comisión mercantil. Ahora bien, la aplicación analógica exige una igualdad jurídica sustancial entre el precepto necesitado de complemento y aquel otro que lo complementa. Y esta igualdad no existe en lo que concierne a la necesidad de que la Sociedad ratifique el acto o contrato, para quedar obligada. Y esto es así porque en la comisión mercantil existe un contrato previo entre el comitente y el comisionista, en virtud del cual el primero presta su conformidad por anticipado a lo que puede hacer el segundo, lo cual dispensa de la conformidad posterior mediante la ratificación. Mientras que en la gestión de negocios de la Sociedad no hay ni puede haber contrato previo, por cuya razón la conformidad tiene que manifestarse *a posteriori* por medio de la ratificación. Estas consideraciones conducen a prescindir de la normativa de la comisión mercantil en todos aquellos preceptos que son consecuencia de la existencia de un contrato previo. Por lo demás, el orden de prelación de fuentes viene a resolver la cuestión al dar preferencia al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige la ratificación sobre los preceptos de la comisión que no la exigen.

10.5.3.2. *Caso de que el comisionista obre en su propio nombre*

Conforme al artículo 246 del Código de Comercio, ya comentado (10.4.1.4.), las relaciones jurídicas se producirán entre el comisionista y el tercero.

10.5.4. *Normativa de Derecho civil*

Los efectos de la ratificación o aprobación serán distintos según que los gestores hubieran obrado en nombre de la Sociedad o en nombre propio. En el primer caso, los efectos serán los del mandato representativo. En el segundo, los del no representativo.

Contratando el gestor en nombre del *dominus* (la Sociedad), las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los terceros sólo surgen si la Sociedad ratifica la gestión.

Contratando el gestor en su propio nombre, la ratificación por la Sociedad, más técnicamente llamada aprobación, sólo produce efecto en

las relaciones internas entre el gestor y la Sociedad. Las relaciones externas entre la Sociedad y los terceros que contrataron con el gestor no se producen nunca, haya o no haya ratificación o aprobación.

PACHIONI define la ratificación como el acto mediante el cual una persona (*dominus*) reconoce válidamente concluido para sí un negocio celebrado en su nombre por un gestor.

El sistema metodológico más eficaz para perfilar conceptos es el de compararlos con conceptos afines:

Como apunta un autor —NÚÑEZ LAGOS—, la ratificación se diferencia de la confirmación, en que la confirmación se otorga por las mismas partes que intervinieron en el negocio confirmado. La ratificación, sólo por el *dominus*, que antes de la ratificación no es parte, sino tercero. La confirmación es siempre un negocio bilateral. La ratificación es unilateral, dirigido a la otra parte. No hace falta que ésta la acepte o consienta. Es suficiente que se haga antes de la revocación.

En este sentido, el artículo 1.259 del Código Civil, en su párrafo 2.º, dispone que: «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

A lo que añade el párrafo 2.º del artículo 1.727 del mismo Código que: «En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente», cuyo precepto, según Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944, es aplicable al caso de ausencia total de poder, ya que la *ratio legis* es la misma.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940 y 10 de octubre de 1963 matizan la diferencia entre ratificación y confirmación, declarando al respecto que: «La confirmación significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer *a posteriori*, cual es el consentimiento del principal o representado, lo que no obsta para que la ratificación tenga en algunos puntos marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo, como ésta, ser tácita y siéndole propio un efecto retroactivo análogo al de la confirmación».

La ratificación se diferencia de la aprobación —como observa NÚÑEZ LAGOS— en que ésta se refiere a la relación interna de gestión, y la ratificación a la externa, de representación. El negocio concluido por el *procurator* en nombre propio, aunque por cuenta del *dominus*, no puede ser objeto de ratificación, sino de aprobación. El celebrado en nombre

del *dominus* debe ser objeto de ratificación en cuanto a la relación externa de representación, de aprobación en cuanto a la interna. La ratificación —añade— no implica necesariamente aprobación. No obstante, la aprobación del *initium gestiones* implica ratificación, porque equivale al reconocimiento de la existencia de la utilidad, a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1.893 del Código Civil, con los efectos señalados en el párrafo 1.º, entre ellos el de que el *dominus* será responsable de las obligaciones contraídas en su interés y, por tanto, el *dominus* está obligado a ratificarlas si se contrataron en su nombre o a asumirlas si a nombre del *procurator*. La aprobación es concepto más amplio, que en muchos casos engloba la ratificación. En cambio, la ratificación dirigida al tercero (contraparte del gestor) no implica por sí sola aprobación de las cuentas de la gestión.

Si comparamos el artículo 1.259 del Código Civil con el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, podemos observar que en el supuesto del artículo 1.259 el contrato es inicialmente nulo para todos, mientras que en el supuesto del párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, según la interpretación más extendida, es inicialmente válido para el gestor. En el supuesto del artículo 1.259 del Código Civil, la ratificación dota de validez a un contrato nulo (aunque el negocio sea válido como oferta de contrato). En el supuesto del párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, la ratificación no repercute sobre la validez, sino sobre el patrimonio obligado, que mediante la ratificación pasa a ser el de la Sociedad.

Otra diferencia entre ambos preceptos es que en el supuesto del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, el tercero queda vinculado, y en el del artículo 1.259 no existe tal vinculación, extremo que ha sido estudiado al ocuparnos de las obligaciones del tercero que contrata con los gestores (10.4.2.1.).

La ratificación puede ser expresa o tácita. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1965 declara al respecto que: «La ratificación tácita debe inferirse de actos que signifiquen de manera inequívoca que la parte que aparece obligada consiente y acepta lo concertado en su nombre, sin que la simple demora o el transcurso del tiempo más o menos largo para el ejercicio de la acción pueda suponer nunca el consentimiento. A lo que añade la Sentencia de 5 de abril de 1950 que: «La ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del *dominus*, y así tiene lugar cuando sin hacer uso el mandante de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado —sin su autorización—, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concorde con el del tercero, con lo que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez».

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la situación creada dentro del marco del artículo 1.259 del Código Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 29 de enero de 1945 se sitúan en la perspectiva que ofrece el momento inicial de la estipulación del contrato, y declaran que: «La nulidad del contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación es equiparable a la inexistencia, por faltar en él el consentimiento de la persona para quien se contrata».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1963, ya transcrita al estudiar la vinculación del tercero, situándose en la perspectiva del período intermedio entre la celebración del contrato y la ratificación, declara que el negocio jurídico originado dentro del marco del artículo 1.259 del Código Civil es un negocio jurídico en estado de suspensión.

Y, finalmente, la Sentencia de 13 de diciembre de 1965 contempla el momento de la ratificación, y declara que: «Si la persona para quien se contrató ratifica el contrato, como esta ratificación hace aparecer *a posteriori* el elemento esencial que faltaba, y al consentir se subsana la falta de representación, se considera entonces el contrato o, en general, el negocio jurídico como válido y eficaz (5).

La ratificación por el *dominus* (la Sociedad) y la retirada de la conformidad por el tercero, dentro del marco del artículo 1.259, son declaraciones recepticias, que, como tales deben ser notificadas: la del *dominus* (la Sociedad) a la persona que contrató con el gestor; y la de esta persona, al gestor, si por falta de inscripción en el Registro Mercantil, todavía no existe la Sociedad.

Los contratos verificados por personas carentes de representación, se consideran revalidados, con efecto retroactivo o *extunc*, al ser ratificados por el representado, a tenor de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 16 de abril de 1952. Ahora bien, como declaran la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1946 y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de octubre del mismo año, tal retroactividad afecta sólo a las partes del contrato, no a los terceros.

10.5.5. Planteamientos registrales

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato que los gestores hubieren celebrado en nombre de la Sociedad con terceras personas, debe presentarse en dicho Registro la escritura pública en la que se contenga tal contrato y la escritura pública de ratificación otorgada por la Sociedad.

El contrato otorgado por los gestores en nombre de la Sociedad,

para que sea inscribible en el Registro de la Propiedad, debe tener por objeto bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre inmuebles. En otro caso no sería inscribible.

La ratificación debe ser otorgada por persona legitimada para ello y si la otorga el órgano administrativo, un gerente, un apoderado con poder general, un Consejero Delegado o la Comisión ejecutiva, se requiere la previa inscripción en el Registro Mercantil de los respectivos nombramientos y atribución de facultades. Esta inscripción supone, a su vez, que antes haya sido inscrita la Sociedad. Si la ratificación se otorga por un apoderado con poder especial, no es obligatoria la previa inscripción en el Registro Mercantil. Y si se otorga por la Junta General, no es ni siquiera posible su previa inscripción, porque a pesar de ser la Junta General un órgano de la Sociedad, no es inscribible. Sólo sería necesaria, en tal caso, la previa inscripción de la Sociedad.

Al ocuparnos más adelante, de modo más pormenorizado de la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato entre el gestor y los terceros, y de su ratificación por la Sociedad, así como de la previa inscripción en el Registro Mercantil de quien otorgue la ratificación, según sea el órgano administrativo (10.5.6.4.1), los Consejeros Delegados o la Comisión ejecutiva (10.5.6.7.1), los Gerentes (10.5.6.6.2.1) o los Apoderados (10.5.6.6.1), estudiaremos más ampliamente la materia. Nos ocuparemos, asimismo, de los requisitos exigidos para el caso de que sea la Junta General quien otorgue la ratificación (10.5.6.5.3).

Puede ocurrir que por constar en documento privado, el contrato estipulado entre el gestor y el tercero con quien hubiere contratado, o por otro motivo, convenga a los interesados prescindir de este contrato y de su ratificación si ya se hubiere otorgado, unificando ambos negocios jurídicos en uno sólo, mediante el otorgamiento de un nuevo contrato en el que comparezca directamente la Sociedad en cuyo nombre se contrató por el gestor, y el tercero. La escritura pública en la que se plasmara este contrato se presentaría en el Registro de la Propiedad. El contrato primitivo y su ratificación quedarían novados y no serían presentados.

En tal caso, en el ámbito documental, habría existido una pluralidad de documentos, pero frente al Registro de la Propiedad uno sólo.

El hilo del acontecer documental, nos sugiere, al respecto, las siguientes observaciones:

Los documentos otorgados habrán sido sólo dos —el contrato primitivo entre el gestor y el tercero y aquel otro en que se haya plasmado, a la vez, la novación de este contrato y la estipulación del nuevo entre la Sociedad y el tercero— en el caso de que, sin haber mediado ratifi-

cación, se otorgue la novación del primer contrato y la estipulación del nuevo en un solo documento.

Los documentos otorgados habrán sido tres —el documento que contenga el contrato primitivo, el que lo nove y aquel otro que contenga el nuevo contrato— cuando, sin haber mediado ratificación, se otorgue la novación y el nuevo contrato en documentos distintos.

Los documentos otorgados habrán sido igualmente tres —el documento que contenga el contrato primitivo, el que contenga la ratificación y aquel otro en que se nove dicho contrato y su ratificación y a la vez se estipule el nuevo contrato— cuando habiendo mediado ratificación se otorgue la novación y el nuevo contrato en un mismo documento.

Y finalmente, se habrán otorgado cuatro documentos —conteniendo respectivamente: el contrato primitivo, su ratificación, la novación de uno y otro y el nuevo contrato entre la Sociedad y el tercero— cuando habiendo mediado ratificación, se otorgue la novación y el nuevo contrato en documentos separados.

Los cuatro casos examinados tienen de común que sólo se presenta en el Registro de la Propiedad, la escritura otorgada directamente por la Sociedad y el tercero, representada la primera por el órgano social o su apoderado legitimados para ello.

10.5.6. *Órgano social legitimado para la ratificación de los actos y contratos otorgados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación*

10.5.6.1. *Órganos sociales de la Sociedad Anónima*

La Sociedad Anónima, al igual que las demás personas jurídicas, necesita valerse de personas físicas que la representen, para contratar con otras personas. Puede, ciertamente, ser representada por esta Sociedad, que puede ser otra Sociedad Anónima. Pero ésta, a su vez, necesitará el concurso de personas físicas para actuar en nombre de aquélla.

La representación de la Sociedad puede ser legal o voluntaria. La primera tiene su fundamento en la ley y por tanto fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. La segunda tiene su causa en el hecho de que el representado, confía voluntariamente su representación al representante, teniendo, en su consecuencia, el origen en la autonomía de voluntad.

El artículo 76, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, sólo trata de la representación legal, dejando marginada a la representación voluntaria. Si según lo pactado en los Estatutos de la Sociedad, existe Consejo de Administración, la ley se pronuncia directamente, atribuyendo la representación de la Sociedad al Consejo de Administración. La

representación por el Consejo es, pues, representación legal por conferirle la ley.

En cambio, si no existe Consejo de Administración, la ley hace un llamamiento a los Estatutos y a los acuerdos de la Junta General, para que rijan la materia. De ese llamamiento les viene a los órganos investidos de representación por los Estatutos, el carácter legal de su representación. Apoyan asimismo ese carácter de representación legal la circunstancia de que los Estatutos constituyan la ley de vida de la Sociedad, de que deban pronunciarse sobre quién o quiénes ostentan la representación de la Sociedad, por mandato imperativo de dos preceptos legales (el art. 11, núm. 3, letra *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas, y el artículo 102, letra *h*), del Reglamento del Registro Mercantil), y de que el órgano social investido, por su condición de tal, no tenga las facultades subordinadas, a diferencia de los apoderados.

La Junta General, llamada después de los Estatutos a regir la representación de la Sociedad Anónima, en el mismo párrafo 1.º del artículo 76 de la ley, no está facultada para la designación del órgano —porque los Estatutos ya lo habrán designado, por estar obligados a ello— que deba ostentar la representación de la Sociedad, sino sólo para el nombramiento de las personas que deben integrarlo, y para la determinación de su número, cuando los Estatutos establezcan sólo el máximo y el mínimo (art. 71 L. S. A.). Los Estatutos designan, pues, el órgano, la Junta general sólo las personas. Por consiguiente, éstas serán representantes legales de la sociedad sólo en tanto en cuanto integran el órgano al que la ley o los Estatutos han atribuido la representación de la Sociedad. Todo ello sin perjuicio de que, como es natural, la Junta general, al igual que los demás órganos sociales, pueda otorgar poderes.

La representación conferida a los apoderados es representación voluntaria, porque tiene su origen en la autonomía de voluntad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1975, que se transcribe en la referencia 10.5.6.6, perfila el criterio jurisprudencial en la materia.

Los órganos de la Sociedad Anónima son, en gran síntesis: el órgano administrativo y la Junta general. La Junta universal es una Junta general especial. Los órganos sociales que ostentan la representación de la Sociedad son representantes legales, porque sus facultades representativas les vienen atribuidas por la ley o por los Estatutos, ley de vida de la Sociedad.

El órgano administrativo puede estar integrado por el Consejo de Administración, por un Administrador único o por varios Administradores solidarios. La representación de la Sociedad por estos órganos tendrá

el carácter de representación legal, porque constituyen simples modalidades de un órgano social: el órgano administrativo.

Los Consejeros Delegados y la Comisión ejecutiva constituyen, asimismo, modalidades del órgano administrativo al obrar por delegación del Consejo de Administración. Esta delegación sólo está jurídicamente permitida si existe un órgano colegiado de representación, como el Consejo de Administración. Un Administrador aislado, aunque pueda conferir poderes, no puede delegar.

La delegación de los artículos 77 y 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, conferida a los Consejeros Delegados o a la Comisión ejecutiva, por derivarse de la normativa administrativa que el artículo 76, ya citado, atribuye al Consejo de Administración, se mueve dentro de la representación legal.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1979 declara al respecto que «Los delegados del Consejo de Administración son representantes legales, aunque su representación tenga carácter voluntario para el Consejo. En tanto que los apoderados del Consejo son representantes voluntarios. Los primeros son órganos sociales, con el mismo rango que el Consejo de Administración. Los apoderados no lo son, ya que sus facultades están subordinadas». «Pero si en dicho Consejo —se añade en la misma sentencia— en vez de acudir a la modalidad representativa a favor de una Comisión de su seno o de uno o varios Consejeros Delegados, se trasvasan sus facultades a favor de persona distinta, que no sea miembro del Consejo o integrante de su seno, está apoderando, o sea, confiriendo la representación voluntaria que posibilita el artículo 77, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas».

10.5.6.2. *Competencia del órgano administrativo y de la Junta general, para otorgar la ratificación*

Será competente para ratificar los contratos estipulados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación, el órgano social, que conforme a lo que sigue, esté legitimado para ostentar la representación de la Sociedad en dicho negocio jurídico. Lo cual supone la previa delimitación de competencias entre el órgano administrativo y la Junta general.

Vamos a ocuparnos, pues, de esta delimitación, que estudiaremos en la doble vertiente de la doctrina científica general y de nuestro Derecho positivo.

10.5.6.2.1. *Según la doctrina científica general*

La doctrina se suele pronunciar, en general, por la preponderancia de la Junta en el orden interno y del órgano administrativo en el externo.

Con objeto de delimitar las respectivas competencias en el orden externo —único que interesa a nuestro estudio— se han propuesto tres teorías.

a) La teoría que sostiene la exclusiva competencia del órgano administrativo, para representar a la Sociedad Anónima y la consiguiente incompetencia de la Junta general. Se funda en que el órgano administrativo se adapta, más fácilmente, a la agilidad que reclama el tráfico mercantil. En cambio, la Junta es difícilmente adaptable, debido a los requisitos de convocatoria y celebración y al mayor número de personas con derecho de asistencia, salvo raras excepciones. La Junta general se vería constreñida, en Sociedades con cierto nivel de tráfico, a permanecer reunida casi constantemente, para poder atender la multitud de operaciones sociales en las que tendría que intervenir.

b) La teoría que, conforme al principio tradicional de soberanía de la Junta general, le atribuye amplias facultades no sólo en el orden interno, sino también en el externo. Se funda en que la representación de la Sociedad por la Junta general, constituye la modalidad más directa y auténtica de representación social. Son, en efecto, la totalidad de los socios quienes asumen la representación de la Sociedad. Si la Junta es universal, porque todos ellos, al concurrir a la Junta, consienten en someterse a la voluntad de la mayoría. Y si es simplemente Junta general, y no universal, porque los que asisten a la Junta se someten al régimen de mayorías y los que no asisten hacen abandono de sus derechos. En definitiva, es más conforme con la soberanía de la Junta que ésta pueda asumir directamente la representación social, a que sólo pueda separar a los administradores que la asumen.

c) La teoría que, según los casos, atribuye la representación social al órgano administrativo o a la Junta general. Es el sistema español que confiere la decisión, como signo de soberanía, y la ejecución en algunos casos concretos, a la Junta, y la ejecución en los demás, al órgano administrativo.

10.5.6.2.2. *Según nuestro Derecho positivo*

El precepto fundamental en la materia, está contenido en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya aludido antes, cuyo tenor literal es el siguiente: «La representación de la Sociedad, en juicio y

fuera de él, corresponde al Consejo de Administración. En defecto de éste, la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los acuerdos de la Junta general». «En todo caso, la representación de la Sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al 'giro o tráfico' de la Empresa».

La falta de claridad del artículo transcrito hace difícil la delimitación de la competencia entre el órgano administrativo y la Junta general. Al abordar su estudio, somos conscientes de que algunos de nuestros puntos de vista no serán presumiblemente compartidos, y esta previsión nos induce a dejar constancia de que, como siempre, respetamos las opiniones contradictorias y aun las contrarias a la nuestra.

La doctrina de la representación de la Sociedad Anónima, conforme al artículo transcrito y a los principios jurídicos que informan el Derecho de Sociedades Anónimas, puede articularse, en el contexto de una interpretación sin concesiones, a través de las siguientes proposiciones:

1.^a La actuación válida de la Sociedad queda limitada a las operaciones comprendidas dentro del objeto social; 2.^a La actuación de los órganos de la Sociedad está sujeta al mismo límite; 3.^a El órgano que ostente la representación de la Sociedad dentro del objeto social («giro o tráfico») tendrá que respetar el repetido límite, pero en compensación no se le podrá limitar la competencia dentro del objeto social; 4.^a En el supuesto de que exista Consejo de Administración, o de que, a falta de éste, los Estatutos atribuyan, como siempre, la representación de la Sociedad, dentro del objeto social, a un solo Administrador o a varios Administradores solidarios, las posibilidades de actuación de la Junta general quedan limitadas a unos pocos casos, muy concretos y determinados, previstos en la ley o deducibles de sus preceptos y a aquellos otros en que los Estatutos, sin invadir la competencia atribuida al órgano investido en el párrafo 2.º del artículo 76 de la ley, confieran competencia a la Junta.

Examinemos, por separado y a continuación, las proposiciones enunciadas.

1.^a La actuación válida de la Sociedad, sólo puede realizarse dentro del objeto social.

Para poder otorgar actos o contratos situados fuera del objeto social, la Sociedad tiene que ampliar previamente su objeto. Y en ocasiones, después de otorgado el acto o contrato, puede convenir al interés de la Sociedad, restablecer la extensión primitiva, para lo cual sería necesario hacer la operación inversa, procediendo a reducir el objeto social con todas las perturbaciones que de tal reducción se derivan.

De lo expuesto se infiere la enorme importancia que reviste la determinación del objeto, al que la Sociedad piensa dedicar sus operaciones, circunstancia que debe constar preceptivamente en los Estatutos, según el artículo 11, letra b), de la Ley de Sociedades Anónimas, y cuya omisión determina la nulidad del contrato de Sociedad, a pesar de la parquedad con que, por sus grandes repercusiones, son admitidos en la Ley los supuestos de nulidad. Pero no sólo la determinación del objeto es importante, sino que su modificación también lo es, en tal medida que los socios discrepantes podrán separarse de la Sociedad (art. 85 Ley de Sociedades Anónimas). El objeto social constituye, en suma, según puntualiza una Resolución de la Dirección General de los Registros de noviembre de 1956, el lemento esencial del contrato de Sociedad.

Conviene distinguir entre el objeto social que consta en los Estatutos y el objeto social real, cuyo ámbito, en ocasiones puede rebasar ligeramente el primero, y esto es así, porque la delimitación del objeto social no queda decidida, en solitario, por los Estatutos, sino también por la actuación de la Sociedad y de los comerciantes e industriales que contratan con ella, mediante cuya contratación se viene a interpretar el objeto social que figura en los Estatutos. Pues bien, al tratar de distinguir el objeto social del «giro o tráfico», vemos que el «giro o tráfico» se identifica con el objeto social real, mejor que con el objeto social de los Estatutos.

Por otra parte, a efectos registrales lo único que cuenta es el objeto social inscrito, que será el mismo que figura en los Estatutos.

Aunque el concepto de objeto social sea similar al de «giro o tráfico», no es difícil apreciar ciertas diferencias de matiz entre ambos conceptos. El objeto social se refiere, en efecto, a la Sociedad. El «giro o tráfico» más bien a la Empresa mercantil subyacente a la Sociedad. El concepto de objeto social es aplicable indistintamente a la Sociedad en reposo y a la Sociedad en funcionamiento. El concepto de «giro o tráfico» es más bien aplicable a la Sociedad que funciona.

El coste jurídico y económico que implica toda modificación del objeto social ha dado origen a dos medidas correctoras, arbitradas por el Derecho vivido de Sociedades Anónimas y que se fundan, respectivamente, en la posibilidad de pactos, en los Estatutos, un objeto social muy amplio, a cuya amplitud la ley no señala límite; y en la posibilidad de interpretar extensivamente el objeto social que se haya pactado, sobre cuya interpretación extensiva no se pronuncia la ley. Ambas medidas correctoras tienen su propio momento de aplicación. La primera al constituirse la Sociedad; la segunda durante todo el período de actividad, desde la iniciación hasta el término de las operaciones sociales.

La primera medida tiene el inconveniente de que en el acto fundacional no hay posibilidad de prever todas las clases de operaciones a las que la Sociedad tendrá que atender en el curso de su vida social. No obstante, el Derecho vivido ha solucionado la dificultad mediante un pacto estatutario en el que, al determinar el objeto social, se adicionan a las operaciones previstas un conjunto de operaciones posibles, mediante el pacto consagrado por la práctica, de que la Sociedad pueda dedicarse a cualesquiera operaciones de lícito comercio.

Con esta fórmula se amplía considerablemente el objeto social, pero, sin embargo, no queda agotada por completo toda posible actividad social, porque quedan fuera del objeto social todas aquellas operaciones que no constituyan actos de comercio. Recordemos al respecto que nuestro Código de Comercio no da entrada en su artículo 2.º al elemento subjetivo, en el sentido de que sean considerados actos de comercio todos los realizados por un comerciante (como la Sociedad Anónima), sino que hace suyo el criterio objetivo, al considerar tales los comprendidos en el propio Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Al enjuiciar esta primera medida correctora, pensamos que puede ser útil y que es conforme a Derecho.

Pensamos, en cambio, que la medida correctora consistente en interpretar extensivamente el objeto social, si bien puede ser de utilidad, no es conforme a Derecho. Creemos que el objeto social constituye un límite infranqueable a la actividad de la Sociedad y no un techo cuya permeabilidad le permita actuar, en cierta medida, fuera del objeto social. Una interpretación sistemáticamente extensiva se sale del cauce dentro del cual discurre normalmente toda interpretación, sin que ningún precepto legal la autorice. Y corrobora este punto de vista la consideración de que la cláusula estatutaria que faculta a la Sociedad para dedicarse a cualquier operación de lícito comercio, por haberse convertido en una cláusula de estilo, si es omitida revela la voluntad en los fundadores, de que la Sociedad se ciña estrictamente, en su actuación, al objeto social.

La Dirección General de los Registros, en la Resolución de 2 de febrero de 1956, parece compartir el criterio de no ser necesario el cambio de objeto social para que la Sociedad pueda actuar fuera del que figure en los Estatutos, en un caso que versaba sobre una donación aislada otorgada por una Sociedad Anónima, sin que las donaciones, como es natural, estuvieran incluidas dentro del objeto social, al declarar que «No es necesaria la modificación de los Estatutos para admitir las donaciones, ya que después de hecha la donación se tendrían que modificar de nuevo». Sin embargo, una consideración más detenida de su

texto pone en tela de juicio esa conclusión, al distinguir en otro considerando entre acto aislado y objeto social, para permitir las donaciones aisladas y proscribir que la facultad de otorgarlas se integre dentro del objeto social, lo cual se fundamenta en que sólo el ánimo de lucro y no la liberalidad puede ser el fin de las Sociedades mercantiles. Este considerando plantea la duda respecto de si, por la especialidad del caso, la doctrina sentada por esta resolución puede considerarse aplicable a supuestos distintos.

2.^a La actuación de los órganos de la Sociedad está sujeta al mismo límite que la actuación de la Sociedad misma. Los órganos sociales no pueden hacer nada que no pueda hacer la Sociedad. Esto es así porque los órganos sociales representan a la Sociedad y el representante no puede ejercitar más derechos que los que tenga el representado (Cosa distinta es que pueda ejercitar derechos que el representado no puede ejercitar).

De lo precedente se infiere que los órganos sociales no pueden actuar legalmente fuera del objeto social, cuya interpretación es aplicable, obviamente, no sólo a los órganos sociales —Consejo de Administración, Administradores aislados, Consejeros Delegados, Comisión ejecutiva y Junta general—, sino también a los apoderados nombrados por dichos órganos sociales.

La actuación de los órganos sociales es la actuación de la Sociedad misma y por esta razón, la ley impone el mismo techo a la actividad de la Sociedad que a la de sus órganos. Los problemas que origina este límite y las soluciones que el Derecho vivido de Sociedades Anónimas ha arbitrado para resolverlos, son asimismo idénticos. Nos remitimos al respecto a la proposición 1.^a dentro de este mismo epígrafe.

3.^a El órgano investido de representación dentro del objeto social («giro o tráfico») por la ley y los Estatutos, cualquiera que sea la forma que revista, al igual que los órganos no investidos, no puede actuar pues fuera del «giro o tráfico» de la Empresa.

El legislador ha cuidado, sin embargo, de establecer un contrapeso a esa limitación al disponer, de modo imperativo, que la actuación del órgano investido de representación no puede ser limitada dentro del «giro o tráfico» (objeto social), de tal modo que la limitación estatutaria que significara merma o despojo de cualquier facultad representativa en las operaciones del «giro o tráfico» sería nula. El párrafo 2.º del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas es contundente al respecto, cuando dispone que «La representación de la Sociedad se extenderá a todos los asuntos comprendidos dentro del giro o tráfico de la Empresa». Cosa distinta es que en el orden interno, comprensivo de las relaciones jurídicas entre la Sociedad y sus órganos se permitan las limi-

taciones, que sólo en este orden producirán efecto, y no en el externo, donde el artículo 76, que acabamos de transcribir, extiende y a la vez limita las facultades del órgano investido de representación. Por lo que a la extensión se refiere, la Ley de Sociedades Anónimas se inspira en el artículo 286 del Código de Comercio, que delimita el mismo contenido —el giro o tráfico del Establecimiento— al regular las facultades representativas de los factores.

Ese doble carácter de la representación asumida por el órgano investido, limitada al objeto social e ilimitable dentro del objeto social, está al servicio de dos grupos de personas. La limitación que impide a la Sociedad y a sus órganos actuar fuera del objeto social, está al servicio del interés de los socios, que al formalizar sus aportaciones o al comprar las acciones, lo hicieron confiados en que la Sociedad no actuaría fuera del objeto social pactado en los Estatutos. La limitación que impide la merma o despojo de las facultades atribuidas al órgano investido de representación dentro del «giro o tráfico» (objeto social), sirve el interés de las personas que contratan con la Sociedad, las cuales lo hacen confiadas en que el órgano investido está legitimado para representar a la Sociedad en todas las operaciones de «giro o tráfico».

La presencia de aquel doble carácter en la representación de la Sociedad queda de manifiesto en el siguiente ejemplo: A veces se pacta en los Estatutos la necesidad de que medie autorización de la Junta general, para la venta de los inmuebles de la Sociedad, o para aquellas ventas cuyo precio exceda de cierta cantidad, o para la venta de los bienes situados en una zona o edificio determinados, o de inmuebles concretos y determinados. Pues bien, en el supuesto de que la representación de la Sociedad dentro del «giro o tráfico» corresponda al Consejo de Administración, o de que como siempre haya sido atribuida en los Estatutos a un Administrador único o a varios Administradores solidarios, la exigencia de acuerdo de la Junta autorizando la venta sería legalmente ineficaz, porque una de dos: o la venta de inmuebles no está comprendida dentro del objeto social o lo está. En el primer caso, la limitación sería ineficaz porque el órgano administrativo y la Junta, conforme a una interpretación estricta de la ley no pueden actuar fuera del objeto social. Y en el segundo caso, lo sería porque la ley no permite que se limiten las facultades representativas del órgano investido y para el órgano administrativo que ostenta la representación entrañaría una limitación tener que recabar la autorización de la Junta general. Por lo demás, una limitación en este sentido no sería inscribible en el Registro Mercantil y de haberse practicado la inscripción no produciría ningún efecto, por no producirlos la publicidad de los actos contrarios a la ley.

Por otra parte, la razón en que se basa la ineficacia es distinta en ambos casos.

Si la venta de inmuebles está fuera del objeto social, la ineficacia del pacto que exige autorización de la Junta general se funda en que se impide al órgano administrativo que haga libremente lo que la misma ley prohíbe que haga, cuya limitación sería ineficaz porque los pronunciamientos legales no necesitan pactos que los confirmen; y en que la Junta no puede actuar fuera del objeto social, aunque su actuación consista sólo en autorizar la venta.

Y si la venta de inmuebles está situada dentro del objeto social, la ineficacia se funda en que la autorización de la Junta, por limitar la actuación del órgano administrativo, sería contraria a la ley.

La rigidez del esquema que precede puede, sin embargo, corregirse mediante ciertas actuaciones de la Sociedad, permitidas o alentadas desde dos posiciones distintas: desde el Derecho vivido y desde el Derecho positivo.

Desde la posición del Derecho vivido, al permitirse en éste que la Sociedad y sus órganos actúen fuera del objeto social, lo cual permite que se pueda pactar la necesidad de la autorización de la Junta.

Y desde la posición del Derecho positivo, por no ser contrario a Derecho un determinado pacto estatutario que fundado en la autonomía de voluntad que rige en los Estatutos, permita, sin merma de las facultades representativas del órgano administrativo dentro del objeto social, atribuir algunas a la Junta general, como la de autorizar la venta de inmuebles. Al estudiar la proposición 4.^a dentro de este mismo epígrafe volveremos sobre el tema.

La atribución al Consejo de Administración de la representación de la Sociedad según el párrafo 1.^o del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y la exigencia de que en los Estatutos se indique quién ostenta la representación de la Sociedad, a falta de Consejo, según los artículos 11, 3.^o, letra h), de la Ley de Sociedades Anónimas y 102, letra h), del Reglamento del Registro Mercantil, se refieren exclusivamente a la representación dentro del objeto social («giro o tráfico»), ya que la Sociedad no puede actuar fuera de él.

Cuando la actividad de la Sociedad se desarrolla, conforme al Derecho vivido, fuera del «giro o tráfico» no es de aplicación el artículo 76 de la ley, al establecer la ilimitabilidad de las facultades representativas del órgano investido. En tal caso la actividad de la Sociedad puede ser regulada libremente en los Estatutos, que pueden atribuirle o distribuirla del modo como tenga por conveniente, con limitaciones o sin ellas, con o sin atribución o autorización de la Junta, pura o condicionalmente, mancomunada o solidariamente, incluso en el caso de que exista

Consejo de Administración. Es de notar que para el supuesto de corresponder, según el Derecho vivido, a la Junta general la representación de la Sociedad fuera del «giro o tráfico», el mismo Derecho vivido ha ideado una legitimación de urgencia a favor del órgano administrativo, conforme a la cual la actuación de este órgano, aunque no está dentro de su competencia, deja obligada a la Sociedad.

4.^a En el supuesto de que exista Consejo de Administración o de que en su defecto, los Estatutos atribuyan la representación de la Sociedad, como es norma invariable, a uno o varios Administradores aislados, las posibilidades de actuación de la Junta en el orden externo, quedarán legalmente limitadas a unos pocos casos, muy concretos y determinados, previstos en la ley o deducibles de sus preceptos.

Los casos de referencia son los siguientes:

a) El supuesto de «adquisiciones a título oneroso realizadas por la Sociedad dentro del primer año a partir de su constitución», las cuales, según dispone el último párrafo del artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas, «habrán de ser aprobadas necesariamente por la Junta general, previo informe escrito de los Administradores, siempre que el importe de aquélla exceda de la décima parte del capital social». Cuando los contratos estipulados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación consistan en adquisiciones a título oneroso —supuesto por demás frecuente— incidirán en la órbita de este precepto, ya que tales contratos no quedan perfeccionados hasta que la Sociedad los ratifica (art. 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) y la ratificación tiene que producirse dentro de los tres meses, y por consiguiente, del año a partir de la constitución de la Sociedad.

b) Cuando el asunto presente tal incompatibilidad o conflicto de intereses con el Consejo, que no permita la actuación de éste.

El profesor GARRIGUES sustenta la opinión de que la Junta podrá ejecutar sus propias decisiones cuando no existiendo Consejo haya un solo Administrador y equipara este supuesto al de incompatibilidad de intereses, razonando que si según el artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas, los Administradores que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la Sociedad deben cesar en su cargo a petición de cualquier socio, por acuerdo de la Junta, no debe existir ningún escrúpulo en equiparar el supuesto de conflicto de intereses con el de inexistencia del Consejo.

c) Un caso de incompatibilidad se presenta cuando los miembros del Consejo hayan estipulado como gestores, en nombre de la Sociedad en creación, los contratos cuya ratificación corresponda al Consejo. Se suele considerar válida en tal caso la ratificación otorgada por la Junta

general a la que asistan todos los miembros del Consejo y la voten unánimemente. Este planteamiento parte de la base de que todos los miembros del Consejo sean socios, ya que aquellos que no lo fueran no tendrían voto (art. 59 de la Ley de Sociedades Anónimas). Mediante este procedimiento se pretende resolver la incompatibilidad derivada del hecho de que sean los propios gestores quienes, como Administradores, ratifiquen sus propios actos. Ciertamente las deliberaciones pueden influir en el voto y éstas pueden ser distintas en el seno del Consejo y en el seno de la Junta, pero no es presumible que las deliberaciones en la Junta, con la asistencia de socios no afectos a incompatibilidad, añadan facilidades a la ratificación, sino más bien todo lo contrario. Las dudas que pudieran suscitarse, en el supuesto que contemplamos, respecto de si la incompatibilidad reviste suficiente entidad para considerarla comprendida dentro de la letra *b)* que precede, quedan compensadas con los requisitos de asistencia y voto unánime de los Administradores.

d) Un caso similar es aquel en que concurran a la Junta el Administrador único o cualquiera de los Administradores solidarios, que habiendo contratado, al igual que todos los demás, como gestores, en nombre de la Sociedad en creación, voten a favor de la ratificación. Si sólo hubieran actuado como gestores alguno o algunos de los Administradores solidarios, estarán legitimados los demás para ratificar, y no la Junta.

e) Cuando haya vacado el Consejo de Administración en pleno, la Junta, por medio de apoderado, podrá celebrar contratos, en ejecución de sus propios acuerdos.

f) En el caso de cese fulminante del Administrador único o de todos los Administradores solidarios, la Junta podrá asumir asimismo provisionalmente, la representación de la Sociedad. No creemos que puedan suscitarse dudas al respecto, porque la analogía existente entre este supuesto y el de vacante del Consejo de Administración respalda nuestro punto de vista. Más fácil es que los dissentimientos se planteen acerca de si es necesaria la situación jurídica de órgano vacante para que la Junta pueda arrogarse la representación directa de la Sociedad. Asumiendo el riesgo de contradecir opiniones relevantes, pensamos modestamente, que fuera de la situación de órgano vacante la Junta carece de legitimación para representar a la Sociedad, y fundamos nuestro aserto en la consideración de que el párrafo 2.º del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, al proscribir toda limitación en las facultades representativas del órgano investido de representación, no formula ninguna distinción respecto de la forma que revista este órgano, y por consiguien-

te, es aplicable a los Administradores aislados mientras se hallen en el ejercicio del cargo, al igual que al Consejo de Administración.

Pensamos que los seis casos que acabamos de exponer son los únicos que, fundamentan la actuación de la Junta general en el orden externo, aparte, quizá, de algún otro muy circunscrito. A otra posibilidad de actuación fuera de uso aludiremos al finalizar el estudio de esta proposición 4.^a

La Junta, si nos mantenemos fieles al sentido estricto de la ley, no puede actuar fuera del objeto social (proposiciones 1.^a y 2.^a de este epígrafe) y tampoco puede actuar dentro del objeto social si su actuación merma las facultades representativas del órgano administrativo investido de representación (proposición 3.^a).

El rigor de la ley condena, pues, a la Junta a permanecer en reclusión casi total dentro de la Sociedad, apartándola de las relaciones externas que son las únicas que pueden vincular a la Sociedad con los terceros.

La Junta nombra y separa a los Administradores, pero éstos, una vez nombrados y aceptado el cargo, tienen una competencia exclusiva, en la que no está permitida la intromisión de la Junta. La Junta puede modificar los Estatutos, pero mientras no los modifique está sujeta a sus disposiciones. A la Junta incumbe emitir internamente la voluntad social, pero a los Administradores corresponde declararla y cumplirla ante los terceros.

Hasta aquí el Derecho positivo. Como vimos, en el Derecho vivido, el panorama ofrece otro aspecto. Es cosa admitida en él que la Junta actúe externamente fuera y dentro del objeto social. Fuera, porque se entiende que la Sociedad puede hacerlo (proposición 1.^a). Y dentro, a pesar del texto terminante del párrafo 2.^o del artículo 76 de la ley, que no presenta ninguna fisura a través de la cual pueda penetrar aquella interpretación, a costa de la competencia del órgano administrativo investido.

Conforme al Derecho vivido, en las actuaciones fuera del objeto social («giro o tráfico»), la Junta puede recibir sus facultades representativas a través de dos canales: directo y residual. Directamente cuando le sean atribuidas en los Estatutos. Y por vía residual cuando los Estatutos guarden silencio sobre la atribución de tales facultades representativas.

En esta vía residual se apoya la Resolución de la Dirección General de los Registros de 2 de febrero de 1956 (comentada al estudiar la proposición 1.^a) para atribuir la competencia a la Junta, en un caso de donación otorgada por una Sociedad Anónima, sin que la facultad de

otorgar donaciones estuviera comprendida, como es natural, dentro del objeto social.

En cambio, en las actuaciones de la Junta dentro del objeto social no es utilizable la vía residual, porque las facultades representativas habrán sido atribuidas directamente: por la ley si existe Consejo; y por los Estatutos a falta de Consejo, ya que éstos deben pronunciarse preceptivamente al respecto, conforme al artículo 11, 3.º, letra *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas y 102, letra *h*), del Reglamento del Registro Mercantil. Y tampoco es utilizable la vía directa por estar en oposición con el artículo 76, párrafo 2.º, de la ley. Sin embargo, el Derecho vivido ha ido más lejos y como reminiscencia de la antigua soberanía de la Junta general ha arbitrado otra vía, que engloba y rebasa la directa y la residual, dando por buena cualquier actuación externa de la Junta le esté o no atribuida por los Estatutos, e incluso si en éstos, como es habitual, viene atribuida al órgano Administrativo.

De acuerdo con esta práctica la actuación de la Junta se realiza en dos planos distintos: usurpando en cierta manera desde el principio la competencia del órgano administrativo o subsanando los vicios de su actuación. En el primer caso, la Junta sustituye al órgano administrativo. En el segundo, lo complementa mediante la ratificación. Por lo demás, las facultades necesarias para ratificar los actos o contratos celebrados por el órgano administrativo no son menores que las necesarias para otorgarlos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1965 pone de manifiesto la coherencia entre ambos supuestos, al declarar que «La ratificación válida ha de ser prestada por quien estuviese facultado inicialmente para otorgar el contrato, mas no por quien, al carecer de tales facultades, no las puede tener tampoco para ratificar».

La limitación consistente en exigir acuerdo de la Junta general para la venta de los inmuebles de la Sociedad, viene a constituir en cierto modo un caso de usurpación o suplantación. La Junta suplanta al órgano administrativo, y no lo complementa, ni puede complementarlo, porque la actuación de aquélla se produce antes de que intervenga el órgano administrativo y no después. La suplantación es, por otra parte, meramente parcial, porque no despoja al órgano administrativo de sus facultades representativas, sino que simplemente las condiciona. Tal limitación, admisible en el orden interno, es nula en el externo, como razonábamos al estudiar la proposición 3.ª dentro de este mismo epígrafe.

La Junta puede ciertamente separar a los Administradores, pero no puede completar sus facultades, ni sustituirlos en el ejercicio de las mismas. Ciertamente que el párrafo 1.º, parte 2.ª, del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas llama a la Junta general a regir la representación de la Sociedad, pero una cosa es regirla y otra asumirla. Tampoco los

Estatutos, a pesar de ser llamados en el mismo precepto, pueden, como es obvio, asumir la representación de la Sociedad. Ni siquiera la Junta universal a pesar de que en ella están presentes todos los socios, está legitimada en puridad para ostentar la representación externa de la Sociedad, porque en el Derecho de Sociedades, al igual que en el de las demás personas jurídicas, la suma de las partes —los socios— no es igual al todo —la Sociedad—, ya que ésta tiene personalidad jurídica propia distinta de la de los socios que la integran. La Junta universal es simplemente un órgano de la Sociedad, pero no es la Sociedad.

La ley, por otra parte, al apartar a la Junta de la representación de la Sociedad —salvo en casos especiales— no la condena a dejar desatendido el llamamiento que para regirla le dirige el párrafo 1.º del artículo 76 de la propia ley. La Junta, en efecto, dispone de una pluralidad de posibilidades para acudir a este llamamiento, como son, por ejemplo: en los seis casos a que nos hemos referido al encabezar esta proposición, en el nombramiento y separación de los Administradores y Liquidadores (arts. 71, 75, 156 y 161 de la ley); en la determinación del número de Administradores cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo (art. 71 de la ley); en la fijación de las garantías que los Administradores deben prestar (art. 71 de la ley); en la facultad de relevarlos de esta prestación (art. 71 de la ley); en la aprobación por la primera Junta general que se celebre de la designación hecha en la escritura social de las personas que han de ejercer el cargo de Administradores (art. 15 de la ley); en la autorización al Consejo de Administración para que pueda delegar las facultades que la Junta le concede (art. 77, párrafo 2.º, de la ley), y, en cierta manera, en la facultad de delegar sus propias atribuciones en el órgano administrativo.

Esas facultades y otras semejantes se refieren a las relaciones internas y mediante su ejercicio, la Junta general rige la representación de la Sociedad, pero no la asume.

Del mismo modo, las facultades atribuidas a la Junta por los artículos 47, 50, 52, 58, 73, 80, 84, 96, 108, 113, 143, 150, 152 y 166 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, hacen asimismo referencia al orden interno de la Sociedad.

A pesar de lo expuesto, pensamos que la libertad de pacto, que con la única limitación de no infringir ningún precepto legal, rige en los Estatutos, podría respaldar una cláusula, que sin merma ni despojo de las facultades representativas que el párrafo 2.º del artículo 76 atribuye al órgano investido de representación —que en todo caso será el órgano administrativo— confiriera solidariamente algunas a la Junta general —siempre que no hubiere Consejo de Administración—, ya que ni en el

precepto citado ni en ningún otro se exige que las facultades del Administrador único o las de los Administradores solidarios sean exclusivas. Lo único exigido es que sean íntegras, comprendiendo todas las operaciones de «giro o tráfico». La llamada legitimación de urgencia apoya, además, aquel punto de vista (*vid.* núm. 3 de este epígrafe, al final).

De existir Consejo de Administración la cláusula a la que nos venimos refiriendo no sería admisible, porque la representación de la Sociedad por el Consejo, dentro del «giro o tráfico» es exclusiva (10.5.6.3).

Esa atribución de facultades a la Junta la legitimaría para entrar directamente en relación con los terceros y al dotarla de competencia para ratificar los contratos celebrados por los Administradores, imprimiría una mayor celeridad en el despacho de la titulación. Con referencia a la materia que estudiamos, esa cláusula permitiría la ratificación por la Junta, de las ratificaciones defectuosas, otorgadas por el órgano administrativo, de los contratos celebrados en nombre de la Sociedad en creación.

No obstante, tal pacto estatutario constituiría algo insólito en nuestro Derecho de Sociedades Anónimas, porque en el Derecho vivido, se actúa como si la Junta general y en mayor medida la universal, estuvieran investidas de facultades representativas tan amplias que les permiten invadir la competencia del órgano administrativo al contratar y al ratificar.

En todos los casos en que la Junta, conforme al Derecho positivo o al Derecho vivido, pueda entrar en relación directa con los terceros, tendrá que hacerlo confiriendo su representación mediante una de las dos figuras jurídicas siguientes: la delegación o el apoderamiento. La diferencia consiste en que la delegación se confiere mediante una simple designación en un acuerdo mayoritario y el apoderamiento exige escritura pública, y en que la delegación tiene que recaer en quien o quienes sean Administradores y el apoderamiento puede otorgarse a favor de cualquier persona.

La delegación y el apoderamiento requieren que la Junta posea las facultades que confiere. No obstante, en la delegación es conveniente una aclaración, poniendo en relación las facultades del delegante con las del delegado.

Si la Junta no está en posesión de las facultades que delega y tampoco las posee el delegado, éste se encuentra desprovisto de legitimación para representar a la Sociedad. Es el caso, por ejemplo, de que la Junta delegue en alguno de los miembros del Consejo y no en el Consejo como órgano social.

Si la Junta no está en posesión de las facultades que delega, pero las posee el órgano administrativo en quien las delega, conforme a la

ley o a los Estatutos, el órgano delegado estará legitimado para representar a la Sociedad, pero no por razón de la delegación, sino de la ley o de los Estatutos. En definitiva, el proceso formativo del consentimiento social, consta de dos fases que se concretan respectivamente: la interna en el acuerdo de la Junta general y la externa en la suscripción del contrato con los terceros. Y al presentar en el Registro, el acuerdo de la Junta confiriendo la delegación al órgano administrativo, no se hace otra cosa que exhibir al exterior el tramo interno del proceso. Es el caso de que la Junta delegue sus facultades en el órgano ya investido de representación, por la ley o los Estatutos (Consejo de Administración, Administrador único o cualquiera de los Administradores solidarios).

Se ha sostenido que la Junta, al nombrar a los Administradores (artículo 71 de la ley) y al autorizar al Consejo de Administración para delegar las facultades que aquélla le haya conferido (art. 77, párrafo 2.º) se encuentra en posición de mandante respecto del órgano administrativo.

Cabe afirmar, asimismo, que la Junta actúa en posición de mandatario de la Sociedad, en la entrega de las facultades representativas al órgano administrativo. El nombramiento de los Administradores constituiría una entrega implícita subordinada a la *condictio juris* de la aceptación.

Más simple resulta, sin embargo, la postura de quienes prescindiendo de toda idea de mandato, consideran que los Administradores, al aceptar el cargo, quedan investidos automáticamente, por ministerio de la ley, de las facultades representativas.

En definitiva, las disquisiciones que preceden son, en cierta manera, ociosas en este estudio porque afectan al orden interno de la Sociedad, y sólo tangencialmente rozan el orden externo.

A primera vista el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas (que será íntegramente transcrito en la referencia 10.5.6.5.2.1.2) parece respaldar la ampliación de las facultades de la Junta general, fuera de los límites señalados en este estudio, al disponer que la Junta universal «quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto...» cuando concurren los requisitos que indica, lo cual sería aplicable a la Junta general, ya que el criterio distintivo entre ambas Juntas no se halla en su respectiva competencia, sino en los requisitos de convocatoria y celebración. Sin embargo, una consideración más detenida del caso nos conduce a otra conclusión, la de que el citado artículo 55 debe interpretarse en conexión con el artículo 44 también de la Ley de Sociedades Anónimas, en el que se lee que «Los accionistas constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por ma-

yoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta», con cuyas palabras queda aclarado el artículo 55 en el sentido de que donde dice «cualquier asunto» quiere decir «cualquier asunto propio de la competencia de la Junta».

Finalmente, cuando al amparo del Derecho vivido de Sociedades Anónimas, la Junta actúe fuera del objeto social, su actividad no está sujeta a otras limitaciones que a las pactadas en los Estatutos, en los que puede fijarse libremente el campo de su actividad, pura o condicionalmente, mancomunada o solidariamente con otros órganos sociales o personas.

No queremos cerrar este capítulo, sin hacer aplicación de las ideas generales expuestas, al caso concreto de ratificación por la Sociedad de los contratos otorgados en su nombre por los gestores, en el período de Sociedad en creación.

Dos son las fuentes de información que nos pueden ilustrar en la búsqueda del órgano legitimado para otorgar la ratificación, en nombre de la Sociedad ya constituida: los Estatutos sociales y el contrato que se trata de ratificar.

Los Estatutos de la Sociedad nos informarán respecto de cuál sea el objeto social y los términos del contrato nos darán la pista para deducir si el contrato está o no comprendido dentro del objeto social («giro o tráfico»).

Si el contrato otorgado por los gestores encaja dentro del objeto social, son los propios Estatutos los que nos deben indicar, por imperativo legal, cual es el órgano que ostenta la representación de la Sociedad dentro de dicho objeto. El órgano social investido será, salvo alguna excepción, el órgano administrativo, en alguna de las tres formas que puede adoptar: Consejo de Administración, Administrador único o varios Administradores solidarios. Si en los Estatutos consta que debe existir Consejo de Administración, la atribución de la representación al Consejo, no es propia de los Estatutos, porque ya la hace la ley. Si en los Estatutos no se pacta que exista Consejo de Administración, los Estatutos deben pronunciarse, no sólo respecto de si debe haber un solo Administrador o varios Administradores solidarios, sino también en atribuirles la representación de la Sociedad. En ningún caso es obligado que los Estatutos delimiten las facultades representativas del órgano investido de representación dentro del objeto social, porque la ley ya las delimita; todas las operaciones del «giro o tráfico» de la Empresa.

Si el contrato otorgado por los gestores no encaja dentro del objeto social, puede suceder que conste en los Estatutos el órgano social o la

persona a los que se faculta para otorgar la ratificación, o que no conste.

Si consta habrá que atender a lo dispuesto en los Estatutos, y si no consta será competente la Junta general.

Puede suceder que los Estatutos se pronuncien concretamente al respecto, disponiendo cuál es el órgano legitimado para ratificar, pero más frecuentemente se pronunciarán en relación con una clase de negocios jurídicos, dentro de la cual esté comprendida la ratificación.

No debe perderse de vista que los contratos sujetos a ratificación están faltos del consentimiento de una de las partes. La ratificación aporta, pues, el consentimiento que faltaba para la perfección del contrato, de lo cual es deducible, que si no se ha previsto en los Estatutos cuál sea el órgano competente para otorgar la ratificación o el género de negocios jurídicos que la comprenda, la competencia corresponderá al órgano que en la Sociedad ya constituida, esté legitimado para otorgar el contrato que se trata de ratificar.

10.5.6.3. *Clases de representación de la Sociedad Anónima*

Por su origen, la representación de la Sociedad Anónima puede ser legal o voluntaria. Ambas representaciones fueron ya estudiadas en la referencia 10.5.6.1.

Por su carácter, la representación de la Sociedad Anónima, puede ser contemplada desde un plano teórico o desde el plano de nuestro Derecho positivo.

A) En teoría la representación de la Sociedad Anónima puede ser exclusiva o compartida. La representación compartida puede ser, a su vez, mancomunada, solidaria y dividida en compartimentos estancos o troceada.

En la representación exclusiva, la atribución se hace a un solo órgano o persona. En la representación compartida se hace a una pluralidad de órganos o personas.

En la representación mancomunada, la atribución se hace a un conjunto de personas, y se debe contar con todas ellas al ejercitar las facultades representativas. En la representación solidaria, la atribución se hace a varias personas aisladas y se necesita sólo la intervención de una cualquiera de ellas para el ejercicio de las facultades representativas. En la representación dividida o troceada las facultades o parcelas de representación, se distribuyen entre las distintas personas investidas y en el ejercicio de la representación sólo es necesaria la concurrencia de la persona investida en la facultad o parcela correspondiente.

La calificación de cuál sea el carácter de la representación de la

Sociedad Anónima, puede hacerse desde dos puntos de mira: mirando hacia fuera del órgano o hacia dentro. Con este doble enfoque cabe que mirando hacia fuera la representación sea exclusiva, porque no haya otro órgano investido y mirando hacia dentro sea compartida, por ser varias las personas que integran el órgano investido.

Es conveniente distinguir la exclusividad de la integridad. Representación exclusiva es aquella en la que no puede haber otro órgano o persona que la ostente. Representación íntegra es aquella que comprende todas las facultades representativas dentro de una esfera o sector determinado, en nuestro caso dentro del «giro o tráfico». La exclusividad hace referencia directa a las personas, excluyendo a las no investidas. La integridad hace referencia a las cosas, incluyendo todas las operaciones «de giro o tráfico». La representación exclusiva es necesariamente íntegra porque comprende todo lo acotado por la exclusividad. La representación íntegra puede ser o no exclusiva, porque cabe la atribución a distintos órganos o personas de las facultades acotadas.

B) En nuestro Derecho positivo, la representación de la Sociedad dentro del «giro o tráfico» puede ser exclusiva o compartida, pero la representación compartida no puede ser mancomunada, sin que se constituya Consejo de Administración, por exigencia del artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas. Tampoco puede ser dividida en compartimentos estancos, por impedirlo el párrafo 2.º del artículo 76 de la ley, al exigir que la representación se extienda a todas las operaciones de «giro o tráfico», ya que en la representación por compartimentos estancos, existirían personas investidas que no la ostentarían en la totalidad de dichas operaciones.

La representación por el Consejo de Administración, si se mira hacia fuera del órgano será necesariamente exclusiva porque no puede haber otro órgano que la ostente y si se mira hacia dentro del órgano será compartida, por ser varias las personas que lo integran, y además mancomunada porque la representación se les atribuye conjuntamente, sujeta en su ejercicio a las normas de asistencia y mayorías señaladas en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por lo que respecta al carácter exclusivo de la representación de la Sociedad, por el Consejo de Administración, es ilustrativa la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros, al declarar que «El Consejo de Administración es el único órgano externo de la Sociedad, que dirige, gobierna y representa, con extensas facultades tanto para administrar —en el sentido típico que el Derecho mercantil atribuye a esta palabra— como para representarla, hasta el punto de que en la nueva ordenación jurídica, las limitaciones sólo producen

efectos internos que se traducen en responsabilidad de los Administradores frente a la Sociedad y no perjudican a tercero de buena fe, cuando aquéllos traspasan tales límites».

Si no existe Consejo de Administración, los Estatutos habrán atribuido invariablemente la representación a un Administrador único o a varios Administradores solidarios.

La representación del Administrador único será normalmente exclusiva tanto si mira hacia fuera del órgano como hacia dentro. Mirando hacia fuera porque normalmente no habrá ningún otro órgano que la ostente, y mirando hacia dentro porque el Administrador, siendo único, no tiene con quién compartirla.

La representación de los Administradores solidarios mirando hacia fuera será normalmente exclusiva por la razón antes expuesta, y mirando hacia dentro será compartida por ser varias las personas que forman el órgano.

Tanto la representación del Consejo de Administración, como la del Administrador único y la del órgano formado por varios Administradores solidarios, serán íntegras porque la ley no permite que haya operaciones de «giro o tráfico» cuya representación no haya sido atribuida.

La representación del conjunto de miembros del Consejo de Administración será asimismo íntegra. La representación que ostenta cada uno de los Administradores solidarios también será íntegra, porque todos ellos pueden ejercitar por sí solos la integridad de las facultades representativas dentro del «giro o tráfico».

Decíamos antes (10.5.6.2.2, proposición 1.^a, al final) que en el Derecho vivido de Sociedades Anónimas, se estima permitido que la Sociedad pueda actuar fuera de su objeto social. En esta actuación fuera del giro o tráfico, los Estatutos tendrán completa libertad de pacto, por no existir ningún precepto legal que se la limite. Pueden, pues, atribuir la representación de la Sociedad a uno o varios órganos o personas, en forma exclusiva o compartida, mancomunada, solidaria o dividida.

10.5.6.4. *Órgano administrativo*

En cuanto a su competencia nos remitimos a lo expuesto en las referencias 10.5.6.2.1; 10.5.6.2.2, y 10.5.6.3; y por lo que respecta a su inscripción en el Registro Mercantil y a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles o derechos reales objeto de los contratos estipulados por los gestores, a las referencias 10.5.5 y 10.5.6.4.1.

Estudiada ya la competencia, nos referimos a continuación, para completar la materia, a la organización y funcionamiento del órgano administrativo.

El nombramiento de los Administradores y la determinación de su número cuando los Estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la Junta general (art. 71 Ley de Sociedades Anónimas), la cual debe celebrarse con todos los requisitos legales que, según los artículos 48 a 57. y 59 a 66 de la ley, debe cumplirse antes, durante y después de la celebración (referencias 10.5.6.5). Si faltaran tales requisitos, la Junta general sería nula, así como sus acuerdos, y por consiguiente, el nombramiento de los Administradores.

A nuestro juicio, no es válida la práctica tan extendida de nombrar a los Administradores en Junta universal, celebrada inmediatamente después de otorgada la escritura de constitución, y por consiguiente, antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil. Y pensamos que esto es así, porque antes de la inscripción en el Registro Mercantil, la Sociedad carece de existencia legal, y en consecuencia, no pueden funcionar sus órganos sociales.

Los Administradores podrán actuar desde el momento de la aceptación del cargo (art. 72 Ley de Sociedades Anónimas) y pueden serlo los no accionistas, a menos que en los Estatutos se disponga lo contrario (art. 71, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1969, la relación del Administrador con los que le nombraron no es de mandato, sino que una vez nombrado pasa a ser órgano administrativo, al servicio de la Sociedad y no de los que le nombraron.

Y conforme a la Sentencia de 10 de junio de 1978, el acuerdo social nombrando Administrador por tiempo indefinido es nulo por contrario a la ley. En efecto, «el artículo 73, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas alude al plazo, de lo cual se infiere que estuvo presente en el ánimo del legislador señalar un período de tiempo determinado y lo indefinido equivale a la falta de plazo conocido. De admitirse el nombramiento por plazo indefinido se convertirían en ilusorios los derechos de las minorías, como el de su posibilidad de acceder al Consejo de Administración por el sistema de cociente o de representación proporcional al que se refiere el párrafo 2.º del artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas, al tener ocasión de participar en la renovación parcial».

«Los Administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave.

En cualquier caso quedarán exentos de responsabilidad los Administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño» (art. 79 L. S. A.).

«Cuando los Estatutos de la Sociedad no dispusieren otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento...» (art. 77 L. S. A.).

«El Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presente o representados, la mitad más uno de sus componentes. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión, que deberá ser convocada por el Presidente o por el que haga sus veces. La votación por escrito y sin sesión sólo se admitirá cuando ningún Consejero se oponga a este procedimiento. Las discusiones y acuerdos del Consejo se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario» (art. 78, párrafo 1.º, L. S. A.).

Para el cómputo de la mayoría es interesante la doctrina sentada en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de julio de 1956, en la que se declara que «Es lícita la previsión estatutaria del voto dirimente en el Consejo de Administración, porque la posibilidad de establecer un órgano personal de administración y la consideración de que se trata de un colegio, en la balanza de cuyas decisiones no juega el principio de proporcionalidad de votos y acciones, porque no se pesa el capital como en la Junta, sino que actúa la voz personal de cada uno de sus componentes, abonan la cláusula que concede tal prerrogativa al Presidente». Esta resolución marca, pues, una radical diferencia entre el Consejo de Administración y la Junta general, en la concesión de voto dirimente al Presidente, que se concede al Presidente del primero y se niega al de la segunda.

«Los Administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años y podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos» (art. 72, párrafo 1.º, L. S. A.).

En la Resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de mayo de 1978, se declara que «La Ley de Sociedades Anónimas no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración compuesto por dos personas, sino que, por el contrario, lo presupone dados los términos de los artículos 73 de la misma y 102 del Reglamento del Registro Mercantil. La autonomía de voluntad no se halla, pues, limitada en este aspecto. Si bien podría producir la paralización de la Sociedad por falta de funcionamiento de dicho órgano, por dificultades de cumplir el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, el inconveniente podría soslayarse atribuyendo en los Estatutos voto dirimente al Presidente, en caso de empate».

«La separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general» (art. 75 L. S. A.), cuyo artículo, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, es de rango superior al de los Estatutos.

Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 24 de junio de 1968 y 12 de mayo de 1978, sientan la doctrina de que «El cese de los Administradores no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fueron nombrados, sino que se encuentran todavía legitimados para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la Sociedad sin representación legal y sin posibilidad de convocatoria de la Junta general, al no existir quien ostente el cargo de Administrador».

10.5.6.4.1. *Planteamientos registrales*

El nombramiento de los Administradores una vez aceptado el cargo, y su cese, deberán inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil (art. 86, número 5.º, del Reglamento del Registro Mercantil).

Dicho nombramiento deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la aceptación, haciéndose constar los nombres, apellidos, domicilios y nacionalidad (art. 72, párrafo 2.º, L. S. A.).

Preceptúa el mismo párrafo 2.º del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que el nombramiento de los Administradores surtirá efecto desde el mismo momento de la aceptación.

Parece, sin embargo, que el precepto sólo puede referirse a los efectos internos y que para los externos, los Administradores no podrán actuar hasta que su nombramiento se inscriba en el Registro Mercantil, conforme al párrafo 3.º del artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de tercero». Y como quiera que la ratificación se otorga precisamente para producir efecto respecto de los terceros que contrataron con el gestor, no se produciría ningún efecto externo sin la previa inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores. No obstante, como apunta CAMY, el precepto tiene que quedar reducido a una mera declaración platónica, porque no otra cosa es pretender que en la práctica jurídica se atribuyan a la inscripción los efectos de la inscripción constitutiva, sin una declaración terminante de que lo es. Para la eficacia del precepto serían necesarias, en suma, una serie de normas que lo complementarían.

El artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil determina cuáles son los documentos necesarios para inscribir el nombramiento de los Administradores, con estas palabras: «La inscripción en el

Registro (Mercantil) del nombramiento de los Administradores podrá practicarse en virtud de cualquiera de los documentos siguientes:

1.º Si el Administrador hubiera aceptado el cargo en Junta general:

a) Testimonio notarial, del acta de la Junta, por exhibición del libro correspondiente.

b) Certificación del acta de la Junta expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legitimadas mediante testimonio notarial específico en que se exprese, además, el ejercicio legítimo de los cargos.

2.º Si el Administrador designado no hubiera aceptado el cargo en Junta general será necesario acreditar su nombramiento por alguna de las formas señaladas en el apartado anterior. La aceptación del Administrador podrá hacerse constar mediante cualquier documento suscrito por éste, cuya firma deberá ser legitimada por testimonio notarial, o bien por certificación del Consejo que reúna los requisitos exigidos en la letra b) del apartado 1.º

3.º En ambos casos, escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y aceptación del designado (art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil).

En la inscripción se harán constar los nombres, apellidos, edad, nacionalidad y domicilio de los Administradores».

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de noviembre de 1955, ya tenía declarado: 1.º Que la aceptación por el nombrado Administrador, es una *condictio juris*; 2.º Que la aceptación, al igual que el nombramiento, tienen que acreditarse en forma indubitada; 3.º Que el testimonio notarial del acta debe ser por exhibición del libro correspondiente, en atención a las garantías que ofrece dicho libro, debido a su inmediatez.

Dos observaciones nos sugiere el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil transcrito: 1.ª Que da por supuesto, obviamente, la previa inscripción de la Sociedad, ya que sin ella no sería inscribible el nombramiento y aceptación de los Administradores (10.5.7.5), y 2.ª Que debe acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la Ley de Sociedades Anónimas, en la convocatoria, celebración y acta de la Junta general (referencias cuyas primeras cifras son 10.5.6.5.2).

Por lo que hace referencia a la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato otorgado por los gestores en nombre de la Sociedad y de su ratificación, por el órgano administrativo, dentro de su competencia, será necesario acreditar:

1.º La previa inscripción en el Registro Mercantil de dicho órgano administrativo y de sus facultades (art. 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil). La facultad que interesa a la materia que estudiamos es la de ratificar el contrato celebrado por los gestores, en nombre de la Sociedad en creación.

2.º La vigencia de dicha inscripción, por no constar del Registro que haya caducado el nombramiento de los Administradores, ni que hayan sido separados de su cargo o renunciado, ni derogadas o restringidas sus facultades, en orden a la ratificación.

3.º Que el órgano administrativo esté legitimado para ratificar el acto o contrato.

4.º Que si la ratificación se otorga por el Consejo de Administración, se acredite que se han cumplido en la convocatoria, asistencia, votación y acta, los requisitos del artículo 78, párrafo 1.º, de la ley. El cumplimiento de tales requisitos puede acreditarse por medio de certificación del libro de actas o testimonio notarial del mismo libro.

5.º Que si el órgano administrativo delega en una persona determinada, la facultad de ratificar el contrato, tal facultad esté claramente comprendida dentro de las facultades delegadas.

6.º Que si la facultad de otorgar la ratificación se delega en persona que no sea Administrador, conste la delegación en escritura pública de poder.

Deben asimismo cumplirse los demás requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya esbozados anteriormente (10.5.5), y que ampliamos a continuación:

7.º Ambos documentos —el acto o contrato celebrado por los gestores en nombre de la Sociedad en creación y la ratificación otorgada por el órgano administrativo— deben constar en escritura pública (art. 3 de la Ley Hipotecaria).

8.º Dichos documentos deben tener por objeto bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria.

Según este precepto, «en los Registros de la Propiedad se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos; 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uno, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales; 3.º Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a algunos bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objetos determinados; 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, por un período de más de seis años, o

aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban...».

El artículo, que en su parte pertinente acabamos de transcribir, contiene una lista de actos inscribibles, algunos de cuyos apartados hubieran podido refundirse en uno sólo. En gran síntesis, puede decirse que son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos relativos al dominio o a los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Los contratos estipulados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación consistirán, generalmente, en adquisiciones de inmuebles con destino a la Empresa mercantil, necesarios o útiles para la realización del objeto social. Raramente se pretenderá la inscripción de títulos referentes a derechos reales distintos del dominio, o de contratos de arrendamiento, que no suelen inscribirse.

Ambas escrituras —la del contrato y la de ratificación— deben contener las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y las contenidas en la legislación notarial.

Recordemos, por último, que el Registrador de la Propiedad no puede calificar la inscripción del órgano administrativo en el Registro Mercantil, porque esta inscripción purifica el nombramiento y facultades de los Administradores, ante el Registro de la Propiedad, de cualquier vicio de que adoleciera (*vid.* al respecto 10.5.7.2., hacia la mitad, letra A).

Puede ocurrir, por otra parte, que los interesados acuerden prescindir del contrato otorgado por el gestor en nombre de la Sociedad en creación y de su ratificación y decidan sustituir ambos documentos, por un nuevo contrato otorgado directamente entre la Sociedad y el tercero que contrató con el gestor, supuesto que ya fue estudiado en 10.5.5.

10.5.6.5. *Junta general*

10.5.6.5.1. *Competencia*

Por lo que respecta a la competencia, nos remitimos a lo dicho al ocuparnos de su delimitación, entre el órgano administrativo y la Junta general (Referencias 10.5.6.2.1; 10.5.6.2.2, y 10.5.6.3).

En este lugar, sólo añadiremos lo siguiente:

«Las Juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias» (artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas).

«Toda Junta que no sea la prevista en el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, tendrá la consideración de Junta general extraordinaria» (art. 52 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En todos los casos en que sea competente para otorgar la ratificación la Junta general, lo será indistintamente la ordinaria y la extraordinaria.

«La Junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá cuando lo dispongan los Estatutos y necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas y balance del ejercicio anterior, y resolver sobre la distribución de beneficios» (art. 50 de la L. S. A.).

En el supuesto de que la Junta general esté legitimada para otorgar la ratificación de los contratos estipulados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación, la competencia de la Junta general ordinaria, se funda en que, si bien el artículo 50 de la ley, que acabamos de transcribir, parece acotar la competencia de la junta ordinaria, al referirla a «censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas y el balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios», este contenido es mínimo pero no excluyente.

Estando legitimada la Junta general para otorgar la ratificación, será asimismo competente para ello la Junta universal, por constituir una especie, dentro del género de Juntas generales, de las que no se diferencia, precisamente por la competencia, sino por los requisitos de convocatoria y celebración, según se infiere del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas.

10.5.6.5.2. *Requisitos de las juntas generales*

10.5.6.5.2.1. *Requisitos anteriores a su celebración*

10.5.6.5.2.1.1. *Persona competente para convocarla*

El carácter imperativo del artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas al preceptuar que las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias «habrán de ser convocadas por los Administradores de la Sociedad», viene a proscribir que los Estatutos encomienden la convocatoria a persona distinta.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de junio de 1968, confirmada por la de 12 de mayo de 1978, ambas ya citadas en este estudio (10.5.6.4, al final), matizan que «pueden hacer la convocatoria los Administradores con mandato caducado, sin haber sido reelegidos, porque de llevarse a sus últimas consecuencias la teoría del cese automático de los Administradores, se llegaría a la conclusión de que, al tener que ser, de una parte, designados aquéllos por la Junta general, no podría, de otra, convocarse ésta válidamente, al no haber persona alguna que ostentase el cargo de Administrador, por

lo que nunca podría realizarse tal nombramiento y se produciría una paralización de la vida social». En otro considerando de la misma Resolución se razona que de hecho había sido prorrogado el mandato de los Administradores.

Anteriormente, ya tenía declarado el Tribunal Supremo, que el hecho de que a la sesión del Consejo de Administración no asistiera su Presidente, no impide que la persona que le sustituya pueda convocar la Junta general (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1960).

La Dirección General de los Registros tenía asimismo declarado, en Resolución de 26 de febrero de 1953, que no es inscribible el acta notarial en la que se recogen acuerdos de una Junta ordinaria, convocada por el Presidente del Consejo de Administración destituido, aunque apareciere aún su nombre en el Registro Mercantil, pues en este caso, la inscripción no tiene virtualidad suficiente, para oponerse y vencer a una realidad extrarregistral conocida por los socios».

El artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «Los Administradores podrán convocar la Junta general extraordinaria de accionistas siempre que lo estimen conveniente a los intereses sociales. Deberán, asimismo, convocarla cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital desembolsado...».

10.5.6.5.2.1.2. *Publicidad de la convocatoria*

El artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas preceptúa, al respecto, que «La Junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, por lo menos quince días antes de la fecha fijada para su celebración». «El anuncio expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse. Podrá, asimismo, hacerse constar la fecha en la que, si procediere, se reunirá la Junta en segunda convocatoria». «Entre la primera y la segunda convocatoria deberá mediar, por lo menos un plazo de veinticuatro horas».

Estas reglas son aplicables a la convocatoria para Junta general extraordinaria, de acuerdo con las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1963 y 27 de octubre de 1964 y con la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de abril de 1970, en la que se declara que «Los requisitos del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen todavía una mayor razón de ser en las Juntas extraordinarias, ya que no tienen una época determinada de celebración y que no es inscribible la cláusula estatutaria en la que se establece que la convocatoria de la Junta general extraordinaria se

haga mediante notificación personal a cada accionista con acuse de recibo, porque carecería de validez, al no dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 53».

Las normas del artículo 53 son, pues, de Derecho necesario y no pueden ser modificadas ni derogadas por los Estatutos, aunque de su modificación o sustitución se decidirán mayores garantías de publicidad; pero sí pueden ser ampliadas añadiendo otros requisitos de publicidad.

La *ratio legis* del precepto que comentamos —el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas— se halla, según la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de febrero de 1970, en que «sólo un conocimiento previo y con exactitud de la convocatoria y lugar de la celebración de la Junta, permitirá al accionista asistir a los debates y discusiones planteadas, exponer su criterio y ejercitar el derecho de voto». A lo que añade otro considerando de la misma Resolución que «La expresión del orden del día con todos los asuntos que han de tratarse tiene por fin que el accionista conozca con anticipación las materias a discutir, y que no puede enterarse de aquellas que no han figurado de una manera clara en el orden del día».

Los quince días del plazo señalado en el artículo 53, párrafo 1.º, deben entenderse naturales.

La Junta general se celebrará en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio (art. 63 Ley de Sociedades Anónimas), quedando en otro caso afecta a vicio de nulidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1970). Asimismo quedarán afectos a vicio de nulidad la celebración de la Junta y los acuerdos que se tomen, si falta en la convocatoria cualquiera de los requisitos expuestos. Pero tales vicios en la convocatoria deben ser denunciados al abrirse la sesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1978).

Los requisitos de publicidad que se acaban de exponer, al igual que los relativos a la persona legitimada para convocar las Juntas generales, rigen para las ordinarias y para las extraordinarias, pero no para las universales, que se considerarán «convocadas y quedarán válidamente constituidas para tratar cualquier asunto —según el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas— siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la Junta». Pero «si tales dos conjuntas circunstancias no se cumplen, no se entenderá válidamente constituida la Junta y por ende carecerán de validez los acuerdos que en ella se adopten» (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1964).

«Si la Junta general, debidamente convocada, no se celebrara en primera convocatoria, ni se hubiera previsto en el anuncio la fecha

de la segunda, deberá ser ésta anunciada, con los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada, y con ocho de antelación a la fecha de la reunión» (art. 54 Ley de Sociedades Anónimas).

«Podrán asistir a la Junta general los titulares de acciones nominativas inscritas en el libro de socios con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta, y los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones en la forma prevista por los Estatutos o por la convocatoria» (art. 59, párrafo 1.º, Ley de Sociedades Anónimas).

Los requisitos relativos a la publicidad de la convocatoria y a la persona competente para convocar la Junta general, rigen, como es obvio, para la Junta general que otorgue la ratificación de los contratos estipulados por los gestores en nombre de la Sociedad en creación y para aquella en la que se nombren los Administradores, a los que incumbe otorgarla.

10.5.6.5.2.2. *Requisitos en el acto de celebración de la Junta*

Además de los accionistas podrán asistir a las Juntas generales, con voz y sin voto, los directores y demás técnicos u otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales, siempre que los Estatutos sociales les faculden para ello (art. 59, párrafo 2.º, Ley de Sociedades Anónimas) y los Gerentes y Administradores, no accionistas, también con voz y sin voto, a menos que los Estatutos lo prohíban (art. 59, párrafo 3.º, Ley de Sociedades Anónimas).

En la Junta general, ordinaria o extraordinaria, «salvo disposición contraria de los Estatutos, todo accionista que tenga derecho de asistencia, según el artículo 59, podrá hacerse representar por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista», pero no por una persona jurídica (art. 60, párrafos 1.º y 2.º, Ley de Sociedades Anónimas). «La representación deberá conferirse por escrito y con carácter especial para cada Junta» (art. 60, párrafo 4.º, Ley de Sociedades Anónimas).

En cambio, la representación otorgada para asistir a una Junta universal, sólo será válida cuando se acredite que el accionista que la otorgó tuvo conocimiento previo del propósito de constituir la Junta y de los asuntos a tratar (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1962).

«Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurren. Al final de la lista se determinará el número de accionistas presentes o representados, así

como el importe del capital desembolsado sobre aquellas acciones» (artículo 64 Ley de Sociedades Anónimas).

No es necesario que el acta de la Junta recoja la lista de asistentes, bastando el resumen del resultado (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1958) «La lista de asistentes sirve entre otras cosas, para determinar si se consiguió o no el quorum de presencia, exigido por el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas» (Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de julio de 1958).

«La Junta general ordinaria quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurran a ella la mayoría de los socios o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan por lo menos la mitad del capital desembolsado. En segunda convocatoria será válida la constitución de la Junta, cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma.» «Los Estatutos podrán establecer y fijar los requisitos especiales de convocatoria y quorum sin que puedan ser inferiores a los establecidos en este artículo» (art. 51).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, declara, al respecto, que la Junta, órgano esencialmente deliberante, no puede constituirse y actuar válidamente, si concurre únicamente un socio, aunque sea mayoritario.

«La Junta será presidida por la persona que designen los Estatutos; en su defecto por el Presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión. El Presidente estará asistido por un Secretario, designado también por los Estatutos o por los accionistas asistentes a la reunión» (artículo 61 Ley de Sociedades Anónimas).

«Los accionistas constituidos en Junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la Junta.» «Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedarán sometidos a los acuerdos de la Junta general» (art. 48 Ley de Sociedades Anónimas).

Como observa VELASCO, los votos que se computan en la formación de la mayoría son los conformes y los disconformes con la proposición puesta a votación —en nuestro caso con la ratificación de los actos o contratos comprendidos en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas—. Las abstenciones y los votos en blanco o nulos no se cuentan. A lo que añade la Resolución de la Dirección General de los Registros, citada por dicho autor, que en caso de empate es que ninguna de las posiciones adoptadas respaldan un acuerdo válido para llegar a mover el resorte que expresa la voluntad del órgano» (Resolución de 17 de julio de 1956), y en su consecuencia la propuesta debe entenderse rechazada.

La misma Resolución rechaza «la concesión al Presidente de la Junta de accionistas del voto decisivo en los empates, que significaría otorgarle en la formación de los acuerdos, una intervención contraria al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones y el derecho de voto e idéntica a la que proporcionan las acciones de voto plural que no son lícitas a tenor del artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que quepa tampoco configurar la decisión presidencial, como una decisión arbitral que no cabría confiar a parte interesada». La misma Resolución permite, no obstante, la atribución de voto dirimente al Presidente del Consejo de Administración fundándose en que las circunstancias son distintas, tal como hemos visto en el epígrafe precedente relativo al órgano administrativo (10.5.6.4, hacia el final).

El artículo 38, párrafo 2.º, al que hace referencia la Resolución transcrita, preceptúa que «En ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural. Los Estatutos podrán exigir con carácter general a todas las acciones, cualquiera que fuese su clase o serie, la posesión de un mínimo de títulos para asistir a la Junta general y ejercitar en ella el derecho de voto, e igualmente podrán fijar el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir. Para ejercitar el derecho de voto será lícita la agrupación de acciones».

«La acción atribuye a su titular el derecho de voto en las Juntas generales, cuando posea el número de acciones que los Estatutos exigen para el ejercicio de este derecho» (art. 39, núm. 3, Ley de Sociedades Anónimas), siempre en proporción al capital desembolsado. Esta es la razón de que en la práctica se compute un voto por la parte de la acción que menos tiene desembolsado y a los demás en proporción a lo desembolsado.

En el caso de usufructo de acciones el derecho al voto corresponde al nudo propietario; y en caso de prenda de acciones, al propietario de éstas. En ambos supuestos, salvo disposición contraria de los Estatutos. En el caso de copropiedad de una acción, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio del derecho de voto (arts. 41, 42 y 40 Ley de Sociedades Anónimas).

10.5.6.5.2.3. · *Requisitos posteriores a la celebración de la Junta general*

El artículo 62 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «El acta de la Junta podrá ser aprobada por la propia Junta a continuación de haberse celebrado ésta y en su defecto y dentro del plazo de quince días, por el Presidente y dos Interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría», «El acta aprobada en cualquiera de estas dos formas tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación».

Dados los términos imperativos del precepto, no cabe que el acta

sea aprobada en otra Junta general y no producirá efectos la aprobación si no se ajusta estrictamente al precepto.

A lo que añade el artículo 66, párrafo 1.º, de la misma ley, que «cualquier accionista de la Sociedad, y las personas que hubieren asistido a la Junta en representación de los accionistas no asistentes, podrán obtener certificación de los acuerdos adoptados» (art. 66 Ley de Sociedades Anónimas, párrafo 1.º); y el párrafo 2.º del mismo precepto, que «Sin perjuicio del derecho del accionista que se establece en el párrafo anterior, deberá ser presentado en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, bajo la responsabilidad de los Administradores, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles». Este último precepto no es aplicable al caso que nos ocupa, porque la ratificación por la Sociedad de los contratos celebrados en su nombre, por los gestores, no es inscribible en el Registro Mercantil.

Tampoco lo es, por otra parte, la Junta general, como órgano de la Sociedad.

La fecha de entrega del acta al Notario, para que libre testimonio, es importante, porque es la que cuenta respecto de tercero, conforme al artículo 1.227 del Código Civil (10.5.1 al final).

10.5.6.5.3. *Planteamientos registrales*

Por lo que respecta a la inscripción en el Registro Mercantil, como acabamos de ver, ni la ratificación, ni la Junta general, son inscribibles en dicho Registro. Esto último marca una notoria diferencia con el órgano administrativo (10.5.6.4.1 al principio).

Y por lo que atañe a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos ratificados por la Junta general, deben cumplirse los requisitos siguientes:

- 1.º Que la Sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil.
- 2.º Que concurren los requisitos que fueron esbozados en la referencia 10.5.5 y desarrollados en la 10.5.6.4.1. Son los requisitos exigidos en los artículos 2, 3 y 9 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y legislación notarial (No los relativos a la previa inscripción del órgano social en el Registro Mercantil, ya que, tratándose de la Junta general, esta inscripción previa no es necesaria, ni siquiera posible).
- 3.º Que la Junta general esté legitimada para ratificar.
- 4.º Que en el acto de la celebración de la Junta, antes y después de celebrarse, se hayan cumplido todos los requisitos legales, que hemos expuesto en las referencias englobadas bajo el número 10.5.6.4. Del acta de la Junta debe resultar dicho cumplimiento.
- 5.º Que si la Junta general delega en una persona determinada la

facultad de ratificar el contrato, tal facultad esté claramente comprendida dentro de las facultades delegadas.

6.º Que si la delegación para otorgar la escritura de ratificación se confiere a persona que no sea Administrador, conste en escritura pública de poder.

Conforme al artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas «Podrán ser impugnados los acuerdos sociales 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». «La sentencia que estime la acción producirá efecto frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado.»

En el párrafo 2.º del precepto se trata de proteger al tercero de buena fe. Es tercero de buena fe, el que al contratar con la Sociedad sobre la base de un acuerdo de la Junta general que haya sido impugnado, desconozca la existencia de la impugnación. Y no es de buena fe el tercero que conocía la existencia de la impugnación. Lo que cuenta es el conocimiento o desconocimiento en el momento de celebrar el contrato, no el posterior.

El tercero puede obtener ese conocimiento por medio del Registro Mercantil, o por otros medios.

Por medio del Registro Mercantil, cuando contrate con la Sociedad, después de anotada en dicho Registro la demanda de impugnación o la resolución judicial firme que ordene la suspensión de un acuerdo de la Junta general.

En virtud de principio de publicidad material positiva, se presume *juris et de jure* que la demanda y la resolución judicial firme inscritas son conocidas por el tercero que no podrá alegar ignorancia. Esta presunción, como es obvio, produce efecto desde que se practica el asiento registral.

En cambio, si no se anota la demanda ni la resolución, se presume que el tercero desconocía la impugnación y por esto mismo no puede ser perjudicado por la misma. Esta última presunción es *juris tantum* y por consiguiente, el tercero tendrá que sufrir los efectos del contrato afectado por la impugnación, siempre que pueda probarse que tuvo conocimiento de ésta, aunque sea por medios ajenos al Registro.

Todo ello, de acuerdo con el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil y con el principio de publicidad material que es objeto de estudio en la referencia 10.5.7.3.

10.5.6.6. *Apoderados*

Como decíamos al tratar de los órganos sociales de la Sociedad Anónima, las Sociedades, como personas jurídicas que son, necesitan del concurso de personas físicas para emitir declaraciones de voluntad constitutivas de negocios jurídicos. Tales personas físicas pueden estar o no vinculadas a un cargo. Ejemplo de lo primero lo constituyen los Administradores y de lo segundo los apoderados (10.5.6.1).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1975, declara al respecto que al estar vinculados a un cargo «la actuación del órgano social, por virtud de lo dispuesto en la ley y los Estatutos, vale como voluntad de las personas jurídicas por las cuales actúan». «Tales órganos pueden conferir su representación a otras personas ajenas a la entidad o incluso a personas que a ésta se encuentran vinculadas permanentemente para una actuación más o menos subalterna —representantes voluntarios—, pero tanto en uno como en otro caso, los actos realizados por los órganos de la entidad colectiva o por las personas representantes de éstos recaen en el ente.»

En la sentencia que precede, se hace referencia sólo a personas físicas que actúen por las personas jurídicas, lo cual no excluye —como decíamos en 10.5.6.1— que las personas jurídicas puedan actuar por medio de otras personas jurídicas, como ocurre cuando las Sociedades Anónimas confieren su representación a otras Sociedades, frecuentemente también Anónimas, que actuarán, a su vez, por medio de sus órganos sociales o apoderados, y si los primeros son colectivos tendrán que hacerse representar por personas físicas, al otorgar la escritura de ratificación.

De acuerdo con lo expuesto, el órgano administrativo y la Junta general podrán conferir poderes, a favor de una o varias personas, sean o no accionistas o administradores, para que otorguen la escritura de ratificación en nombre de la Sociedad. Esos poderes podrán otorgarse mancomunada o solidariamente.

Comparando la situación jurídica de los Apoderados con la de los Administradores, advertimos las siguientes diferencias: Los Administradores constituyen un órgano social; los Apoderados no. La representación de los Administradores (10.5.6.1) es una representación legal; la de los apoderados es voluntaria (10.5.6.1). Los Administradores no pueden ser mancomunados, a menos que constituyan el Consejo de Administración; los apoderados pueden ser mancomunados o solidarios. El poder pierde su vigencia por revocación, pero no por caducidad, a menos que se haya señalado un plazo de vigencia del poder, lo que no es habitual; el nombramiento de los Administradores y las fa-

cultades que se les confieran pierden su vigencia por la separación acordada por la Junta general, que está en línea con la revocación, y además por caducidad, al transcurrir el plazo para el que fueron nombrados, cuyo plazo, si el nombramiento se hizo en el acto fundacional, no podrá ser superior a cinco años (art. 72 Ley de Sociedades Anónimas).

10.5.6.6.1. *Planteamientos registrales*

«En la hoja abierta a cada Sociedad se inscribirán obligatoriamente: 6.º Los poderes, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción» (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil). La Resolución de la Dirección General de los Registros de 25 de agosto de 1976 tiene declarado, al respecto, que la frase final del artículo se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil y no en el de la Propiedad.

Hay, pues, poderes que deben inscribirse y poderes que pueden inscribirse.

Conforme al artículo 29 del Código de Comercio, «Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario, pero no podrán utilizarse en perjuicio del tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables».

Según el artículo 26 del mismo Código «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados».

En la misma línea que el artículo 26 del Código de Comercio, y por consiguiente, en términos generales, y no específicos de los poderes, dispone el artículo 2.º del Reglamento del Registro Mercantil, en su párrafo 2.º, que «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá alegarse ignorancia», y en su párrafo 3.º que «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de tercero».

Es fácil advertir que todo gira en torno del concepto de tercero. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1901, declara, al respecto, interpretando el artículo 29 del Código de Comercio, que acabamos de transcribir, que «Tercero no es cualquiera que no haya intervenido en el contrato celebrado con el mandatario cuyo poder haya sido registrado, sino el que contrata con éste, en relación con el mismo y con el mandante».

La doctrina legal consagrada en los preceptos transcritos puede resumirse, en gran síntesis, diciendo que lo inscrito perjudica a tercero y que

lo no inscrito no le perjudica. Lo cual, referido a los poderes, se traduce en que los poderes, y su modificación, sustitución y revocación, perjudican a tercero si están inscritos, y no le perjudican si no lo están. El fundamento jurídico de la proposición anterior se encuentra en que lo inscrito se presume conocido por los terceros y lo no inscrito desconocido.

No tendría sentido que el tercero fuera perjudicado por lo que no conocía. No lo tendría tampoco que el tercero no lo fuera, por lo que conocía o podía conocer por el Registro. Es importante el conocimiento, porque puede influir poderosamente en el consentimiento. Si el tercero conoce la existencia del poder, y la subsistencia de las facultades conferidas al apoderado, porque aquél no haya sido modificado, sustituido o revocado por la Sociedad, presta su consentimiento con conocimiento de causa. En otro caso consiente a ciegas.

Si para el tercero, como acabamos de ver, el posible perjuicio depende del conocimiento del poder y de sus vicisitudes, y la prestación de su consentimiento depende de aquel conocimiento, es evidente que hay un solo momento al cual hay que referir el conocimiento: aquel en que el tercero debe decidir entre consentir y no consentir, entre formular una declaración de voluntad o no formularla. Sólo este instante cuenta. El conocimiento o desconocimiento en cualquier otro momento es irrelevante.

La aplicación de los preceptos legales y sentencia transcritos, al caso concreto de que la Sociedad ratifique, por medio de apoderado, el contrato celebrado por los gestores, en nombre de la misma, durante el período de Sociedad en creación, nos permite llegar a las dos conclusiones siguientes: 1.^a Que los efectos de los preceptos transcritos sólo se producen respecto de quien registralmente sea tercero; 2.^a Que las personas que contrataron con el gestor antes de la inscripción de la Sociedad, no son registralmente terceros:

1.^a Los preceptos y la sentencia de referencia regulan los efectos de los poderes, según que hayan sido o no inscritos en el Registro, y por consiguiente, en relación con quien sea registralmente tercero. No con quien sea sólo tercero civil.

2.^a Las personas que contrataron con el gestor en la fase de Sociedad en creación, no eran registralmente terceros, porque no contrataron con un apoderado de ésta, sino con un simple gestor. Ni siquiera existía la posibilidad de que contrataran con un apoderado, porque la Sociedad, al no existir aún jurídicamente —por no haber sido inscrita— no podía haber conferido poderes. Nada significa en contra que las personas que contrataron con el gestor, una vez inscrita la Sociedad, hayan sido notificados por ésta, mediante apoderado, de la ratificación

del contrato, ya que tal notificación no exige una manifestación de voluntad en el notificado.

Por lo demás, los requisitos exigidos para la inscripción en el Registro Mercantil de los poderes, son distintos, según que sean otorgados por el órgano administrativo o por la Junta general, en los asuntos de su respectiva competencia.

Para la inscripción de los poderes otorgados por el órgano administrativo, son necesarios los siguientes requisitos:

1.º Previa inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores.

2.º Plena vigencia de dicho nombramiento y facultades al otorgarse el poder, lo cual supone: que el nombramiento no haya caducado por el transcurso del tiempo para el cual fueron nombrados los Administradores: que no hayan sido separados por la Junta general (art. 75 Ley de Sociedades Anónimas) ni hayan renunciado a su cargo: y que no hayan sido restringidas las facultades que se pretende inscribir, en nuestro caso la de ratificar el contrato. Recordemos, al respecto, que los Administradores designados en el acto fundacional no podrán ejercer su cargo por plazo mayor de cinco años (art. 72 de la ley). Tales requisitos pueden acreditarse por medio de certificación registral o mediante fe notarial.

3.º Si el poder se ha otorgado por el Consejo de Administración debe acreditarse que se han cumplido en la convocatoria asistencia votación y acta los requisitos del artículo 78 de la ley. El cumplimiento de estos requisitos puede acreditarse mediante certificación del libro de actas o testimonio notarial de dicho libro.

4.º Que el órgano administrativo posea las facultades que confiere al apoderado.

5.º Constancia del poder en escritura pública (arts 8 y 110 del Reglamento del Registro Mercantil).

Para la inscripción en el Registro Mercantil, de los poderes otorgados por la Junta general, deberán concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que la Sociedad esté inscrita en el Registro Mercantil.

2.º Que en la Junta que otorgó los poderes se hayan cumplido, antes, durante y después de su celebración, todos los requisitos legales (artículos 48 a 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuya materia ya fue estudiada en las referencias 10.5.6.5.2). Observemos, al respecto, que en caso de impugnación del acuerdo de la Junta general confirmando los poderes, la anotación de la demanda de impugnación, practicada con anterioridad a la inscripción de los poderes, determina que los efectos

de esta inscripción queden sujetos a la resolución firme que recaiga en el juicio, cuyo tema ya fue estudiado en la referencia 10.5.6.5.3.

3.º Que la Junta general posea las facultades que confiere al apoderado.

4.º Que el poder conste en escritura pública (arts. 8 y 110 del Reglamento del Registro Mercantil).

No se requiere la previa inscripción de la Junta en el Registro Mercantil, que no es inscribible.

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad, de los contratos otorgados por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación y de su ratificación por ésta mediante apoderado, una vez constituida, los requisitos serán distintos según que el poder figure o no inscrito en el Registro Mercantil.

Si el poder está inscrito, es necesario:

1.º Acreditar la inscripción del poder, para lo cual puede utilizarse la nota que figure al pie de la escritura de poder, o mediante certificación del Registro Mercantil. El Registrador de la Propiedad debe dar por buena la inscripción del poder, ya calificado por el Registrador Mercantil.

2.º Acreditar la vigencia del poder, por no constar del Registro Mercantil, que haya sido revocado, modificado o sustituido, ni limitadas o derogadas las facultades necesarias para otorgar la ratificación, lo cual puede justificarse mediante certificación del Registro Mercantil.

3.º Que el poder confiera al apoderado facultades suficientes para otorgar la ratificación.

4.º Que el acto o contrato otorgado por los gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación y la ratificación estén comprendidos en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, o sea, en gran síntesis, que tengan por objeto bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos. La materia fue tratada más ampliamente en la referencia 10.5.6.4.1, al final, a la que nos remitimos.

5.º Que el acto o contrato y su ratificación consten en escritura pública (art. 3 de la Ley Hipotecaria).

Si el poder no figura inscrito, el supuesto se equipara al de que no exista poder, y en su consecuencia, queda fuera del marco de este capítulo, en el que estudiamos el caso de que la ratificación por la Sociedad se otorgue mediante apoderado.

No estando inscrito el poder estamos en los supuestos de que la ratificación sea otorgada por el órgano administrativo o por la Junta general, ya estudiados en las referencias 10.5.6.4.1 y 10.5.6.5.3.

Como ya indicamos en esas referencias, si la ratificación es otorgada

por el órgano administrativo es necesario que éste sea inscrito previamente en el Registro Mercantil, para poder inscribir después en el de la Propiedad el acto o contrato y su ratificación. Y si la ratificación se otorga por la Junta general, puede inscribirse directamente el acto o contrato y su ratificación, sin tener que verificar ninguna inscripción previa en el Registro Mercantil, distinta de la inscripción de la Sociedad.

Por lo demás, conforme al artículo 166 del Reglamento Notarial, que recoge la doctrina sentada en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de abril de 1941, no hace falta que el Notario inserte en los documentos el texto íntegro del poder, ya que «basta que se inserte lo pertinente, aseverando el Notario, que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita».

Pero tanto en ese caso, como en cualquier otro, es necesario, al decir de MARTÍNEZ SANTONJA, que el apoderado manifieste en la escritura pública —en la de ratificación en nuestro caso—: 1.º Que el poder no le ha sido revocado, suspendido ni limitado; 2.º Que el mandante existe y que no han variado su estado, ni su capacidad civil.

En nuestro Derecho no existe un Registro de poderes civiles en el que se inscriban los poderes y su revocación. El Registro Civil no cuenta con una presunción de integridad, semejante a la que se deriva del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad (10.5.7.4), en el sentido de proclamar que lo que no está en el Registro no está en el mundo; e incluso la inscripción de resoluciones que afecten a la capacidad civil de las personas, en el Registro de la Propiedad, produce efectos limitados, en tal medida, que el adquirente que contrata con un incapaz cuya incapacidad no esté inscrita, no puede alegar su carácter de tercero protegido hipotecariamente, ya que la incapacidad produce un vicio en el contrato y el Registro de la Propiedad sólo responde de la preexistencia de la titularidad del enajenante.

Esa ausencia de garantías registrales respalda la necesidad de que el apoderado formule las manifestaciones de referencia, con objeto de proporcionar una modesta garantía, a las personas que contratan con él, basada en la responsabilidad penal, por falsedad en documento público, si tales manifestaciones fueran inexactas.

Ahora bien, tratándose de la subsistencia de poderes inscritos en el Registro Mercantil, otorgados por una Sociedad Mercantil, de la existencia de la misma (que está en posición de mandante) y de la subsistencia de su capacidad civil, sin variación, pensamos que los principios que rigen dicho Registro son suficientes para deparar a los terceros una seguridad jurídica plena que hace innecesarias aquellas manifestaciones del apoderado.

Estudiemos seguidamente los cuatro extremos a que hacen referencia las manifestaciones en cuestión:

A) Inscrito un poder en el Registro Mercantil y no inscritas su revocación, sustitución o limitación posteriores, la presunción de que el Registro Mercantil es íntegro (art. 2, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil) según el principio de legitimación registral (10.5.7.4) y de que el tercero desconoce lo no inscrito (deducible implícitamente del propio art. 2, párrafo 3.º) según el principio de publicidad material negativa (10.5.7.3), harían innecesaria la aseveración del apoderado, en el sentido de que el poder no ha sido revocado, suspendido ni limitado, por ser meramente confirmatoria de un pronunciamiento registral, que no necesita confirmación para producir plenos efectos jurídicos.

B) La Sociedad Anónima nace en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 6 Ley de Sociedades Anónimas) y se extingue al finalizar su liquidación (aparte de otros supuestos de extinción menos frecuentes, sujetos asimismo a inscripción).

Inscrita, pues, la Sociedad Anónima (que está en posición de mandante) y no inscrita su liquidación, ni ninguno de los supuestos aludidos, la presunción de verdad de la inscripción de constitución y la de integridad del contenido del Registro (arts. 3 y 2, párrafo 3.º, Reglamento del Registro Mercantil) según el principio de legitimación registral (10.5.7.4), junto con la presunción de conocimiento de lo inscrito y de desconocimiento de lo no inscrito (art. 2.º, párrafo 2.º, del mismo Reglamento), según los principios de publicidad material positiva y negativa (10.5.7.3) harían innecesaria la aseveración del apoderado en el sentido de que la Sociedad existe, porque su existencia resulta de la inscripción de constitución, y su subsistencia o falta de extinción, de no estar inscrita la liquidación, ni ninguno de los supuestos a los que nos referíamos.

C) Conforme el número 8 del artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, «En la hoja abierta a cada Sociedad, se inscribirán obligatoriamente: 8.º Todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital».

La doctrina distingue entre las incapacidades y las prohibiciones de disponer. Al decir de ROCA SASTRE, las primeras afectan a la persona, y las segundas al derecho subjetivo, en cuanto pertenece a determinada persona.

La amplitud del precepto contenido en el número 8 del artículo 86 transcrito, pensamos que comprende tanto las incapacidades (vgr., suspensiones de pagos y quiebras, consideradas como tales en la jurisprudencia), como las prohibiciones de disponer voluntarias (siempre que

sean eficaces) y las derivadas de resoluciones judiciales y administrativas. No comprende, sin embargo, ni es necesario que comprenda, las prohibiciones legales de disponer, las cuales constituyen limitaciones legales del dominio (art. 348, párrafo 1.º, del Código Civil, con el que concuerda el art. 26, número 1, de la Ley Hipotecaria) que no necesitan de inscripción registral que las publique para que produzcan plenos efectos jurídicos, porque la notoriedad de los preceptos legales, suple la publicidad de la inscripción registral.

Sentadas esas premisas resulta más fácil exponer las razones, en virtud de las cuales, no creemos necesario que el apoderado de la Sociedad manifieste que no ha variado la capacidad civil de su poderdante.

Los argumentos en apoyo de ese aserto, son los mismos que se han expuesto en los apartados A) y B) que preceden:

Inscrita en el Registro Mercantil, la constitución de la Sociedad Anónima, por la que ésta adquiere personalidad jurídica (art. 6 Ley de Sociedades Anónimas) y capacidad civil, y no inscrita la modificación de su capacidad civil, la presunción de verdad y validez de la inscripción de constitución y la de integridad del contenido del Registro (artículos 3 y 2, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil) según el principio de legitimación registral (10.5.7.4), junto con la presunción de conocimiento de lo inscrito y de desconocimiento de lo no inscrito (artículo 2, párrafo 2.º, del mismo Reglamento), según los principios de publicidad material positiva y negativa (10.5.7.3) harían inútil la afirmación del apoderado de que no ha variado la capacidad civil de la Sociedad (poderdante), porque su capacidad inicial deriva del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, y la subsistencia de la misma, del hecho de no figurar inscrita ninguna variación.

D) Huelga, obviamente, la manifestación del apoderado en el sentido de que no ha variado el estado civil del mandante, porque las Sociedades no tienen estado civil.

Hasta aquí nuestro punto de vista. No obstante, como quiera que es más interesante evitar litigios que ganarlos, pensamos que puede ser útil al interés del tercero, exigir del apoderado de la Sociedad, por vía cautelar, que formule al ratificar, la aseveración de que no ha variado la capacidad civil de la Sociedad, en previsión de que pudieran discutirle si todas las variaciones posibles en la capacidad de aquélla, se hallan dentro del marco del artículo 86, número 8, del Reglamento del Registro Mercantil, ya que si se entendiera que alguna queda fuera de dicho marco, y por consiguiente, no tiene acceso al Registro, no cabría invocar, respecto de ella, el principio de integridad del Registro. Por lo demás, aunque no sea necesario, pensamos que, en todo caso, puede

ser conveniente para el tercero exigir al apoderado las manifestaciones a que nos hemos referido, con objeto de adicionar a la garantía dimanante del Registro, la derivada de tales manifestaciones. La cautela a que nos referimos puede, asimismo, ser útil al interés de la Sociedad.

En cuanto a la forma que debe revestir el documento mediante el cual se acredite la existencia y contenido del poder, pensamos, con MARTÍNEZ SANTONJA, que no es bastante que el apoderado presente un testimonio del poder, sino que debe presentar copia fehaciente.

En apoyo de este aserto es pertinente poner en relación el artículo 1.733 del Código Civil, con el 227 del Reglamento Notarial.

El artículo 1.733 del Código Civil dispone que «el mandante puede compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato». Tal actitud en el mandante constituye una revocación tácita del poder.

El artículo 227 del Reglamento Notarial preceptúa que «el mandatario sólo podrá obtener copias del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello...». El precepto tiene por objeto asegurar la eficacia del artículo 1.733 del Código Civil, que podría fácilmente ser burlado si no existiera limitación en la expedición de copias.

De todo lo cual se infiere que es necesario, para la efectividad de ambos preceptos, que el poder se acredite mediante copia fehaciente y no por medio de testimonio notarial, que no está sujeto a tales limitaciones.

No queremos cerrar este capítulo, sin hacer referencia a una práctica notarial, muy extendida en determinadas regiones, como Cataluña, consistente en incorporar a los poderes, principalmente a los otorgados por Sociedades, una cláusula que exija, en cada actuación concreta, para que el apoderado pueda hacer uso del poder, la autorización del poderdante, mediante carta dirigida a aquél, con la firma legitimada. Esta práctica facilita al poderdante la vigilancia y fiscalización de la actuación del apoderado.

10.5.6.6.2. *Gerentes*

En dos momentos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, entra en escena la normativa de los factores, como derecho aplicable: al contratar los gestores en nombre de la Sociedad en creación con los terceros; y al ratificarse por la misma, una vez inscrita tales contratos, por medio de sus Gerentes. En el primer caso, como derecho supletorio; en el segundo, prácticamente como derecho prioritario. En el primero, la aplicación de los preceptos de los factores, quedará circunscrita, por exigencias de la aplicación analógica, a los supuestos en que no exista oposición entre la normativa de la gestión de negocios

mercantiles (art. 7 Ley de Sociedades Anónimas) y la de los factores; en el segundo, no existirán tales limitaciones.

En la práctica se atribuyen a los Gerentes facultades de gestión y de representación.

Como representantes, los Gerentes son unos apoderados cualificados, con las facultades que se les confieran en la escritura de poder, entre las que se debe comprender, como mínimo, la de representar a la Sociedad en todas las operaciones de giro o tráfico. En ese sentido, el artículo 283 del Código de Comercio dispone que «el Gerente de una Empresa o Establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, tendrá el concepto legal de factor y le serán aplicables las disposiciones contenidas en la sección de los factores». Y, en consecuencia, las facultades y obligaciones de los Gerentes, se regirán por los artículos 281 a 286 del Código de Comercio, ya transcritos en la referencia 10.5.2. A tal referencia nos remitimos, pero con la salvedad de que si antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, aquélla no puede haber conferido poderes ni autorizaciones; en cambio, dentro del plazo de la ratificación —que es posterior a dicha inscripción— puede haberlos conferido.

Por constituir el fundamento de que la ratificación otorgada por los Gerentes en nombre de la Sociedad, valga para ésta, no queremos omitir una breve referencia a los artículos 284 y 285 del Código de Comercio, aunque ya hayan sido transcritos anteriormente (10.5.2). En dichos preceptos se sienta la doctrina de que, contratando los factores en nombre de su principal —en nuestro caso la Sociedad— y expresando en los documentos que suscriban que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen, recaerán sobre los comitentes —la Sociedad en nuestro caso—, todas las obligaciones que contrajeran. Cualquier reclamación para compelerlos a su cumplimiento se hará efectiva en los bienes del principal... y no en los del factor.

10.5.6.6.2.1. *Planteamientos registrales*

Fuera de la normativa de los factores, existe un precepto específico referente a los Gerentes, que reviste el mayor interés. Se trata del artículo 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor «Será necesaria la previa inscripción de las facultades de los Gerentes... para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos». El precepto se refiere tanto a la inscripción en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad, y en su consecuencia a la inscripción en este último Registro, de la ratificación otorgada por los Gerentes, en nombre de la Sociedad.

En cuanto a la inscripción del cargo y facultades de los Gerentes en el Registro Mercantil, nos remitimos a lo expuesto respecto de los Apoderados, con poder general (10.5.6.6.1).

10.5.6.7. *Consejeros Delegados y Comisión ejecutiva*

La ordenación del Consejo de Administración es atribuida, por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, al propio Consejo, tanto en el orden interno como en el externo.

En el orden externo podrá «designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o varios Consejeros Delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, para que pueda representar a la Sociedad, frente a tercero». Todo ello subordinado a lo que dispongan los Estatutos, cuya aplicación es prioritaria.

Como decíamos en la referencia (10.5.6.1). Esa delegación sólo es posible cuando el órgano administrativo es colegiado, ya que un Administrador aislado, tanto si es único como si es solidario, no puede delegar en otro.

Conforme al artículo 77 transcrito, la representación otorgada por el Consejo frente a tercero, puede revestir dos modalidades: 1.º La delegación en los Consejeros Delegados o en la Comisión ejecutiva, y 2.º Los apoderamientos que el propio Consejo confiera.

En caso de delegación, es el propio Consejo el que actúa simplemente, a través del Delegado. Por ello, en las operaciones de giro o tráfico, las facultades del Consejero Delegado y de la Comisión ejecutiva deberán tener la misma extensión que las del Consejo de Administración, comprendiéndolas todas conforme al artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y no podrán ser limitadas, porque cualquier limitación mermaría la seguridad jurídica de los terceros, o les obligaría a consultar continuamente el Registro, en perjuicio de la agilidad que reclama la vida mercantil. En las operaciones enmarcadas fuera del giro o tráfico de la Sociedad, nada se opone, en cambio, a que el Consejo sólo confiera al Delegado parte de las atribuciones que tiene.

Los apoderados sólo tendrán las facultades que se les hayan señalado. Parece a primera vista, como apunta un autor, que la delegación añade un elemento de representación voluntaria, a la representación legal, que la ley dentro del giro o tráfico y los Estatutos fuera de él, atribuyen el Consejo de Administración.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 1979, distingue dos casos, según que la delegación se confiera a un miembro del Consejo de Administración o a una Comisión ejecutiva de su seno, o bien a personas extrañas al Consejo. En el primer caso la

representación será representación legal, por estar de acuerdo con el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas. En el segundo será voluntaria, ya que lo que hace el Consejo es apoderar (10.5.6.1).

Por lo demás, ni la delegación del artículo 77, ni el poder despojan al Consejo de Administración de las facultades conferidas.

GARRIGUES y URÍA hallan las siguientes diferencias entre los Consejeros Delegados y los Apoderados: *a)* La delegación recae en uno o varios Consejeros, los apoderamientos en cualquier persona; *b)* Los Delegados son representantes legales de la Sociedad, los apoderados son representantes voluntarios; *c)* Los Delegados son órganos de la Sociedad, cosa que no son los apoderados; *d)* Los Delegados se designan por acuerdo del Consejo, los apoderados en virtud de poder notarial; *e)* La delegación sólo es posible si existe Consejo, el apoderamiento es posible tanto si hay Consejo como si hay Administradores aislados.

Los Consejeros Delegados, al igual que los apoderados, pueden ser mancomunados o solidarios, a diferencia de los Administradores que no pueden ser mancomunados, sin integrarse en un Consejo de Administración.

Los Estatutos pueden prohibir al Consejo de Administración la delegación de facultades. Asimismo lo puede prohibir la Junta general al nombrar a los Consejeros, lo cual es así al decir de un autor, porque hallándose en posición de mandante, puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 1.721 del Código Civil, de prohibir al Consejo (mandatario) el nombramiento de sustituto.

No todas las facultades del Consejo de Administración pueden ser delegadas y además la ley exige ciertos requisitos para que las que pueden serlo, se deleguen permanentemente.

No podrán, en efecto, ser delegadas en ningún caso, «la rendición de cuentas y la presentación de balance a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella» (art. 77, párrafo 2.º, Ley de Sociedades Anónimas).

De esos tres grupos de facultades indelegables, sólo la última afecta a la ratificación por la Sociedad. Si la Junta general, en las ratificaciones de su competencia, faculta al Consejo para que las otorgue, este órgano social, no podrá después delegarlas, salvo que esté autorizado expresamente por la Junta.

Dos son, pues, los supuestos en que, por voluntad de la Junta general, queda vedado al Consejo de Administración la delegación de sus facultades: 1.º Cuando la Junta, al nombrar el Consejo, se lo prohíba, y 2.º Cuando, siendo la ratificación competencia de la Junta, ésta encargue al Consejo que la otorgue, sin autorizar expresamente que a su vez

la delegue. En el primer caso, la prohibición de delegar se funda en la voluntad expresa de la Junta; en el segundo, en su voluntad presunta, que constituye el fundamento del artículo 77, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración, la ley exige determinados requisitos, en el acuerdo de delegación y en la designación de los Administradores que hayan de ocupar los cargos de Consejero Delegado o de miembro de la Comisión ejecutiva, «requiriéndose para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo», cuyos acuerdos «no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil» (artículo 78, párrafo 2.º, Ley de Sociedades Anónimas).

La permanencia de la delegación no independiza al Delegado del Consejo de Administración, que no por eso pasa a depender directamente de la Junta General. La delegación permanente es ante todo delegación, y ésta impone la dependencia del Consejo, como delegante.

La comisión ejecutiva viene a ser un Consejo de Administración simplificado, cuya ordenación incumbe al Consejo de Administración en lo no previsto por los Estatutos o por la Junta general. En su defecto, parece que serán aplicables los requisitos y formalidades exigidos en el artículo 78, párrafo 2.º, para las reuniones del Consejo de Administración.

10.5.6.7.1. *Planteamientos registrales*

Para la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y facultades de los Consejeros Delegados o de la Comisión ejecutiva, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- 1.º Previa inscripción del Consejo de Administración.
- 2.º Vigencia de dicha inscripción al otorgar la delegación, por no haber caducado el nombramiento de los Consejeros, no haber sido separados, ni haber renunciado a su cargo.
- 3.º Que el Consejo de Administración tenga las facultades que delega, y que tales facultades estén vigentes. En nuestro caso, la facultad de ratificar el acto o contrato.
- 4.º Que en la reunión en que delegue sus facultades, el Consejo de Administración haya quedado válidamente constituido, que en la votación se hayan alcanzado las mayorías exigidas y que las discusiones y acuerdos se hayan llevado al libro de actas, firmadas por el Presidente y el Secretario. Todo conforme al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas.

- 5.º Que el nombramiento de la Comisión ejecutiva o de Consejero

Delegado y, en general, de la delegación permanente de todas o parte de las facultades del Consejo de Administración, conste en escritura pública (art. 110 y art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil).

Para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato estipulado entre el gestor en nombre de la Sociedad, y el tercero, y de su ratificación por la misma, por medio de los Consejeros Delegados o de la Comisión ejecutiva, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1.º Que el nombramiento y facultades de los Consejeros Delegados o de la Comisión ejecutiva figuren inscritos en el Registro Mercantil, lo cual puede acreditarse por la nota de inscripción que conste al pie de la escritura pública de delegación o mediante certificación de dicho Registro.

2.º Que no conste en el Registro Mercantil que la delegación haya sido revocada o haya caducado o que los Consejeros Delegados o los miembros de la Comisión ejecutiva hayan sido separados o renunciado al cargo. Lo cual equivale a acreditar la vigencia de los nombramientos, que puede justificarse mediante certificación del Registro Mercantil.

3.º Que la delegación confiera al Consejero Delegado o Comisión ejecutiva facultades bastantes para otorgar la ratificación.

4.º Que no conste en el Registro Mercantil que dichas facultades hayan sido derogadas o limitadas. Lo cual puede acreditarse mediante certificación de dicho Registro.

5.º Que se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, esbozados en los planteamientos registrales del epígrafe «Relaciones jurídicas de la Sociedad con los terceros» (10.5.5) y desarrollados en los planteamientos registrales correspondientes al epígrafe «Órgano Administrativo» (10.5.6.4.1 al final) y además que la escritura contenga las circunstancias exigidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y en la legislación notarial (10.5.7.8).

En el supuesto de que la ratificación se haya otorgado por la Comisión ejecutiva, además del cumplimiento de los requisitos precedentes, deberá acreditarse, que en la reunión celebrada por la misma, se ha cumplido lo ordenado por los Estatutos, por la Junta general y por el Consejo de Administración, respecto de la constitución, funcionamiento, deliberaciones y régimen de mayorías, en las reuniones de la Comisión ejecutiva, y a falta de ordenación, que se han cumplido las normas que rijan las reuniones del Consejo de Administración contenidas en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción*

SUMARIO: *Introducción —La prehorizontalidad —Su manifestación en la práctica.—Posibles soluciones.—La solución registral.—Conclusiones.*

INTRODUCCION

La construcción de edificios se ha convertido en los últimos años en un proceso económico y social de extraordinaria importancia, por la necesidad acuciante de resolver el problema social de la vivienda, que, a su vez, viene urgido por el aumento de población; los fenómenos migratorios internos, que fomentan la concentración urbana, y el aumento del nivel y calidad de vida, que crea nuevas necesidades, en correlación con los propios avances de la tecnología constructiva.

Y este proceso, realmente acelerado, presiona sobre la Ciencia del Derecho para ensanchar los estrechos cauces jurídicos anteriores y lograr, en lo posible, un avance paralelo, que evite el desbordamiento, teniendo en cuenta, desde un punto de vista finalista, y como enseña el moderno Derecho urbanístico, que la ciudad es espacio, y como tal, figura geométrica; pero es algo más: el espacio urbano es, ante todo, un espacio vital, esto es, una fórmula racional de convivencia humana. Y precisamente es misión del Derecho facilitar las fórmulas jurídicas aptas para el desarrollo de esa racional y humana convivencia, y dar solución a las necesidades que en cada momento se plantean, de acuerdo con el clásico y siem-

(*) El presente trabajo reproduce con ligeras adaptaciones el discurso de ingreso del autor en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, leído en sesión pública de 18 de junio de 1978. Se estima conveniente reproducirlo en estas páginas, toda vez que la laguna normativa existente en materia de prehorizontalidad todavía no ha sido colmada en la actualidad.

pre vigente aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, regla de oro de la jurisprudencia.

En esta línea, y en un terreno más instrumental, supuso un gran avance la aparición del régimen de Propiedad Horizontal, al facilitar el acceso a la propiedad de la vivienda familiar a un gran número de personas y superar la grave decadencia de las relaciones arrendaticias urbanas, inadecuadas, por un lado, para solventar los problemas financieros que la construcción comporta, y afectas, por otro, a un tratamiento legislativo de excepción, no siempre guiado por normas de estricta equidad.

El régimen de Propiedad Horizontal, aplicado hoy en la mayoría de los países mediante leyes especiales que complementan los viejos Códigos, ha alcanzado en las dos últimas décadas extraordinario desarrollo, y cabe decir que una vez establecido funciona, por lo general, perfectamente. Pero es necesario tener en cuenta las situaciones que se plantean antes de estar establecido y en marcha —en base a un edificio ya construido— para propiciar y asegurar el acceso a la propiedad del mismo.

Esta situación previa que media entre el proyecto o inicio de las obras de construcción hasta el momento en que, ya construido el edificio, se establece de modo pleno y perfecto el régimen de Propiedad Horizontal, se denomina propiamente de «prehorizontalidad» —denominación ya consagrada, como veremos— y supone una etapa en cuyo transcurso se genera una apretada trama de relaciones jurídicas *inter partes* y frente a terceros, necesitadas urgentemente de protección, objeto central de este modesto discurso.

LA PREHORIZONTALIDAD

En un bosquejo de definición, de carácter muy general, un ilustre civilista, el profesor Díez-PICAZO (1), nos dice que llamamos estado de prehorizontalidad a aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos. En términos generales, se puede caracterizar la prehorizontalidad como una situación jurídica en la cual el régimen jurídico de la propiedad por pisos o apartamentos o de propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero en la cual de algún modo puede decirse que se encuentra ya alarmada o declarada la voluntad de

(1) LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. «La llamada prehorizontalidad y su proyección registral». Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Publicación del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 1977.

los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y, además, se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo.

Los condicionamientos de la prehorizontalidad son de este modo dos. Uno es de carácter negativo y consiste en que no se haya llegado todavía a formar una propiedad horizontal plena y perfecta. El otro es de signo positivo y consiste en una declarada voluntad negocial de alcanzar la propiedad horizontal, encarnada en actos que supongan una inequívoca puesta en marcha del *iter* «constitutivo».

De acuerdo con este esquema, el citado profesor señala como casos típicos de prehorizontalidad los siguientes:

a) Cuando el edificio no se encuentra todavía construido, bien porque está aún en trance de construcción o bien porque se trata de un edificio meramente proyectado.

b) Cuando, cualquiera que sea la situación del edificio, no existe todavía pluralidad de propietarios.

c) Cuando no se haya otorgado todavía el título constitutivo.

De estos tres casos, el verdaderamente importante y al que dedicaremos preferentemente nuestra atención es al primero. Por lo que respecta al segundo, es decir, el supuesto de propietario único, si bien es cierto que la idea fundamental de la que parte el régimen de Propiedad Horizontal es la concurrencia de pluralidad de propietarios, no es menos cierta la posibilidad de que dicho propietario, en cualquier fase de la construcción del inmueble, otorgue unilateralmente el título constitutivo, supuesto muy frecuente en la práctica y claramente admitido por el artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, el cual al regular dicho título, nos dice que puede ser otorgado «por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos». En este supuesto es evidente que el régimen de Propiedad Horizontal no tendrá plena aplicación, sobre todo en el aspecto funcional y corporativo, al faltar el requisito fundamental de concurrencia de varios derechos dominicales sobre el mismo inmueble, ni, por tanto, en el aspecto personal, implicará verdadera limitación de las facultades del titular único del mismo. Sin embargo, en el aspecto inmobiliario y registral sí se producen importantes consecuencias jurídicas: entre otras, el edificio queda ya vocado al régimen de Propiedad Horizontal, pueden inscribirse como fincas independientes los distintos pisos y locales que lo componen y su propietario puede hipotecarlos por separado, como admite el artículo 107, número 11, de la Ley Hipotecaria vigente, que después examinaremos.

Por lo que respecta al tercer supuesto, la falta de «título constitutivo», así denominado por el artículo 5.º de la propia Ley especial, cabe

afirmar, con la doctrina más general —ALVAREZ (2), BATLLE (3), CÁMARA (4), FUENTES LOJO (5), PERE RALUY (6), etc.—, que la palabra «constitutivo» no debe entenderse en su estricta acepción técnico-jurídica; no es un requisito absolutamente necesario y *sine qua non*: es solamente el documento (generalmente notarial, aunque puede ser de otro tipo) en el que constan las circunstancias de hecho y de derecho que tipifican y configuran el régimen de Propiedad Horizontal. Su falta no invalida el negocio jurídico que pueda haberse estipulado sobre un determinado piso o local, siempre que se den las demás circunstancias que dan nacimiento a aquel régimen. Se tratará entonces de una Propiedad Horizontal de hecho, cuya posible existencia está reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —entre otras, en las Sentencias de 9 de junio de 1967, 29 de abril de 1970 y 19 de febrero de 1971—, a la que no serán enteramente aplicables, de momento, todas las disposiciones de la Ley especial, y cuya falta habrá de ser suplida posteriormente para que entre en funcionamiento el régimen especial de propiedad con la plenitud de efectos al mismo reconocida.

Por otra parte, los dos últimos supuestos citados se incardinan cronológicamente en el primero, toda vez que la falta de título constitutivo o la no existencia formal de una pluralidad de propietarios pueden producirse —y de hecho se producen en la práctica— con más frecuencia en la fase inicial de la construcción, quizá porque al promotor-constructor le preocupa preferentemente la construcción en sí misma y su financiación, relegando a un último término la constitución completa y en legal forma del régimen de Propiedad Horizontal del edificio construido. Además, la solución a los problemas que en esta fase intermedia se producen responde, como veremos, a líneas comunes.

La esencia de la prehorizontalidad se encuentra, pues, en el hecho de que el edificio, aun antes de existir como tal en la realidad física, ha sido proyectado y destinado a pertenecer por pisos o locales independientes a distintos propietarios, los cuales, en virtud de varios negocios jurídicos de atribución patrimonial concertados con el promotor constructor, son cotitulares potenciales del mismo, situación necesitada y merecedora de regulación.

(2) «El título constitutivo de la Propiedad Horizontal», *Estudios de Derecho Notarial*. Centenario de la Ley del Notariado. Sección 2.ª. vol. II, Madrid, 1965.

(3) *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1967.

(4) «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *Revista de Derecho Notarial*, tomo 64.

(5) *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1974.

(6) *La Propiedad Horizontal*, Barcelona, 1961.

Y en este sentido, el ilustre Notario don MANUEL DE LA CÁMARA (7), en uno de los más sugestivos y completos trabajos hasta el momento publicados sobre la materia, afirma que «las fuentes principales, perfectamente tipificadas, a través de las cuales surge en nuestro tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad, se reducen esencialmente a tres.

La primera de ellas tiene lugar cuando la persona, natural o jurídica, que acomete la construcción del edificio se propone venderlo por departamentos. Raro es el caso en que el constructor espera a que el edificio esté terminado para iniciar las ventas. Lo normal es que trate de buscar durante la construcción e incluso antes que el edificio empiece a fabricarse, los compradores, quienes al pagar en el momento de la celebración del contrato y después, es decir, en el curso de la edificación, una cantidad a cuenta del precio, financian con sus propios recursos una parte, al menos, del importe de la construcción.

La segunda fuente tiene un marcado carácter asociativo: las personas a quienes interesa ser copropietarios de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, bien para vivirlo, bien para explotarlo, actúan colectivamente y abordan directamente la construcción del inmueble. El vínculo asociativo puede articularse de diversas formas (sociedades de construcción, cooperativas, comunidades atípicas, etc.) y los particulares unirse espontáneamente o merced a la gestión de un intermediario, que es el promotor de comunidades; pero en cualquier caso, la actuación conjunta y directa de los copropietarios obedece a propósitos perfectamente claros y racionales: reducción del precio de costo y afán de contar con un edificio hecho más o menos a la medida de las aspiraciones de cada cual.

Por último, es también muy frecuente el impropriamente llamado cambio de suelo por vuelo. El dueño del solar conviene con un constructor la cesión de aquél a cambio de que el segundo construya sobre él un edificio, que se repartirá entre ambos por pisos o departamentos. A veces, la operación reviste un carácter mixto. El dueño del suelo recibe a cambio no sólo uno o varios departamentos, sino, además, una suma de dinero. Esta combinación... permite al propietario del terreno servirse de él, aunque no disponga de los recursos técnicos y financieros para construir, y ofrece al constructor la posibilidad de emplear su equipo, es decir, su material, sus hombres y su dinero, sin necesidad de soportar (al menos, íntegramente) el desembolso, generalmente cuantioso, que representará la compra del solar».

(7) «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal». Conferencia pronunciada en el curso organizado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del mismo Madrid 1973.

Los problemas que se plantean en estos tres supuestos son lógicamente diferentes, consecuentes con la distinta naturaleza jurídica de las figuras que en cada caso fundamentan la disponibilidad por el constructor del solar edificable en régimen de Propiedad Horizontal. Pero no entraremos en su examen pormenorizado, puesto que, aparte de ser mucho menos frecuentes los casos de comunidad de construcción o cambio de suelo por vuelo, lo que realmente nos interesa examinar es la situación de los adquirentes de los pisos o locales que en una u otra de las indicadas formas se pretende construir.

Por otra parte, y en último análisis, no cabe trazar una tajante línea divisoria entre la prehorizontalidad y la Propiedad Horizontal, como si ambas situaciones jurídicas fuesen completamente independientes y perfectamente delimitables con individualidad. La primera situación ya está vocada *ab initio* a la segunda, de la que supone un simple estado transitorio: a través de sucesivas etapas —más o menos correlativas a los distintos estadios de la construcción— se llegará a la constitución perfecta y completa del régimen de Propiedad Horizontal. Para ello resulta fundamental considerar que el especial objeto sobre el que recae —el edificio susceptible de aprovechamiento independiente por pisos o locales—, ya desde que es un simple solar, y en razón de su vinculación a dicho régimen (mediante los oportunos planes de construcción y el estatuto definidor de las partes privativas y los elementos comunes), se convierte en sustrato o centro de imputación de las normas que integran y tipifican la Propiedad Horizontal, normas que también deben serle aplicables *ab initio*.

Para ello, lógicamente, se requiere el oportuno esfuerzo legislativo, a fin de que la Ley especial aplicable no parta sólo del supuesto de edificio ya construido —como ocurre actualmente—, sino que contemple todo el proceso genético de esta especial forma de propiedad.

SU MANIFESTACION EN LA PRACTICA

En la práctica, la panorámica actual que presenta la situación jurídica de los adquirentes de pisos en construcción es bastante desoladora, por la grave inseguridad jurídica que en la misma se observa, impropia de un verdadero estado de Derecho. Problema que no sólo afecta a los países más deficitarios en materia de vivienda, sino que adquiere dimensión internacional por el auge de las corrientes turísticas. Y que en nuestra Patria conjuga ambos aspectos a la vez.

Es un hecho comprobado en la práctica diaria que los pisos o locales de los edificios en construcción son objeto de tráfico jurídico a la vista

de los simples planos, memoria y proyecto de construcción —en ocasiones extremas, a la simple vista de su anuncio publicitario—, aun antes de iniciadas las obras y, en ocasiones, antes que el promotor o constructor tenga plenamente legalizada, a los efectos civiles, urbanísticos, fiscales y registrales, la situación del solar que les va a servir de asiento.

Y la forma normal de desarrollarse las relaciones entre las partes es la siguiente: el promotor enajena los pisos, haya comenzado o no la obra, percibiendo una parte del precio por adelantado y comprometiéndose a entregarlos una vez terminada la edificación, en plazo no muy bien concretado. El adquirente, a su vez, se obliga a pagar el resto del precio en determinados plazos, el último generalmente a la entrega de las llaves, subordinándose la transmisión efectiva, con el consiguiente otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro, a dicho momento, que puede dilatarse mucho tiempo después de terminada la construcción. Hasta entonces queda reservado el dominio del vendedor y el contrato amparado en un simple documento privado, carente de toda homologación. En algunos casos se estipula, además, una cláusula penal por la cual, impagado alguno de los plazos previstos, el comprador perderá todo o parte de lo abonado a cuenta hasta entonces, y quedará resuelto el contrato y sin ningún efecto lo pactado.

Un contrato así estipulado supone graves inconvenientes y es fuente posible de futuros litigios y, en algunos casos, de eventuales fraudes, como los que años atrás tuvieron gran resonancia pública —los llamados «timos de las inmobiliarias»—. Inconvenientes que podemos concretar fundamentalmente en los siguientes aspectos:

1.º Por lo que respecta a su *forma*, el cauce contractual es meramente privado, generalmente sin intervención de persona que asesore imparcialmente; con cláusulas redactadas en ocasiones con deliberada ambigüedad; por supuesto, sin ninguna publicidad, y con las insuficiencias propias, de promoverse litigio, de todo documento privado. A veces, lo que verbalmente para las partes contratantes es una verdadera venta, se estructura como «promesa de venta», «opción de compra» o similares formas, e incluso, en un caso anecdótico y extremo, pero que he conocido profesionalmente en tierras en las que el exceso de sol hace desbordar en ocasiones la imaginación, el contrato de compraventa del inmueble se había disfrazado de «título valor» que otorgaba al portador de la cartulina (eso sí, bilingüe y artísticamente impresa en varias tintas) la propiedad del apartamento X, situado en la Urbanización Z...

2.º En cuanto al *objeto*, en el contrato no suelen determinarse con precisión las circunstancias del futuro piso, sino que falta su descripción completa y la especificación de sus características. Además, se admiten modificaciones unilaterales del mismo, justificadas teóricamente por ne-

cesidades constructivas. En todos estos supuestos, si las promesas verbales quedan frustradas, el adquirente sólo encuentra como cauce para su reclamación la problemática vía del artículo 1.124 del Código Civil. Por otra parte, como en contra del artículo 5.º de la Ley especial, antes citado, el título constitutivo de la Propiedad Horizontal no suele otorgarse hasta terminada la obra, la determinación del régimen, estatutos y ordenanzas de la futura comunidad puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, e importantes aspectos del mismo, como el señalamiento de cuotas y porcentajes de gastos, no resultar lo equitativos que sería de desear. Y de producirse tal supuesto, la rectificación posterior, ya en el seno de la comunidad, resulta, aparte de onerosa, dificultada por la concurrencia de intereses contrapuestos entre los copropietarios.

3.º Por lo que atañe a la *posición de las partes*, el comprador no ocupa una posición equilibrada en estos contratos de adhesión. Aparte cuestiones económicas, como las relativas a la posible revisión de precios, más o menos en función de los costes, en el más importante, para nosotros, terreno jurídico, su posición resulta endeble: en primer lugar, carece de medios rápidos y eficaces para reaccionar contra la paralización o ritmo lento de las obras; para exigir la entrega del piso en el plazo previsto, salvo la problemática facultad resolutoria antes citada que, por paradoja, en nada resuelve su problema de acceder a la propiedad de la vivienda. No obstante, y al mismo tiempo, se halla obligado a satisfacer puntualmente los plazos convenidos e incluso ligado por una cláusula penal cuya moderación por los Tribunales quizá exija un dificultoso pleito.

Por último, se encuentra en cierta forma inerme ante los posibles acreedores del constructor, en el caso de que éstos sean verdaderos terceros dotados de facultades o garantías con fuerza real sobre el inmueble. También, frente a los restantes copropietarios, compradores como él de un departamento del mismo inmueble, y de haberse constituido sobre el edificio en conjunto hipoteca u otro gravamen, sin distribución de responsabilidad, el adquirente puede verse afectado por la indivisibilidad del crédito garantizado y soportar las onerosas consecuencias de la insolvencia total o parcial de alguno o algunos de sus comuneros. Incluso más: lograda ya, sin grandes incidencias, la entrega y pacífica posesión del piso adquirido, la vida de la comunidad horizontal puede verse afectada gravemente por las «reservas» de derechos sobre el inmueble que, sin la suficiente meditación sobre sus repercusiones y también —por qué no decirlo— sin la suficiente justificación (salvo un inmoderado ánimo de lucro), suelen introducirse en el título constitutivo. Piénsese, por ejemplo, como más típica y frecuente, en la reserva del derecho a elevar nuevas plantas en el inmueble cuando y hasta donde las Ordenanzas

municipales lo permitan..., y tiéndase un compasivo velo sobre los problemas de toda índole que se provocarían para los propietarios ocupantes del inmueble durante todo el tiempo que durasen las obras necesarias para hacer efectivo ese derecho de sobreelevación, o su correlativo de subedificación en el subsuelo del inmueble.

Ante estas situaciones, en cuya descripción, con finalidad *ad exemplum*, hemos «cargado mucho las tintas», aunque no se nos oculta que, felizmente, en muchos casos, las actuaciones de los promotores y las relaciones de prehorizontalidad se desarrollan equitativamente, el jurista ha de propugnar el perfeccionamiento del sistema de Propiedad Horizontal, en busca de una solución eficaz, que colme el actual vacío legislativo y la falta de protección y sanción jurídica.

POSIBLES SOLUCIONES

En todos los países en que el régimen de Propiedad Horizontal se ha desarrollado intensamente, el legislador se ha encontrado con los singulares problemas derivados de la situación de prehorizontalidad, que se han intentado resolver a través de diversas fórmulas, entre las que destacan las siguientes:

1.^a La de tipo fundamentalmente administrativo, que encarna en el *sistema de seguro*, seguido en los países anglosajones y que, por el momento, es también el nuestro. Ha sido establecido por la Ley de 27 de julio de 1968, con precedentes en la legislación de Viviendas de Protección Oficial, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Esta Ley y las disposiciones que la desarrollan —en lo relativo a constancia de la fecha de los documentos privados de venta (Orden de 10 de agosto de 1968), propaganda y publicidad de las ventas (Orden de 5 de octubre del mismo año), etc.— lo único que garantizan en la práctica es la evolución al adquirente de lo entregado a cuenta al constructor, más un 6 por 100 de interés anual, mediante el contrato de seguro o el aval bancario estatuido en la misma. Protección que sólo contempla el derecho de crédito, la inversión realizada, con olvido total del problema de acceso a la propiedad de la vivienda. Protección a la inversión que, además, resulta totalmente insuficiente, pues triste compensación es para quien invirtió todo o parte de sus ahorros en la compra de un piso el recibir, pasados unos años, la misma cantidad que pagó, más un módico interés que con toda certeza nunca compensará la desvalorización monetaria, ni mucho menos las elevaciones de costes del mercado inmobiliario, si es que pretende adquirir otra vivienda.

2.^a Otra solución, de tipo eminentemente civilista, es la regulación del supuesto como *variedad típica de la compraventa*. Tal es el caso de la Ley francesa de 3 de enero de 1967, que a través de la modificación del Código Civil regula específicamente la venta de pisos en construcción, distinguiendo dos modalidades: en primer lugar, la «venta a término», en la que la propiedad del piso pertenece al vendedor hasta la conclusión de la obra, momento en el cual se transmite automáticamente al comprador, con efectos retroactivos, lo que trae consigo la nulidad de los actos dispositivos que entretanto pudiera haber efectuado el vendedor; en la otra modalidad, la «venta en estado de futura terminación», la situación es la contraria, por cuanto el comprador adquiere ya desde la perfección del contrato la cuota proporcional del solar correspondiente al piso vendido, así como de lo ya construido, de tal forma que las obras posteriores, a medida que se incorporan al inmueble, pasan a propiedad del comprador. En ambos casos, además, se establecen las oportunas garantías de los derechos de las partes contratantes.

En la misma línea se orienta la Ley belga de 9 de julio de 1971, menos completa, sin embargo, que la francesa y que se aplica a toda convención que tenga por objeto la transmisión de una casa o apartamento a construir o en vías de construcción, así como a todo contrato que contenga el compromiso de construir, hacer construir o procurar un inmueble determinado, siempre que esté destinado a habitación o al uso mixto profesional y habitación, y además que el comprador venga obligado a uno o varios desembolsos antes de acabarse la construcción. La transmisión de la propiedad se opera a favor del comprador a medida de la puesta en obra de los materiales y su incorporación al suelo o al inmueble en construcción.

3.^a Otra solución, de tipo predominantemente registral, consiste en la *anotación o inscripción en el Registro inmobiliario* de los «boletos» o documentos privados de compra de pisos en construcción, solución adoptada, con algunas variantes, por la legislación de Argentina, Brasil, Venezuela y Uruguay. Una de las más completas, la Ley de Prehorizontabilidad argentina, aprobada por Decreto-ley 19.724/72, de 6 de julio, establece que todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga enajenarlo a título oneroso en régimen de Propiedad Horizontal, debe hacer constar en escritura pública su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen. Esta escritura de afectación, cuyo contenido se regula detalladamente, se anota en el Registro de la Propiedad y el propietario queda desde entonces impedido de disponer o gravar el inmueble en forma distinta a la prevista en la ley, salvo los casos de retracción y desafecta-

ción también regulados en la misma. Los «boletos» o contratos privados de venta celebrados con los adquirentes también se anotan en el Registro, pues en otro caso no son oponibles a tercero. No obstante, la protección que el Registro otorga al «boleto» de venta anotado es muy escasa, quizá porque la Ley argentina duda entre considerar al comprador como verdadero propietario, o como titular de un simple derecho de crédito, encontrándose preceptos que responden a una u otra concepción. Así, por ejemplo, cabe la hipoteca posterior por el vendedor, incluso la no prevista en el contrato y aunque el adquirente se oponga, si se autoriza judicialmente; por otra parte, y como señala el escribano argentino FRANCISCO I. J. FONTBONA (8), «el propósito de la ley entendemos que es muy loable y justiciero; pero de su texto general deducimos que sólo logra, en sus efectos ofensivos, vale decir de equilibrio y protección a los adquirentes, una mera publicidad 'anuncio', porque no aleja —por norma concreta— de la potestad embargante a terceros extraños al operativo y negocio». No se aplica, pues, la fe pública registral, ni siquiera la notarial.

4.^a Una solución de tipo *mixto*, civil y administrativa a la vez, es la ofrecida por la legislación de Puerto Rico, cuyo Derecho civil sigue en muchos puntos al español, pero que en esta materia ofrece la particularidad de ser, junto con el brasileño, el único que admite que el edificio meramente proyectado sea suficiente soporte objetivo de la Propiedad Horizontal. A estos efectos, el artículo 5.º de la Ley puertorriqueña de Propiedad Horizontal de 25 de junio de 1958, modificada por la de 4 de junio de 1976, establece que «en los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación (que corresponde al transmitente o, en su caso, al deudor), en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél a todos los efectos legales». Y complementando este precepto en el terreno registral, dispone el párrafo 1.º del artículo 29 de la misma ley, que «la transmisión o gravamen previstos en el artículo 5 de esta ley, se inscribirán en el registro particular de la finca matriz»; en el terreno administrativo, el artículo 49, *f*), de la misma ley otorga facultades delegadas al Departamento de Asuntos del Consumidor para «proteger los intereses de los adquirentes de apartamentos durante el periodo de la administración del titular que somete el inmueble al régimen de Propiedad Horizontal».

(8) «La Propiedad Horizontal y el estado de prehorizontalidad». Aporte de la delegación argentina al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Publicación de la Universidad Notarial Argentina Buenos Aires, 1977

Esta solución, que en principio parece muy atractiva, no ha merecido crítica favorable, quizá por falta del adecuado desarrollo. Así, el profesor VÁZQUEZ BOTE (9) nos dice que la solución del artículo 5.º citado es de carácter formal jurídico, «porque puede surgir la situación que impida actuar su aparente eficacia: piénsese, simplemente, que el apartamento proyectado nunca se construya, por quiebra del constructor, etc. Piénsese, igualmente, que siendo normal la construcción con financiación ajena, el financista adquiere refacción de lo construido o hipoteca del solar y de las mejoras que en él se hagan mediante pactada extensión objetiva, aparte de la legal. Con lo cual, el consumidor no tiene posibilidad de invocar el artículo 5.º, pues precisamente dicho artículo opera contra él». Y en cuanto a la garantía complementaria del artículo 49, nos dice que será «menester esperar a ver cómo el indicado Departamento (de Asuntos del Consumidor) asume la protección de esos intereses, lo cual, ciertamente, podrá realizarse mediante los clásicos reglamentos administrativos que nada dicen, debiendo recurrir, en cada caso, a decisiones particulares y concretas».

En nuestra modesta opinión, y con los debidos respetos, no parece justificado dar carpetazo, de modo tan simple, a una posible, aunque parcial, solución al problema planteado. Es necesario profundizar en el tema, a fin de que la garantía meramente formal se vuelva operativa. Es cierto que el cumplimiento de una obligación específica, como la de edificar, puede plantear graves dificultades prácticas, y que las relaciones del promotor o constructor con los titulares de créditos refaccionarios invertidos en la obra plantean complejos problemas.

Pero no hay que olvidar tampoco que los compradores de pisos en construcción, aparte de su consideración de futuros propietarios, reúnen también, en cierto modo, la condición de acreedor refaccionario, en cuanto a las cantidades o pagos parciales del precio que se inviertan en las obras.

Y que la conexión directa que se establece entre la titularidad del piso futuro y los elementos comunes del inmueble (entre ellos, y como fundamental y existente *ab initio*, el solar) es la idea básica de partida para hallar solución al problema.

5.^a Finalmente, cabe distinguir un último sistema, de carácter *fiduciario*, según el cual, el verdadero promotor transfiere el dominio del suelo a una entidad solvente (generalmente, un Banco), que queda encargada, en su propio nombre, pero por cuenta de aquél, de administrar la construcción del inmueble, para posteriormente proceder a su venta

(9) «Prolegómenos al régimen de horizontalidad en Puerto Rico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 523 (noviembre-diciembre de 1977, págs. 1293 y siguientes.

a favor de los adquirentes. Este sistema, de raíces también anglosajonas, es también reconocido por las legislaciones de otros países, como ocurre en Argentina, en donde el Decreto-ley 20.276/73, de 12 de abril, que modifica la Ley de Prehorizontalidad, antes reseñada, establece en su artículo 1.º que se exceptúan de las disposiciones de la Ley 19.724 la «enajenación de unidades particulares en inmuebles cuya construcción se realice con préstamos de organismos oficiales nacionales, provinciales o municipales, cuando de las condiciones del mutuo con garantía hipotecaria resulte que la celebración de los contratos con los futuros adquirentes queda a cargo exclusivo del ente financiador y los propietarios otorguen a tal fin poder irrevocable a favor de dicho ente». Modalidad, no obstante, que se aleja del puro negocio fiduciario, aunque esté inspirada en el mismo.

Para terminar con este breve bosquejo de Derecho comparado, es muy importante destacar que el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico del 27 de octubre al 2 de noviembre de 1977, y al que concurrieron delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Israel, Italia, Marruecos, México, Nicaragua, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Suiza y Venezuela, se pronuncia rotundamente en esta materia por la solución registral. La cuestión ya había sido suscitada en el I Congreso, celebrado en Buenos Aires (Argentina) en 1972, en el cual el que esto dice tuvo el honor de defender una ponencia sobre «La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción» (10), y fue definitivamente estudiada en el último celebrado, que dedicó su comisión 2.ª al tema, aprobándose por unanimidad en la sesión plenaria final del Congreso las siguientes declaraciones:

— En materia de Propiedad Horizontal:

«1.ª En el ámbito de la Propiedad Horizontal corresponde a cada ordenamiento jurídico nacional la definición de los requisitos de existencia de dicha institución jurídica.

2.ª El documento constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, a fin de que su inscripción surta los efectos respecto de tercero que permitan los principios aplicables en cada sistema registral.

3.ª La inscripción del régimen de Propiedad Horizontal debe contener, en función del principio de especialidad o deter-

(10) Publicada en el núm. 1 de la *Revista de Derecho Registral* (Buenos Aires, 1974) y también en la española *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 501 (marzo-abril 1974).

minación, la descripción suficiente de sus elementos característicos: partes de atribución privativa, partes comunes, cuotas de participación y reglas estatutarias con trascendencia real.

4.^a Para obtener la finalidad a que aluden los apartados anteriores pueden utilizarse cualesquiera técnicas de registración, siempre que con ellas se cumplan los principios consagrados en la Carta de Buenos Aires de 1972.»

— En cuanto al estado de prehorizontalidad:

«1.^a La incesante multiplicación de complejos inmobiliarios sujetos al régimen de Propiedad Horizontal ha provocado en los últimos años un aumento notable de problemas jurídicos en la fase previa a su nacimiento, como consecuencia de la actividad realizada en su promoción, por lo que se considera de primordial importancia delimitar esta situación como 'prehorizontalidad'.

2.^a El estado de prehorizontalidad nace con la formulación del proyecto de construcción de un complejo inmobiliario susceptible de enajenación por unidades privativas, y concluye con la inscripción del régimen de Propiedad Horizontal en los términos señalados en los apartados segundo y tercero del capítulo precedente.

3.^a De los diferentes intereses legítimos que concurren en la fase de prehorizontalidad, algunos están suficientemente amparados en el ámbito del Derecho de obligaciones, mientras que otros, especialmente el de los adquirentes de elementos privativos, exigen una protección más enérgica a través de la publicidad del Registro.

4.^a A este fin se recomienda que la situación de prehorizontalidad acceda al Registro mediante la práctica del asiento procedente, en el que se contengan los datos esenciales, de carácter técnico y jurídico, definidores del complejo inmobiliario proyectado. En dicho asiento deberán constar las facultades de disposición del titular del dominio del suelo, en tanto subsista la fase de prehorizontalidad.

5.^a Se recomienda asimismo la instrumentación de los medios registrales suficientes para que, en la fase de prehorizontalidad, los adquirentes de elementos privativos accedan a la publicidad registral, de forma que los efectos de la misma puedan evitar la realización de actos o negocios jurídicos en perjuicio de sus legítimos intereses.»

Declaraciones de carácter muy general, lo cual es lógico si se tiene en cuenta la diversidad de ordenamientos, pero que tienen la virtud de centrar el problema en su verdadero marco, según pasamos a examinar.

LA SOLUCION REGISTRAL

Esta solución típicamente registral al problema de la prehorizontalidad que se propugna, sinceramente creemos —sin maniqueísmo alguno— que es la más adecuada a las circunstancias actuales de nuestro Derecho, por no requerir profundas reformas legislativas (como ocurriría de adoptar la solución francesa, por ejemplo) y ser posible su adaptación, sin graves inconvenientes, a un sistema registral de desenvolvimiento técnico como el nuestro.

Por ello, y aun antes que se solventen las dificultades dogmáticas que existen para construir y explicar perfectamente, más allá del campo puramente obligacional, la titularidad de los adquirentes de pisos en construcción, resulta totalmente necesario y perfectamente factible organizar la publicidad registral de las mismas, al estar necesitadas urgentemente de protección, que sólo pueden lograr precisamente a través del Registro, al estarles vetada otra forma de publicidad, incluso la meramente pose­soria. Con ello se evitaría, además, una verdadera excepción al principio de publicidad, puesto que en la etapa de prehorizontalidad se provoca una grave clandestinidad y una gran discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

Y en favor de esta tesis cabe formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y en un terreno básicamente civilista, que abordaremos con toda la concisión que nos sea posible, cabe afirmar que la concepción clásica, según la cual la compra de pisos en construcción es una típica compraventa de cosa futura (que carece de existencia actual y sobre la que es imposible articular una titularidad real del comprador), ha de estimarse superada por las siguientes razones:

1.^a Porque el objeto de la Propiedad Horizontal no está constituido solamente por el piso o elemento privativo, sino que el derecho de cada propietario se proyecta necesariamente sobre el total edificio, dada su unidad inescindible —física y jurídicamente—. Precisamente la concurrencia de varias titularidades *pro diviso* sobre el inmueble da nacimiento a este especial régimen de la propiedad, distinto de la comunidad ordinaria.

2.^a Porque el soporte objetivo básico de la Propiedad Horizontal lo constituye el solar o terreno sobre el que se cons-

truirá el edificio, que, naturalmente, existe *ab initio* y es la plataforma indispensable sobre la que se articula el propio régimen horizontal y las titularidades reales a él conexas.

3.^a Porque, en último término, el motivo y fin último, contemplado por las partes al contratar, es el acceso a la propiedad de la vivienda o local de un edificio todavía en construcción a la celebración del contrato, pero que está en proceso y trayectoria ascendente para materializarse definitivamente, en virtud de unos presupuestos —hechos y negocios— jurídicos de indudable trascendencia real (propiedad del solar, decisión de construir, formulación y aprobación del proyecto, constitución documental del régimen de Propiedad Horizontal e iniciación de las obras).

Cuando se habla, pues, de pisos en construcción, se contempla un resultado futuro, pero no una cosa futura, sino una cosa presente en transformación, un objeto jurídico en formación, que permite superar ya *ab initio* el estadio puramente obligacional.

Por otro lado, es necesario establecer un paralelismo o concordancia entre el especial régimen de la Propiedad Horizontal y el no menos especial modo de adquirir uno de sus elementos integrantes, urgido por las necesidades sociales y que ha de ser reconocido por el legislador.

Y en este sentido—superador de las conocidas teorías sobre la «cosa futura», el «volumen de edificación», la *traditio* o la vieja teoría del *ius ad rem*, que puede prestar todavía importantes servicios en su aspecto moderno de «vocación o llamada al derecho real»— se orienta actualmente buena parte de la doctrina, entre otros, CÁMARA (11), CHICO ORTIZ (12), FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (13), cuya opinión está acogida también por los participantes en el I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en octubre de 1972, y en la doctrina hipotecarista, por el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, en reunión de 1971.

Únicamente podría hablarse de verdadera venta de cosa futura si el promotor no es todavía titular del solar (hipótesis que, como dijimos, se presenta en la práctica) o el edificio está totalmente indeterminado y tiene sólo una existencia digamos «mental». Evidentemente, la Propiedad Horizontal está pensada en función de un edificio, por lo que no es viable

(11) «Insuficiencia normativa » Conferencia antes citada.

(12) «La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad». Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral y publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios del ICNRP Madrid, 1977.

(13) *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1973

la adscripción del solar a dicho régimen antes de determinarse las características fundamentales del inmueble, tanto en el aspecto físico y constructivo, como en el jurídico.

Y en este punto resulta de enorme interés la teoría elaborada por DE LA CÁMARA (14), el ilustre Notario tantas veces citado, sobre la distinción entre edificio «definido» y «por definir» (aunque ambos esté pensado construirlos sobre un solar determinado), necesaria para puntualizar en qué momento es posible adscribirlo al régimen de Propiedad Horizontal.

Examinémosla brevemente. Parte del artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria vigente. «Este precepto —nos dice el citado autor— admite la inscripción de edificios en régimen de Propiedad Horizontal cuya construcción esté concluida o, *por lo menos, comenzada*». Luego nuestro Derecho admite la posible existencia de Propiedad Horizontal sobre un edificio en construcción.

Sin embargo, la frase subrayada —«por lo menos, comenzada»— parece poner de relieve que no es posible la inscripción de un edificio simplemente proyectado. Es necesario advertir, no obstante, que tanto la palabra «proyectado» como la palabra «comenzado» son ambiguas y admiten cierta matización. La expresión «construcción comenzada» puede referirse al comienzo de la edificación en sentido material o en sentido técnico. Técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Este criterio técnico nos permite establecer con exactitud el momento en que la construcción se ha iniciado. Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá, en efecto, considerarse que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado? Por de pronto, el propio artículo 8, apartado 4, de la Ley Hipotecaria, nos demuestra que no es necesario que haya empezado la construcción de todos y cada uno de los pisos, puesto que expresamente permite que en la «inscripción del solar o del edificio se hagan constar los pisos meramente proyectados». Así las cosas, la incertidumbre sobre la fijación del momento en que debe considerarse que la construcción ha comenzado, a los efectos de la inscripción del edificio en el Registro, es patente. ¿Bastará que se haya realizado la excavación o vaciado del terreno? ¿Será necesario que, al menos, se hayan plantado los cimientos? Y cualquiera que sea la contestación que demos a estos interrogantes, ¿qué diferencia sustancial media entre esas hipótesis y la del edificio definido, pero cuya fabricación

(14) «Insuficiencia normativa » Conferencia antes citada.

material aún no ha principiado a acometerse? Parece, pues, obligado, para salir del atolladero, sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado». Y en este sentido se orienta también el I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia, antes citado.

Desde otro campo, el registral, hay que decir que el Registro no sólo constata titularidades jurídico-reales definitivas; también otorga protección a situaciones interinas, provisionales o en formación, con la única condición de que la situación o titularidad definitiva a que se encaminan sea de naturaleza jurídico-real inmobiliaria.

Y entre los supuestos en que nuestra legislación admite la constancia registral de derechos que afectan a cosas que no tienen todavía una existencia actual total, pero que están en formación y tienden a ella, destacan, por su concreta conexión con la edificación, los siguientes:

1.º La inscripción del derecho del superficiario «de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos», conforme a lo dispuesto en el número 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959. Se trata en este supuesto de la inscripción de un verdadero derecho real en cosa ajena, el de superficie, pero que sirve de apoyo a una forma especial de propiedad, la superficiaria, que implica un proyecto de construcción, y que, mientras no se construya, implica, además, un derecho sobre un espacio delimitado. De ahí que el propio precepto señale como circunstancias necesarias para la inscripción «el plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, sus características generales, destino y coste del presupuesto».

2.º Conectando ya directamente el problema con la Propiedad Horizontal, el número 2.º del propio artículo 16 del citado Reglamento dispone que «el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, *sin constituir derecho de superficie*, se reserve el propietario en caso de enajenación del todo o parte de la finca, o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación; b) las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción».

Como dijo el más famoso comentarista del Reglamento, el recordado RAMÓN DE LA RICA (15), en este caso se inscribe en el Registro «un derecho real potencial, que legitima una cosa futura, puesto que si no

(15) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959.

se llega a realizar la edificación quedaría vacío de contenido y de soporte objetivo. Esa reserva, autenticada por el Registro, constituye un derecho real transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*, y como tal tiene un contenido económico, hipotecable y embargable».

Apostillamos nosotros que si este derecho real nuevo, desconocido para el Código Civil, que faculta la construcción de nuevas plantas por encima o por debajo de edificios ya existentes y que conduce directamente al régimen de propiedad horizontal, merece la protección registral, no hay verdadera razón para negársela al derecho del adquirente de un piso en construcción, en la cual participa directamente al sufragar, por su parte, el costo de las obras. Y, de hecho, se observa en la práctica que para asegurar el supuesto prehorizontal de cambio de suelo por vuelo, se acude en ocasiones a instrumentar el contrato por el cauce del citado artículo 16, tema al que VENTURA-TRAVERSESET (16) ha dedicado una interesante monografía. Pero, repetimos, no hay razón alguna importante para que, admitida legalmente la posibilidad de inscripción del piso en construcción o ya definido, no pueda arbitrarse el procedimiento para inscribir también la compraventa del mismo.

3.º La hipoteca de pisos en construcción está francamente admitida por el artículo 107, número 11.º, de la Ley Hipotecaria, en cuanto a los «pisos o locales de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º», el cual, como ya vimos, admite la inscripción de pisos de construcción meramente comenzada.

Esta hipoteca es frecuentísima en la práctica diaria, por facilitar tanto la financiación de la construcción, como la venta de pisos de la misma, al subrogarse en su día el comprador en la deuda hipotecaria, que funciona como parte del precio. Y con ella resulta que se inscribe en el Registro un acto dispositivo sobre un piso en construcción, sin existencia actual. No se ve razón entonces para negar la inscripción de otro acto dispositivo, como la venta, salvo el argumento meramente técnico de que la hipoteca es un derecho de constitución registral y carente de contacto posesorio con la cosa. La finalidad perseguida es una garantía, y resulta interesante destacar que personas tan sensibilizadas en esta materia, como las instituciones de crédito, utilizan frecuentemente esta hipoteca, sabiendo que aparte otras seguridades (como la de las entregas parciales del capital prestado, a medida de las certificaciones de obra), en el supuesto límite de que la obra fracase y el piso no llegue a construirse, siempre queda como objeto gravado el solar y la parte de obra ya realizada. Idéntica garantía debería proporcionarse al comprador.

(16) *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

4.º Otro supuesto de acceso al Registro de un derecho que ni siquiera, para la doctrina más extendida, tiene la consideración de derecho real, es la constatación del derecho de retorno establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique, momento desde el cual perjudica a los posibles terceros adquirentes de la finca, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario reformado. Se trata de un simple derecho de crédito que tiene como correlativa una *obligatio propter rem* mixta, consistente en un hacer —reedificar el inmueble— y en un dar —reinstalar al arrendatario—. Y si por múltiples razones —entre ellas, en el terreno registral, la indudable clandestinidad del derecho de retorno, del que no existe ninguna huella ni en el solar ni en la casa reconstruida— se otorga protección, ya desde el desalojo de la casa destinada al derribo, al arrendatario de un piso o local de la misma, mayor razón existe para otorgar incluso superior protección al comprador del piso o local en construcción.

5.º Según el artículo 21, número 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, cuando así se haya estatuido el régimen de Propiedad Horizontal no se extingue en caso de destrucción total o parcial del edificio. De producirse tal evento, y de tener los propietarios intención de reconstruirlo conforme al proyecto primitivo, resultará que tal régimen subsistirá registralmente y producirá sus efectos propios en este campo sobre la base exclusivamente del solar, pero en razón de la vocación o vinculación de éste al edificio en vías de reconstrucción, que posibilitará nuevamente la situación de horizontalidad plena y perfecta.

Existen otros casos en nuestra legislación en que también se produce la misma separación entre la relación o titularidad real y su objeto todavía en formación, como las reguladas en los artículos 546-3.º y 1.626 del Código Civil, los llamados por la doctrina hipotecarista derechos sustantivos y reservas autenticadas, etc., pero no nos detenemos en su examen por no tener relación directa con la construcción y el régimen de Propiedad Horizontal.

En todos los supuestos que acabamos de examinar se protegen derechos reales potenciales, no definitivamente consolidados, pero sí definidos sobre la cosa. Y no puede decirse que ello implique una desviación y desnaturalización de la misión específica del Registro de la Propiedad, destinado a la protección de los plenos derechos reales, pues el Derecho y el Registro, para cumplir su función y adaptarse a la realidad social circundante, han de tener en cuenta la existencia en la realidad de situaciones provisionales de gestación de futuras titularidades plenas que necesitan, precisamente para llegar a término y alcanzar existencia perfecta, de la publicidad y protección registral.

Y es interesante destacar, en un breve bosquejo histórico, que ya en 1929, el ilustre maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ (17), verdadero inspirador de nuestro moderno Derecho hipotecario, en uno de los primeros trabajos publicados sobre la Propiedad Horizontal, se planteaba la cuestión de si pueden constituirse derechos reales sobre cosas futuras y decía que el problema no había merecido la atención de nuestros civilistas, pero que en la práctica iba abriéndose camino, gracias a la elasticidad que el sistema hipotecario presenta para recibir toda clase de figuras de precisa determinación por escrito, «como una arcilla plástica que reproduce hasta el detalle de las cosas que no existen y reciben las huellas de hipotecas sobre edificios que aún no se han construido».

Diez años más tarde, la Ley de 26 de octubre de 1939, en el mismo sentido progresivo, dio nueva redacción al primitivo artículo 396 del Código Civil (hasta entonces limitado a regular los costes de reparación de los elementos de las casas pertenecientes por pisos a diferentes propietarios), para establecer un esquema de reglamentación muy semejante al actual, y asimismo modificó el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, para admitir la inscripción de «los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio, ya construido o cuya construcción esté comenzada o *meramente proyectada*», y agregó un nuevo párrafo, el 11.º, al artículo 107 de la misma Ley, según el cual podrían hipotecarse «los edificios y los pisos o partes determinadas de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, cuya construcción esté terminada, comenzada o *meramente proyectada, siempre que el constituyente de la hipoteca tenga adquiridos debidamente sus derechos sobre el solar o sobre el elemento edificable resultante*».

Esta posibilidad de inscripción e hipoteca de los pisos meramente proyectados fue muy mal recibida por la doctrina, que, a pesar de que el propio texto legal explicita su fundamento —la conexión directa con el solar—, llegó a considerarla como un verdadero «engendro» hipotecario. Pero lo cierto es que, tras la reforma hipotecaria de 1944, se mantiene en la nueva redacción del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Y al llegar la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que, como antes dijimos, sólo toma en consideración los edificios ya construidos, con olvido del ciclo genético de la institución, en la nueva redacción que realiza del artículo 8 de la Ley Hipotecaria sigue preceptuando que «en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados». Una gran parte de la doctrina sigue sin explicarse tal supuesto, quizá porque no cabe otra explicación que la tan sugestiva y renovadora de CÁMARA, antes expuesta.

(17) «Propiedad sobre pisos y habitaciones», en sus *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II.

En nuestra modesta opinión, es preciso replantear legislativamente el tema, reformando en lo necesario la normativa vigente en los siguientes aspectos fundamentales:

1.º Ampliando el ámbito objetivo de aplicación de la Ley especial de Propiedad Horizontal a las situaciones de prehorizontalidad. También, dicho sea de pasada, podría aprovecharse la ocasión para establecer regulación en otras materias relacionadas directamente con este régimen especial de propiedad, como es el caso de las llamadas «urbanizaciones privadas», a las que la puramente administrativista Ley del Suelo no ha dado solución.

2.º Estableciendo claramente el carácter imperativo del régimen de Propiedad Horizontal en sus puntos esenciales, cuestión ésta que ha suscitado graves dudas en aspectos concretos.

3.º En el aspecto específicamente registral, crear el medio adecuado para que las titularidades prehorizontales ingresen en el Registro. Este medio no es el asiento de inscripción propiamente dicho, que resultaría poco adecuado a tales situaciones en que se produce el tránsito de lo obligacional a lo real, y que, por otra parte, no podría producir todos los efectos normales del sistema. Ha de tratarse de un asiento provisorio que se ajuste a las mismas características de la situación protegida. A nuestro juicio —y sin olvidar que algún autor se pronuncia por la nota marginal—, el más adecuado es el asiento de anotación preventiva, verdadero complemento de la inscripción en un buen sistema registral y que es, como es bien sabido, un asiento provisional y transitorio que, atenuando el rigor de la apariencia libraria, protege temporalmente el derecho real en formación y previene a quien consulta el Registro de la afección de la finca a determinado destino, responsabilidades o controversias.

Claro es que al estar en nuestro Derecho regidas las anotaciones preventivas por el sistema del *numerus clausus* y los supuestos en que se aplican determinados por conceptos instrumentales o específicos (a diferencia de la inscripción propiamente dicha, referida al concepto clásico y genérico-material de derecho real), será preciso que el legislador añada a la lista del artículo 42 de la Ley Hipotecaria la especial destinada a amparar este supuesto de prehorizontalidad, de acuerdo con las normas que tipifican este especial régimen de la propiedad.

CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, parece oportuno sintetizar ya las siguientes conclusiones:

1.^a En aras de la seguridad jurídica propia de un Estado de Dere-

cho resulta necesario organizar de un modo completo la publicidad registral de las situaciones de prehorizontalidad, con la finalidad primordial de proteger a los adquirentes de pisos o locales de edificios en construcción o ya definidos, hasta tanto se establece de modo pleno y perfecto el régimen de Propiedad Horizontal.

2.^a Como primer paso, en todo supuesto en que el propietario de un inmueble edificable —o el titular de un derecho de superficie o edificación— decida unilateralmente la construcción sobre el mismo, o le venga impuesta por las normas legales de planeamiento urbanístico o edificación forzosa o protegida oficialmente, de un edificio proyectado para su venta por pisos o departamentos independientes, deberá obligatoriamente formular e inscribir en el Registro el proyecto de construcción, debidamente aprobado y con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como el estatuto y régimen de la Propiedad Horizontal, que contendrá, de modo completo, la reglamentación de la futura comunidad, ajustada a las disposiciones imperativas que rigen tal especial propiedad. Inscrito el edificio proyectado en el folio correspondiente al solar, se inscribirán, también obligatoriamente, como fincas independientes, sus distintos pisos y locales.

3.^a Los posteriores actos o contratos, precursores de una transferencia o gravamen real, también se harán constar en el Registro mediante una anotación preventiva, ganando rango registral frente a cualesquiera otras transferencias o gravámenes posteriores o no inscritas. Anotación que se convertirá en inscripción definitiva cuando, por terminación de las obras, sea posible la entrega de los pisos o locales ya construidos a sus definitivos titulares.

4.^a Tales anotaciones tendrán una duración temporal, por el plazo marcado legalmente (el que prudencialmente se estime suficiente para la construcción y conforme a las características y número de unidades del inmueble), pero podrán ser prorrogadas por justa causa, de común acuerdo o a instancia de parte legítima.

5.^a Cualquier variación del primitivo proyecto de construcción o del régimen de la Propiedad Horizontal, tal como conste en el Registro, no producirá efecto frente a los titulares de derechos anotados sin su consentimiento. En el caso de que, por cualquier causa, no fuese posible realizar la construcción, la cancelación de la inscripción del primitivo proyecto se verificará con el consentimiento, voluntario o suplido judicialmente, de los titulares de derechos anotados, salvo el caso de que no hubiera anotaciones o estuviesen ya caducadas por el transcurso del plazo, en cuyo supuesto bastará la declaración del propietario del inmueble.

6.^a En todos los supuestos anteriores, la inscripción o anotación será

obligatoria o forzosa, y aparte de poder sancionarse su omisión en la forma eficaz que se estime oportuna, se faculta al titular de cualquier pretensión derivada de la construcción proyectada para poder solicitarla en nombre y a costa del interesado, y en base a los documentos oportunos.

Como observaciones complementarias a estas conclusiones cabe decir, en primer lugar, que en caso de que, por razón de la propia mecánica registral, por lo oneroso de la titulación —sobre todo en el aspecto tributario, en el que el legislador fiscal parece olvidar a veces que la consecución del Estado de Derecho prima sobre la finalidad recaudatoria—, o por otras razones, se estimase excesivo la apertura de folio independiente y la constancia en los libros ordinarios de todos los actos y contratos referidos, si se tiene en cuenta las vicisitudes que puede sufrir la construcción (con la consiguiente modificación del proyecto y régimen horizontal primitivos) o las propias titularidades (supuestos de transmisión, sucesión, embargo, resolución, etc.), pudiera arbitrarse la fórmula de llevar a un libro especial y auxiliar tales actos, hasta que por la definitiva conclusión de las obras y consolidación del régimen de Propiedad Horizontal y de las transmisiones efectuadas, éstas puedan acceder a los libros ordinarios del Registro a través de su inscripción definitiva.

Por iguales razones, atendiendo a la provisionalidad de la protección, que posteriormente se confirmará o no, podría prescindirse de momento de una radical exigencia formal, como ocurre en alguna de las legislaciones antes examinadas, e incluso en la nuestra en materia de anotación de créditos refaccionarios o constatación del derecho de retorno. En este sentido, podría bastar para extender la anotación la solicitud de los contratantes, por ejemplo, ajustada a un modelo oficial, cuya numeración podría estar ya consignada en la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal. De esta forma, o en otra que reglamentariamente se determine, quedaría aplazada hasta el momento de la perfección definitiva del contrato y su inscripción en el Registro la aplicación del principio de legalidad, en su doble vertiente de exigencia de la forma pública y minuciosa calificación registral.

Para terminar, estimo que estas conclusiones pueden ser viables para resolver el grave problema planteado: Además, sirvan o no para algo práctico espero hayan sido consecuentes con nuestra vocación de juristas y con la consideración de que el Registro de la Propiedad, al que profesionalmente sirvo —pero siempre subordinado a tal vocación—, tiene una misión más amplia e importante que cumplir que la publicidad y protección de los típicos derechos privados. Decir a cada uno lo que es suyo —y también lo que es de los demás o de la colectividad— sobre la base real de las fincas inscritas, publicando su completo historial jurí-

dico, con todas las limitaciones que puedan afectarle, no sólo proporciona una base firme de contratación, sino que ayuda a crear la necesaria conciencia pública en orden a la seguridad de las relaciones inmobiliarias, evitando posibles litigios y fraudes y contribuyendo a que las ciudades, pueblos y barriadas de nueva construcción sean entorno vital de acuerdo con lo que el hombre y la sociedad actual demandan.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad

Panorama del sistema inmobiliario alemán

SUMARIO: I. *Evolución histórica*: La publicidad inmobiliaria en el Derecho romano y en el Derecho germánico.—El fenómeno de la Recepción en los siglos XI y XIV.—El resurgimiento del Derecho germánico en el siglo XVII.—El Edicto de 1693. La Ley Hipotecaria y Concursal. La Ley Territorial e Hipotecaria.—La Ley Común Hipotecaria de 1783 y el Código Prusiano de 1794.—El fenómeno de la multiplicidad legislativa del siglo XIX.—Las disposiciones hipotecarias de 1872.—El Código Civil alemán de 1896 y la Ordenanza Inmobiliaria de 1897.—II. *La organización de los Registros*: Funcionarios registrales.—Competencia especial.—Libros registrales: el Libro Inmobiliario, el Libro Diario, la Lista de Entradas, las Hojas Manuales, el Índice de Propietarios, las Actas Registrales.—Bienes inscribibles; el proceso de inscripción.—Asientos registrales: a) Inscripciones y cancelación. b) Prenotaciones y asientos de contradicción. c) Notas y prenotaciones cancelatorias. La rectificación del Registro.—Publicidad del Registro.—Prescripción y Registro.—III. *Los principios inmobiliarios*: Introducción.—Los principios de rogación, consentimiento, acuerdo real, inscripción, prioridad, tracto sucesivo, especialidad, legitimación y fe pública.—IV. *La Ordenanza Inmobiliaria Alemana*: Sección 1.ª Disposiciones generales.—Sección 2.ª Inscripciones en el Libro Registral.—Sección 3.ª Cédula hipotecaria, de deuda territorial y de deuda de renta.—Sección 4.ª Recursos.—Sección 5.ª Modo de proceder la Oficina registral en casos especiales.—Capítulo I. Obligación de rectificar los libros registrales.—Capítulo II. Cancelación de inscripciones sin objeto.—Capítulo III. Clarificación del rango.—Sección 6.ª Disposiciones transitorias y finales.

I. EVOLUCION HISTORICA

Dos figuras reflejan la indiferencia del Derecho romano por la publicidad inmobiliaria: la *tacita hypotheca (in qua Lex fingit conventionem partium)* y la *reivindicatio utilis*, que no se detenía ante un tercero que hubiese confiado en la apariencia; y una razón última la justifica: la escasa trascendencia de la distinción entre bienes muebles e inmuebles. Todos los antecedentes que se han querido encontrar a la institución registral son inexactos: el Registro del Censo tuvo un carácter exclusivamente fiscal; las *tabulae* o inscripciones lapidarias tuvieron, según la moderna doctrina, una misión de mero reclamo comercial, diri-

gidas generalmente a resaltar la libertad del fundo, más que a reconocer sus gravámenes; los *Codices accepti et expensi* sirvieron a una finalidad exclusiva de organización doméstica.

El Derecho romano tuvo un primer momento de formalismo contractual: *mancipacio, in iure cessio, adiudicatio, assignatio...*, pero de un formalismo no meramente publicitario, sino esencial o constitutivo. También el Derecho germánico tuvo esa primera fase ritualista; sin embargo, esta coincidencia tuvo lugar en una fase primitiva de ambas culturas. Cuando la civilización romana y la germánica fueron evolucionando, y se fueron perfilando los caracteres de ambos pueblos, tan distintos étnica, social y políticamente, su desarrollo jurídico deviene divergente. La mitología, que es la creación más grandiosa de una colectividad, refleja gráficamente la mentalidad de un pueblo. Si se comparan los rasgos de la mitología germánica y la mitología romana, se observan los mismos rasgos en otra de las grandes creaciones colectivas: el Derecho. La mitología germánica es mágica y simbólica, toda ella gira en torno a objetos representativos; recuérdese, entre otros muchos ejemplos, la piedra preciosa que, en el *Alexanderlied*, representa a la vida; el Grial, que en todas las obras del ciclo bretón representa la fuente de vida eterna; el anillo de Brünhild, que en el *Nibelungenlied* representa la infidelidad; la espada desnuda entre los cuerpos de Sigurd y Brynhild, que en la *Völsunga Saga* representa al honor. Además, todo un género literario, los *kenningar*, consiste precisamente en una serie de símbolos a los que se busca una significación real. Pues bien, el Derecho germánico tiene estos mismos rasgos de magia y simbolismo: piénsese en la entrega del *wadium*, en la rotura de la *festuca*, la transmisión *mit Halm und Mund*, el *exitus*, el *vinum testimoniale*... La mitología romana es, por el contrario, conceptual, espiritual, misteriosa —pero no mágica—, e iguales rasgos tienen sus manifestaciones jurídicas (1).

Por esta característica simbólica de lo germano, cuando el Derecho romano ha culminado ya su evolución liberadora y espiritualista, en plena Edad Media, el Derecho germánico continúa arastrando trastos y cachibaches: ramas, guantes, varias, lanzas, puñales, terrones... Y si, por obra de la *Übernahme* o *Rezeption*, entra en el Derecho germánico la figura de la *traditio per chartam*, las normas de ese Derecho exigen que, junto con el documento, se entreguen símbolos representativos de la finca.

Hacia el siglo XII, la formalidad de la tradición mediante actos y ri-

(1) En esta línea, ERNST JÜNGER ve en el contraste entre «la cisterna» y «la fuente» la representación de la antítesis de los mundos romano y germánico («Dalmatinischen Aufenthalt»). EUGENIO D'ORS habla —creemos que en este sentido— del elemento Figura, en oposición al elemento Corriente.

tualidades externas, se convierte en la formalidad de insertar el acta de investidura judicial (*gerichtliche Auflassung*) o el documento negocial (*aussergerichtliche Auflassung*) en un Registro público. Los «Libros Territoriales» de Colonia se remontan al año 1135, los de Magdeburgo a 1215, los de Lübeck a 1227, los de Hamburgo a 1270, los de Dortmund a 1332 y los de Munich a 1347. Sus antecedentes próximos están en los *Kopialbücher* de los monasterios y los *Traditionsbücher* de los señores feudales, que, según SCHRÖDER, sustituyen a aquéllos en el siglo x. Los *Kopialbücher* se remontan, según AUBERT, al siglo VIII. Las *Landtafeln* se generalizan, desde Hamburgo a Viena y desde Bremen a Lübeck, atribuyendo a las inscripciones un valor probatorio y, en algunos casos, constitutivo: así en Bohemia, Polonia y Silesia. Pero como afirman RICHTER, BENDEL y SIMMERDING, el verdadero antecedente del moderno Registro hay que situarlo en Munich, y concretamente en 1484, en que se instaaura el sistema de folio real.

Con la recepción del Derecho romano y su sistema traslativo del dominio, el régimen inmobiliario germánico sufre un grave quebranto. En la doctrina científica se produce una enconada discusión, que recuerda la que, siglos más tarde, enfrentaría a THIBAUT y SAVIGNY: el jurisconsulto CARPZOW, apoyado en el *heimisches Recht*, exige la concurrencia de tradición e inscripción para la transmisión del dominio, mientras que el jurisconsulto FRANTZKIUS, esgrimiendo el Derecho romano, considera suficiente la tradición. En las legislaciones particulares se produce mayor desacuerdo: Mecklemburgo exige únicamente tradición; Wurtemberg, tradición para la transmisión del dominio, pero inscripción para la constitución de derechos reales; Sajonia vuelve a la *gerichtliche Auflassung*, pero con una curiosa peculiaridad: el enajenante cede la finca al Juez, y es éste, a su vez, quien la transmite al adquirente, y en ningún caso se exige la inscripción; Hamburgo requiere conjuntamente investidura judicial e inscripción, y, finalmente, los territorios más romanizados, como Alsacia y Lorena, admiten la transmisión por simple consentimiento seguido de tradición, y atribuyen a la inscripción un único valor de oponibilidad.

El fenómeno de la *Rezeption* ha sido estudiado por algunos autores españoles (FRANCISCO HERNÁNDEZ-GIL, ANGEL CRISTÓBAL MONTES), que han tratado de explicarlo por diversas razones que analizan: la insuficiencia de los Ordenamientos territoriales, el entusiástico retorno a lo clásico del Renacimiento, la influencia de la Escuela de Bolonia, la aplicación del Derecho romano por los Tribunales de Justicia, la consideración del Derecho romano como fuente supletoria, la enseñanza de ese Derecho en las Universidades alemanas... HEINRICH MITTEIS y HEINZ LIEBERICH, en su *Deutsche Rechtsgeschichte*, señalan, sin embargo, tres

causas distintas y más generales que las enumeradas: a) La concepción de la monarquía alemana como reencarnadora del Imperio romano, y la consideración de sus reyes como trasuntos de los césares romanos. b) La atomización de los Ordenamientos germánicos. c) El arcaísmo de las normas procesales. Puntualizan MITTEIS y LIEBERICH que la razón, reiteradamente sostenida en la doctrina, de que el Derecho germánico satisfacía menos las necesidades del tráfico en el primer capitalismo que el Derecho romano, es falsa y precisamente antitética: el Derecho romano estaba técnicamente más desarrollado, pero prácticamente menos adaptado a las necesidades del tráfico mercantil.

Pero el problema de la *Rezeption* es más complejo de lo que ordinariamente suele considerarse. La doctrina alemana distingue dos tipos o fases de recepción del Derecho romano: la *Vorrezeption* («pre-recepción») y la *Hauptrezeption* («recepción principal»), que algún autor ha propuesto llamar, con mayor exactitud, «recepción teórica» y «recepción práctica». Efectivamente: la primera recepción, ya en el siglo XI, es meramente teórica, llega al pensamiento de los juristas alemanes a través de los glosadores, pero no llega al Derecho positivo. La segunda recepción, en el siglo XIV, tiene ya una importancia práctica, llega a los alemanes a través de los postglosadores, y cristaliza en normas jurídicas. Además, un hecho fundamental hace que esta segunda recepción tenga una dimensión trascendental: la creación, en 1495, del *Reichskammergericht*, que nació con el designio de juzgar sobre la base del Derecho romano. No obstante, se planteó entonces una de tantas antinomias en que se debatió dramáticamente el Derecho alemán hasta el pleno renacimiento del Derecho germánico: el *Reichskammergericht* debía resolver los litigios con normas de Derecho romano, pero incidentalmente la denominada «cláusula salvadora» daba preferencia a los usos y costumbres germánicos. Y contra estas normas autóctonas se alzaba el inflexible *statuta sunt stricte interpretanda*.

Para realzar más irregularidad del fenómeno de la *Rezeption* diremos que Schleswig-Holstein y Suiza no se sometieron al *Reichskammergericht*, y que Sajonia se aferró sin concesiones a su Derecho histórico frente a los intentos unificadores de Maximiliano I.

En el siglo XVII tiene lugar un brioso resurgimiento del Derecho germánico, que irrumpe precisamente en el ámbito del Derecho inmobiliario. Aparecen de nuevo los Registros inmobiliarios, propiciados además por la necesidad de reorganizar jurídicamente el suelo alemán tras la devastadora guerra de los Treinta Años (que produjo, en palabras de PETER GANTZER, «una de las mayores crisis dinerarias y crediticias de la historia alemana»). Don BIENVENIDO OLIVER aduce una razón psicológica íntimamente relacionada con la anterior, y nada desdeñable: «los vehemen-

tes deseos de trabajar que animaba a un pueblo laborioso y honrado, que carecía en absoluto del capital necesario para acometer cualquier empresa», es decir, la actitud típicamente alemana de enfrentarse con abnegación a la catástrofe, y lograr el fenómeno que, repetido tres siglos más tarde, se denominaría *Wiederaufbau*. La nueva regulación registral contó, además, con la especial sensibilidad jurídica de los monarcas prusianos: primero el Gran Elector Federico Guillermo, que inició la reforma del régimen inmobiliario con el Edicto de 28 de septiembre de 1693, en el que ordenó la creación de un «Libro Jurídico y Catastral», el *Erb und Lagerbuch*. En él debían inscribirse las fincas, sus titulares, las hipotecas y los acreedores hipotecarios. Se suprimían las hipotecas tácitas y generales, y se declaraba nulo todo título adquisitivo no inscrito. Finalmente, los libros se declaraban públicos, sin limitación alguna.

El rey Federico I trató de extender a todos sus Estados el Edicto de 1693, promulgando la Pragmática de 20 de septiembre de 1704. Pero la aclimatación de las normas hipotecarias no fue fácil, y no puede afirmarse, como lo hace don BIENVENIDO OLIVER, que «el moderno sistema hipotecario ha brotado en Prusia naturalmente, sin imposición ni resistencia». Las disposiciones de 1693 y 1704 no tuvieron apenas aplicación práctica, y fueron derogadas poco tiempo después.

Federico Guillermo I reemprendió la reforma inmobiliaria promulgando una «Ley Hipotecaria y Concursal» (*Allgemeine Hypotheken und Konkursordnung*), que ordenaba el establecimiento de Registros en todas las poblaciones del Reino, reiteraba el principio de inscripción constitutiva para la adquisición del dominio y el establecimiento de hipotecas, y consagraba el principio de prioridad.

Pero tampoco tuvo arraigo esta primera disposición hipotecaria de rango legal, y Federico II —cuyos juristas se debatieron entre concepciones y proyectos romanistas y germanistas—, tras la publicación del *Corpus Iuris Federiciani*, promulgó la «Ley Territorial e Hipotecaria» (*Land und Hypothekenordnung* de 1750), que se basaba en principios radicalmente opuestos a los del *Corpus*, y que trató de ensayar en la recién conquistada Silesia. Pero en Silesia no se cumplió la Ley de 1750, y menos en los demás territorios a los que extendió su aplicación en un Rescripto posterior.

Ante la ineficacia de la nueva ley, se encargó un proyecto al jurisconsulto GERMERHAUSEN, que Federico II promulgó el 20 de diciembre de 1783. Merece especial atención esta «Ley Común Hipotecaria» (*Allgemeine Hypothekenordnung*), porque constituye uno de los jalones fundamentales de la evolución del Derecho hipotecario. La Ley prusiana de 1783 consta de 457 artículos, agrupados en cuatro títulos, que tratan, respectivamente, de los libros registrales, del modo de llevar los Registros, del

procedimiento de registración y de la apertura de nuevos Registros y reconstrucción de los destruidos. Respecto a su contenido, pueden destacarse como innovaciones fundamentales: ampliar el ámbito del Registro, admitiendo a inscripción tanto actos *inter vivos* como *mortis causa* relativos al dominio y derechos reales; ampliar el principio de legalidad, ordenando a los Tribunales la calificación de la forma y el contenido de los documentos; consagrar dos tipos de asientos —*Einschreibung* y *Protestation*—, que vienen a ser aproximadamente inscripción y anotación, y proclamar terminantemente el principio de legitimación: el artículo 92 declara, con una formulación que atravesaría los siglos y las fronteras, que «aquel que tiene inscrito su título posesorio sobre una finca, ha de ser reputado como verdadero y único propietario».

Pero surge en este momento de la evolución jurídica una nueva antinomia: las normas hipotecarias prusianas —de clara raigambre germánica— resultaban en abierta contradicción con las normas civiles, de inspiración romana. Ello daba lugar a la práctica inaplicación de las normas registrales y a la necesidad de una inminente reforma del Derecho civil. Esta no se llevaría a cabo, sin embargo, hasta once años después, el año 1794, en que se promulgaría el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Se trata de una obra monumental, de cerca de 20.000 artículos, que no reduce su objeto al Derecho civil, sino que se extiende también a algunas materias de Derecho administrativo y de Derecho penal.

Reduciéndonos a la regulación civil del Código de 1794, no cabe atribuir a éste una filiación exclusivamente germánica. Nos encontramos de nuevo ante la antinomia de dos fuerzas en tensión: el legislador cedió a la poderosa fuerza romanística en materia de adquisición del dominio, exigiendo «título y modo», y no supo resistir la exigencia autóctona, que imponía considerar la inscripción como un «modo de adquirir». De esta manera se llega a un sistema ecléctico, que considera como «modos» tanto la entrega como la inscripción. Y por esta decisiva ambigüedad, las normas inmobiliarias del Código de 1794 resultaron inútiles e infecundas. Cabe señalar, sin embargo, un avance importante: la formulación precisa, en el artículo 8, del principio de fe pública (que pasaría al artículo 34 de nuestra primera Ley Hipotecaria, con la misma característica de omitir la necesidad del carácter oneroso de la adquisición del tercero). A pesar de imponer la obligatoriedad de la inscripción, y de establecer importantes sanciones para caso de incumplimiento, los propietarios no acudieron al Registro.

El Código de 1794 tuvo dos importantes reformas: el Apéndice de 1802, que crea la deuda territorial de propietario, y la Resolución de 1831, que —rindiéndose a la evidencia— suprime la obligatoriedad de la inscripción.

La evolución legislativa del Imperio austríaco es paralela a la prusiana. En el mismo año de 1794, concretamente el 22 de abril, se promulga la Ley Hipotecaria, que gravita en torno a la eficacia constitutiva de la inscripción, y en 1811 se publica el Código Civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreichs*), menos ambicioso en su contenido que el Código prusiano, pues se limita a las materias civiles, y más coherente con la legislación hipotecaria vigente a la sazón, pues reitera la eficacia constitutiva de lo que denomina *Einverleibung*; según el artículo 431: «Para la transmisión del dominio de bienes inmuebles debe inscribirse el contrato de adquisición en los libros públicos destinados a ello. Esta inscripción recibe el nombre de *Einverleibung* o *Intabulatio*».

La actividad legislativa de Prusia y Austria estimula rápidamente a las pequeñas e inquietas Cortes alemanas y a los múltiples Cantones suizos: en el lustro que va desde 1851 a 1856, se promulgan ocho leyes hipotecarias en Alemania, y entre 1831 y 1850, se publican las normas registrales de cada uno de los Estados de la Confederación Helvética.

Es necesario resaltar este fenómeno de multiplicidad legislativa que sufre el Derecho inmobiliario germano en el tercer cuarto del siglo XIX; multiplicidad que es, en muchos casos, radical oposición de sistemas (compárese la legislación hipotecaria bávara con la pomerana, o la de la República de Weimar con la del Principado de Waldek). ¿Tiene sentido, en estas circunstancias, hablar de una «influencia germánica» de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861? Evidentemente, no, y las razones son fundamentalmente:

a) Que no existen características comunes que puedan predicarse de los diversos ordenamientos hipotecarios vigentes en Alemania al tiempo de la elaboración de la Ley de 1861.

b) Que el sistema que podríamos considerar más representativamente germánico —el de Prusia— tiene en su articulación normas tan contradictorias que difícilmente puede derivarse de él una influencia concreta.

c) Que los llamados «principios hipotecarios germánicos» no se formulan con rigor hasta 1872 (2), primera Ley Hipotecaria de aplicación general (aunque con salvedades), promulgada dos años después de la unificación de Alemania, y once después de la promulgación de nuestra primera Ley Hipotecaria.

Hay que buscar, por tanto, las raíces de nuestra primera Ley Hipote-

(2) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen segundo, pág. 257, y «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», estudio introductorio a las *Leyes hipotecarias y registrales de España*, publicadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores, pág. 11.

caría en otro sistema extranjero (sin negar, por supuesto, la raigambre hispánica de la Ley del 61 —que pusieron de manifiesto LA RICA, SANZ FERNÁNDEZ y RAMOS FOLQUES, entre otros autores, y que resulta especialmente clara estudiando las olvidadas disposiciones fiscales de 31 de diciembre de 1829, 29 de julio de 1830, 17 de octubre de 1936, 23 de mayo de 1845 y 26 de noviembre de 1852, de tan decisiva trascendencia hipotecaria— ni las influencias parciales de la Ley prusiana de 1783), sistema en que, lógicamente, habrían de confluir elementos germánicos y elementos romanos. Para NÚÑEZ LAGOS este sistema inspirador es el de la Ley belga de 1851. AMORÓS GUARDIOLA ha negado, sin embargo, esta pretendida filiación belga de la primera Ley Hipotecaria española, al menos en cuanto a la influencia que haya podido ejercer en el principio contenido en el artículo 23 (hoy 32).

DÍEZ-PICAZO ha demostrado la influencia decisiva del Proyecto ginebrino de 1827 o «Proyecto Bellot» en los legisladores de 1861 (VILLARES PICO lo había apuntado ya en el curso de conferencias sobre Derecho inmobiliario registral celebrado en 1952, al estudiar los principios hipotecarios en la Ley Hipotecaria de 1861). Como pone de relieve el profesor DÍEZ-PICAZO, esta influencia no se manifiesta sólo en cuestiones de principio (titulación pública, prescripción tabular y contratabular...), sino también en cuestiones de detalle (extensión de la hipoteca respecto de los intereses vencidos, forma de descripción de los inmuebles...) (3).

Antes de la importante Ley Hipotecaria de 5 de mayo de 1872, y las tres disposiciones complementarias promulgadas en la misma fecha, se dictaron en Alemania diversas disposiciones que, si bien no atañen directamente a la materia hipotecaria, contribuyen a darle su perfil definitivo:

- La Ley prusiana de 1857, que crea el Catastro Inmobiliario y da lugar a que la ordenación de las fincas en los libros registrales no se haga ya por el orden alfabético de sus denominaciones (como ordenaba el parágrafo 128 de la Ley Hipotecaria), sino por el orden numérico con que aparecen señaladas en el Catastro.
- Las Ordenanzas Fiscales bávaras de 1810 y 1852, que imponen la obligación de realizar todos los contratos relativos al dominio o derechos reales inmobiliarios en documento público.
- La Ley bávara del Notariado de 10 de noviembre de 1861, que

(3) La atención y valoración del citado texto por la doctrina decimonónica se refleja claramente en el «Informe sobre Registro de Hipotecas», emitido en 1849 por el Fiscal del Tribunal Supremo, don JOAQUÍN JOSÉ CASADO: «El mejor proyecto de ley que se conoce sobre la materia de que se trata es tal vez el de Ginebra, presentado en 1827...»

impone concretamente la forma notarial para los contratos inmobiliarios.

La Ordenanza Inmobiliaria de 1872, que surge escoltada por la Ley sobre adquisición del dominio y la Ley sobre división de bienes raíces, fija de forma clara el régimen jurídico de los inmuebles y la organización del Registro:

- El artículo 9 consagra al tiempo los dos principios básicos del sistema, al decir que: «Toda inscripción de propiedad puede ser atacada conforme a las reglas del Derecho civil; si la inscripción fuese anulada por sentencia firme, esta anulación no perjudicará a los terceros que, confiados en la inscripción, hubiesen adquirido derechos sobre el inmueble a título oneroso y de buena fe».

- Se impone la plena coordinación de dos libros: el *Flurbuch* o libro catastral y el *Grundbuch* o libro registral. La primera inscripción de cada finca es un simple traslado de los datos físicos consignados en el Catastro.

- Como requisito previo a la inscripción se exige *Auflassung* o investidura, que se descompone en dos declaraciones: 1.^a El propietario inscrito declara que consiente en que se practique la inscripción a favor del nuevo adquirente. 2.^a El nuevo adquirente manifiesta que solicita su inscripción. Ambas declaraciones deben hacerse consecutivamente en presencia del Juez-Registrador, que levantará acta de ello e inmediatamente practicará la inscripción.

- La inscripción tiene, en algunos casos, valor constitutivo. Según el artículo 1.º: «La propiedad de un inmueble sólo se adquiere mediante una inscripción hecha en el libro registral a consecuencia de una investidura». Y el artículo 12 de la Ley sobre adquisición del dominio excluye la eficacia constitutiva de la inscripción tratándose de derechos reales.

- Se reconocen dos clases de hipotecas: la ordinaria o libraria (*Buchhypothek*) y la territorial o cédular (*Grundschuld*). Esta última no tiene carácter accesorio, pues no depende de ninguna obligación preexistente. Puede documentarse en cédula, y negociarse a la orden mediante endoso.

Cuando la Comisión nombrada por el *Reichstag* para la elaboración de un Código Civil general para todo el territorio alemán inició su tarea, pensó incluir en aquél toda la regulación hipotecaria. El desarrollo de las cuestiones puramente formales resultó, sin embargo, impropio de la **Primera Ley Civil**, y se optó por dedicarle una ley independiente. Al año siguiente de promulgarse el Código Civil en 1897, se promulgó la **Ordenanza Inmobiliaria**. Ambas leyes entraron en vigor el 1 de enero de 1900.

El Código Civil alemán dedica al Derecho hipotecario material (según la expresión habitual de los tratadistas alemanes) la sección 2.^a del libro III. En ella se consagra, en primer lugar, el principio de acuerdo real (parágrafo 873); se permite a continuación que la inscripción remita al consentimiento formal para la más detallada determinación del contenido del derecho inscrito (parágrafo 874); se regula la extinción de derechos, exigiendo para la misma declaración de abandono y cancelación del asiento (parágrafo 875), y tratándose de derechos gravados, el consentimiento del titular del gravamen (parágrafo 876), y se declara la aplicación análoga de las normas anteriores a las modificaciones del contenido de un derecho inmobiliario.

El parágrafo 878 consagra el automatismo del procedimiento registral, y los párrafos 879 a 881 regulan el principio de rango y la permuta y reserva de rango. A continuación se determinan los supuestos y efectos de las anotaciones preventivas (párrafos 883 a 888), la regla de no consolidación tratándose de derechos inmobiliarios (parágrafo 889), la agrupación y agregación de fincas (parágrafo 890) y los principios de legitimación (891) y fe pública (892 y 893), para terminar con una regulación detallada de la rectificación del Registro (894 a 899) y de la prescripción tabular (900 a 902).

La Ordenanza Inmobiliaria de 1897 fue redactada de nuevo en 1935, introduciéndose importantes modificaciones, y cinco días después, el 8 de agosto de 1935, se dictaron dos normas complementarias: el Decreto sobre la ejecución de la Ordenanza Inmobiliaria y el Decreto sobre organización y llevanza del libro registral. La primera disposición consta de veinte párrafos y cuatro capítulos: I. Competencia objetiva de los Registradores. II. El inventario oficial. III. La apertura de folios registrales. IV. Disposiciones transitorias y finales. La segunda disposición, llamada comúnmente *Grundbuchverfügung*, consta de setenta y tres párrafos, agrupados en catorce capítulos, que tratan de: I. Las circunscripciones registrales. II. El folio registral. III. Las inscripciones. IV. Las actas registrales. V. El cambio de competencia de los Registros respecto de una finca. VI. La transcripción de los libros registrales. VII. La cancelación del folio registral. VIII. La eliminación de la doble inmatriculación. IX. El contenido de las inscripciones. X. Manifestaciones y copias. XI. Cédulas hipotecarias, de deudas territoriales y de deudas de renta. XII. El folio dedicado al derecho de superficie. XIII. La nota relativa a los hogares familiares (*Reichsheimstätten*). XIV. Disposiciones transitorias y finales.

Desde su promulgación, el Código Civil alemán ha sufrido setenta y ocho reformas, veinte de ellas en la pasada década de los setenta, y va-

rias de ellas afectantes directamente a la materia hipotecaria. La *Grundbuchordnung* ha sido modificada en seis ocasiones: en 1938, en 1942, en 1963, en 1974 y en 1977, y el Decreto sobre su ejecución en otras tres: en 1963, en 1974 y la reciente de 1980, y la *Grundbuchverfügung* en otras siete, la última en 1977. Entre las normas reformadoras hay que destacar:

— El Decreto sobre introducción del Catastro como «Inventario oficial» (en el sentido del párrafo 2.º del parágrafo 2 de la Ordenanza), de 23 de enero de 1940.

— El Decreto sobre reconstrucción de Registros y documentos destruidos, de 26 de julio de 1940.

— El Decreto sobre simplificación de la práctica registral, de 5 de octubre de 1942.

— La Orden del Ministerio Federal de Justicia sobre uso de hojas movibles, de 26 de junio de 1961.

— La Ley sobre medidas en materia de Registro, de 20 de diciembre de 1963.

— La Orden del Ministerio Federal de Justicia sobre contratos relativos a la propiedad horizontal, de 1 de agosto de 1951.

— La Ley sobre modificación de los Registros de bienes e inmobiliario, de 22 de junio de 1977.

— Las importantes Leyes sobre Documentación negocial y Administración de Justicia, ambas de 1969, que modifican también en diversos puntos el Código Civil alemán.

II. ORGANIZACION DE LOS REGISTROS

Funcionarios registrales («Grundbuchbeamte»)

La Ordenanza de 1897, en su primitiva versión, sólo había determinado que los libros registrales fuesen llevados por Registradores. El nombramiento de éstos y las competencias concretas que pudieran corresponderlas se dejaban al arbitrio de los distintos Ordenamientos territoriales.

Al darse nueva redacción en 1935 al parágrafo 1.º, se ordenó, sin embargo, con alcance general para toda Alemania, que los Registros fuesen llevados por los Juzgados de Primera Instancia. Sólo existen en la actualidad dos excepciones a esta regla general: la de Württemberg, en que los Registros están a cargo de los «Notarios de Distrito» (*Bezirk-*

snotare), clase profesional que sólo existe en ese concreto territorio, y que comparte, con los llamados «Notarios de dedicación exclusiva» (*Nurnotare*) y los «Notarios Estatales» (*Staatliche Notare*) el ejercicio de la fe pública. Y la de Baden, en que son estos «Notarios Estatales» quienes tienen encomendada la dirección de los Registros.

En la República Democrática Alemana, la institución registral, que ha sido recientemente regulada de nuevo por el Código Civil que entró en vigor el 1 de enero de 1976 y la Ordenanza de 6 de noviembre de 1975, está a cargo del Consejo Municipal, y dentro de él, de la Sección Catastral.

Hasta época reciente, los Registros de la Alemania Federal, que, como hemos dicho, están englobados en los Juzgados de Primera Instancia, se encomendaban a los *Grundbuchrichter*, expresión que nuestra doctrina venía traduciendo, desde don JERÓNIMO GONZÁLEZ, por «Jueces territoriales». Pero desde la promulgación de la *Rechtspflegergesetz* o Ley sobre Administración de Justicia de 5 de noviembre de 1969, casi todas las funciones registrales de los Jueces territoriales están encomendadas a los *Rechtspfleger*, «administradores de Justicia», «funcionarios de la administración judicial con ciertas funciones en la jurisdicción voluntaria» (CREIFELDS). Para acceder a este grado profesional se exige un servicio preparatorio de tres años, de los cuales dieciocho meses, al menos, han de estar dedicados a un curso especializado; a continuación ha de superarse un examen. Este funcionario actúa con absoluta independencia, y sin más sometimiento que a la ley. No obstante, se han reservado en la reforma de 1969 algunas competencias registrales al Juez de Primera Instancia, pues el *Rechtspfleger* debe acudir a su consulta en los casos que enumera la *Rechtspflegergesetz*: cuando pretenda apartarse de un criterio sostenido reiteradamente por el Juez. cuando se encuentre con dificultades técnicas que no pueda superar, cuando deban aplicarse o tenerse en cuenta normas de Derecho extranjero y cuando se trate de cuestiones que sobrepasen el ámbito de la jurisdicción voluntaria. La omisión de esta consulta no produce, sin embargo, efecto alguno sobre el negocio calificado (4).

La función del Registrador consiste en calificar el documento —con la amplitud que luego veremos— y emitir las «órdenes de inscripción», que deben hacerse por escrito y con firma, o bien decretar la suspensión (*Zwischenverfügung*) o la denegación (*Antragsrückweisung*). Para evitar que una solicitud de inscripción suspendida pierda el rango que le corresponda según el momento de su presentación, la Ordenanza Inmobiliaria

(4) Para un examen más detenido de la figura del «Rechtspfleger», véase nuestro comentario a los «Rechtspfleger-Studienbücher», dirigidos por EICKMANN, de próxima publicación en el *Anuario de Derecho Civil*.

(parágrafo 18) ordena que se practique de oficio a su favor una prenotación o un asiento de contradicción.

En la «orden de inscripción» (*Eintragungsverfügung*) debe expresar el Registrador todos los datos que deba contener el asiento. Esta regla tiene, sin embargo, dos excepciones: cuando se presenten diversas solicitudes con escasa variación de contenido o cuando deba inscribirse literalmente un documento, en que el Registrador se limitará a indicar los nuevos datos o a ordenar la transcripción de documento.

El Registrador debe firmar la inscripción una vez practicada. A la derecha de esta firma estampará la suya, en cada asiento, el Secretario del Registro.

Desde la Ley de Documentación de 1969, el Registrador ha perdido dos importantes competencias, que corresponden ya íntegramente al Notariado: la autorización de documentos y la legitimación de firmas en asuntos relativos al Registro. Únicamente puede el Registrador levantar acta de las solicitudes de inscripción, para las que no se exija una forma determinada.

El *Rechtspfleger* puede incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria:

Incurre en responsabilidad civil cuando dolosa o culposamente incumple una obligación profesional instada por un tercero. La acción de responsabilidad sólo puede dirigirse por el particular, sin embargo, contra el *Land* o Estado Federado, quien podrá posteriormente repetir contra el Registrador. No se aplica, por tanto, la regla general del parágrafo 839 BGB, que impone la responsabilidad directa del funcionario público.

Incurre en responsabilidad penal cuando infringe un precepto del SGB, y especialmente los parágrafos 267 y siguientes, que regulan la falsificación de documentos.

Incurre, finalmente, en responsabilidad disciplinaria cuando comete una grave falta profesional o reiteradas faltas leves.

Otros funcionarios registrales de más limitadas competencias son el Secretario del Registro (*Urkundsbeamte*) y los Oficiales.

Las funciones fundamentales del Secretario consisten en practicar las inscripciones ordenadas por el Registrador y firmarlas junto a él. Además, el Secretario tiene una serie de funciones que ejerce con independencia, y que enumera el parágrafo 4 del Decreto para la Ejecución de la Ordenanza Inmobiliaria:

- a) La autorización de copias de los libros registrales.
- b) El consentimiento para la consulta de los libros registrales.
- c) La práctica de notificaciones en los casos previstos en la ley.
- d) La solicitud de documentos a otras autoridades.

e) La extensión de determinadas notas en los libros, como las de concurso o procedimiento ejecutivo.

f) La rectificación de inscripciones en lo relativo a nombre, profesión y domicilio de los titulares registrales.

En estos dos últimos casos, los asientos deben ir firmados no sólo por el Secretario, sino también por uno de los Oficiales.

Competencia espacial

La competencia del Registro se extiende a todo el Partido del Juzgado de Primera Instancia (5) al que pertenece. Esta competencia es territorial: recae sobre todas las fincas del *Bezirk* o circunscripción, independientemente de los propietarios y su domicilio.

Excepcionalmente, esta regla general de competencia se altera en los casos de fincas radicantes en circunscripciones de diversos Registros, en que el Tribunal Superior común (Audiencia Provincial o Territorial) decidirá la Oficina competente, atendiendo a las reglas del párrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

Libros registrales

Los libros fundamentales llevados en el Registro lo constituyen los *Grundbücher* (literalmente, «Libros Inmobiliarios»), que por una sinécdoque habitual dan nombre a la propia Institución del Registro. Los Libros Inmobiliarios pueden ser de dos tipos: encuadernados (*feste Grundbücher*) o de pliegos móviles (*Loseblatt-Grundbuch*), introducidos

(5) «Amtsgericht» significa literalmente Tribunal «oficial» o Tribunal de «oficio», sin que exista en la organización judicial española una institución paralela. Su regulación se contiene en los artículos 22 y siguientes de la «Gerichtsverfassungsgesetz», en el que se expone su competencia: resuelven los procesos civiles de primera instancia en asuntos de cuantía no superior a 3.000 marcos, y los asuntos relativos a sucesiones, concursos y filiación (sus funciones como «Tribunal de Tutelas» y «Tribunal de familia» pueden examinarse con más detalle en nuestro artículo «La nueva regulación alemana sobre la patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fascículo III). En materia penal son competentes en trámite de sentencia, no sólo para las faltas, sino también para ciertos delitos «menos graves» y «graves», en la forma que determina el artículo 24 de la citada Ley. A. QUINTANO y J. HEILPERN lo traducen como «Juzgado Municipal», aunque «con las salvedades necesarias» ROCES, al traducir a NUSSBAUM, habla de «Juzgado de Distrito» —ROCA SASTRE utiliza la expresión «Tribunal de Distrito», a pesar de estar a cargo de un «Einzelrichter» o Juez único—. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER consideran más precisa la versión «Juzgado de Primera Instancia» —criterio sostenido igualmente por don JERÓNIMO GONZÁLEZ—. Finalmente, HERBERT J. BECHER («Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache») no opta por una traducción única, consignando diversas acepciones, al igual que lo hacen DAUM, HAENSCH y MORAL («Rechtssprache»), y H. MINK («Fachwörterbuch») traduce «Amtsgericht» por Juzgado de Primera Instancia.

estos últimos por Decreto de 26 de junio de 1961, que distingue, a su vez, dos clases: cuadernillos aislados y folios separables (*Einzelhefte* y *Einlegeblätter*).

Cada tomo encuadernado del Registro consta de 600 páginas; los tomos de hojas móviles tienen un número variable de éstas (según los distintos *Länder*, pues el Decreto de 1961 encomendaba a cada uno de ellos la regulación de este tipo de libros), pero en todo caso sus dimensiones son las del DIN A 4 (210 mm. $\times$ 297 mm.). A cada finca se destinan diez folios, que se distribuyen en las siguientes partes: *a*) cubierta (*Aufschrift*), en que se expresa el Registro, su circunscripción y los datos del libro en su conjunto; *b*) espacio para la expresión de los datos físicos: : número catastral, cabida y edificaciones; *c*) las tres secciones, en que se hace constar: en la primera, el propietario y el título de adquisición; en la segunda, los derechos reales que graven la finca, con excepción de las hipotecas, deudas territoriales y deudas de renta, así como de todas las limitaciones de disponer inscribibles, y en la tercera, las hipotecas, deudas territoriales y deudas de renta, con columnas especiales para la constitución, modificación y extinción. En los libros de hojas móviles, los folios destinados a las diversas partes y secciones tienen colores distintos: gris para la cubierta, blanco para el espacio de datos físicos, y rosa, amarillo y verde para las tres sucesivas secciones. Hay que destacar la peculiaridad de que para asegurar la integridad de los libros mecanizados, cada uno de ellos tiene una cerradura, cuya llave se custodia por el Registrador.

Se ha venido diciendo —con mediana exactitud— que en el sistema inmobiliario alemán no existe un Libro Diario. Sin embargo, el parágrafo 5 de la *Aktenordnung* de 1934 («Reglamento sobre sumarios») ordena que en cada sección del Registro se lleve un Libro Diario (*Tagebuch*) sobre las inscripciones practicadas en los libros. Lo que sucede es que en ese Libro Diario no se hacen constar las presentaciones de documentos (como en el *Tagebuch* austríaco), sino las órdenes de inscripción (*Eintragungsverfügungen*) y las denegaciones de solicitudes (*Zurückweisungen von Eintragungsanträgen*). No se trata, por tanto, de un «Diario de presentación», sino de un «Diario de despacho de documentos», que tiene una finalidad exclusivamente estadística y que permite obtener una idea rápida de la actividad registral.

Los asientos de este Libro Diario se practican por el Secretario, una vez emitida por el Registrador la orden o denegación de inscripción.

Mayor semejanza con el Libro Diario español tiene la «Lista de entradas» (*Eingangsliste*), cuya llevanza puede ordenar el Presidente de la Audiencia Territorial, y que debe ajustarse a las reglas elementales del

parágrafo 21 de la *Aktenordnung*. Pero la exclusiva finalidad de este libro registral es la de permitir al Presidente de la Audiencia un exacto control de que las solicitudes de inscripción se despachan en el plazo debido. No determina la prioridad de los derechos, ni la prioridad en el despacho de los documentos, que en el sistema alemán vienen concretados por la nota que se practica en la solicitud de inscripción.

Sin alcanzar la categoría de libros registrales, pero con un valor de instrumentos que facilitan la función registral, existen también: a) Las hojas auxiliares o manuales (*Hilfsblatt, Handblatt*), en que se copian literalmente las inscripciones y evitan en muchos casos la consulta directa de los libros. b) El índice de propietarios (*Eigentümerverzeichnis*), que puede estar unido o desglosado de la hoja de domicilios (*Wohnungsblatt*). c) Las actas registrales (*Grundakten*), en que se hace referencia a todos los documentos en que se han basado las inscripciones: desde el consentimiento formal y la solicitud de inscripción a esos presupuestos documentales a que se refiere el parágrafo 10 de la Ordenanza Inmobiliaria. En unos casos, la referencia es literal, y en otros, en extracto.

Las actas se redactan en cuadernillos semejantes a los historiales jurídicos del Libro Inmobiliario, y van precedidos de los datos registrales de la finca. Las actas se encuadernan luego en tomos con numeración correlativa.

Bienes inscribibles

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände, dice terminantemente el Código Civil alemán («cosas en sentido legal son sólo los objetos corporales»). Dentro de ellas, las de naturaleza mueble se transmiten a través de acuerdo real y tradición (parágrafo 929), y las inmuebles, a través de acuerdo real e inscripción (parágrafo 873). El antiguo desdoblamiento del acto traslativo, en los períodos franco y medieval (*sala* y *vestitura*, *traditio* y *Gewere*, *Gabe* y *Fertigung*), se repite en el Derecho moderno, y con mayor complejidad; si se tienen en cuenta los presupuestos necesarios para la inscripción, pueden considerarse como actos sucesivos para la transmisión del dominio:

- el acuerdo obligacional,
- el acuerdo real,
- el consentimiento formal,
- la solicitud de inscripción
- y la inscripción.

Pero los requisitos del párrafo 873 no se exigen para *todos* los bienes inmuebles, y, además, no se exigen *sólo* para la transmisión del dominio de tales bienes, sino también para la constitución, transmisión y modificación de derechos reales inmobiliarios.

«Las fincas del Estado Federal, de los Estados Federados, de los Municipios y de las Mancomunidades, de las iglesias, conventos y escuelas, las corrientes de agua, los caminos públicos, así como las fincas que están destinadas a una finalidad viaria de tránsito público», no están sujetas al requisito de la inscripción para ser transmitidas. Ahora bien, esto no significa que no puedan ser inscritas en el Registro. No hay paralelismo entre el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario español y el párrafo 3.º de la Ordenanza Inmobiliaria alemana. En efecto: el párrafo 3.º de la Ordenanza Inmobiliaria continúa diciendo que tales bienes «*podrán* recibir una hoja registral a instancia de los propietarios». En la práctica, la casi totalidad de estos bienes exentos de inscripción están inmatriculados en los Registros alemanes.

El BGB exige también acuerdo real e inscripción para la constitución, transmisión y modificación de derechos reales inmobiliarios. Es conocido el sistema de *nummerus clausus* vigente en Alemania, que reduce los derechos reales inmobiliarios a: las servidumbres prediales y personales, el usufructo, la carga real, los derechos de preferente adquisición, la hipoteca, la deuda territorial y la deuda de renta. Pero este criterio, doctrinalmente sostenido con tesón, tiene algo de falaz o ilusorio por la existencia de una figura, la carga real, que admite los más variados contenidos imaginables. Esta multiplicidad de contenidos de la carga real ha sido característica típica del Derecho medieval: las más variadas figuras (*Dienste, Zehnten, Grundzinsen, Fronden* y otras muchas) se engloban en el concepto de carga real. El BGB se limita a decir hoy en el párrafo 1.105 que una finca puede ser gravada con prestaciones, y LENT y SCHWAB aclaran que la carga real puede tener por objeto prestaciones de dar (dinero o especie) y prestaciones de hacer; las prestaciones pueden ser periódicas o aisladas, y la duración del derecho, determinada o indeterminada.

Asientos registrales

Los asientos registrales pueden ser, atendiendo a su contenido, positivos o inscripciones (*Eintragung*) y negativos o cancelaciones (*Löschung* o *Löschungsvermerk*).

Atendiendo a su duración, se contraponen los asientos citados a las

prenotaciones y los asientos de contradicción, que tienen carácter provisional.

A los anteriores tipos de asientos cabe añadir aún otros dos: las notas (*Vermerke*) y las prenotaciones cancelatorias (*Löschungsvormerkungen*).

Como en torno a la inscripción gira todo el aspecto sustantivo del Derecho Inmobiliario alemán, que examinaremos más adelante, pasamos a estudiar someramente los restantes tipos de asientos:

1. La cancelación registral de un derecho se practica a través de un nuevo asiento y el subrayado en rojo del anteriormente vigente. Para que tenga lugar la cancelación se requiere una compleja sucesión de actos, que es idéntica a la que conduce a la inscripción, pero de signo contrario:

- negocio obligacional extintivo (*materiellrechtliche Löschungsgrund*);
- declaración de abandono o abdicación, que cumple un papel semejante al del acuerdo real y tiene su misma naturaleza abstracta (recibe el nombre de *Aufgabeerklärung*);
- consentimiento formal de cancelación (*Löschungsbewilligung*),
- y solicitud o instancia de cancelación (*Löschungsantrag*).

Apuntamos ahora las tres cuestiones fundamentales que el proceso cancelatorio plantea, y que trataremos de solucionar al hablar de la inscripción:

- a) Si la declaración de abandono o abdicación tiene naturaleza contractual.
- b) Si esta declaración derelictiva forma, junto con la cancelación, un único contrato.
- c) Si existe relación de causalidad o abstracción entre el negocio obligacional extintivo y la declaración de abandono.

2. Como dice muy expresivamente HELMUT LÖFFLER: *Der Widerspruch protestiert, die Vormerkung prophezeit*; el asiento de contradicción protesta (contra una inscripción), la prenotación (la) profetiza. LENT y SCHWAB afirman que la estricta diferenciación entre derechos de crédito y derechos reales quiebra con la «pretensión obligacional de un cambio real» (*schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung*), que se refleja registralmente en la «prenotación».

El parágrafo 883 BGB declara que: «Para la seguridad de una pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre una finca gravada, o de una pretensión de modificación del contenido o del rango de tales derechos, puede practicarse en el Registro una prenotación».

Los efectos de la prenotación son fundamentalmente tres:

1.º La reserva o guarda del rango del derecho anotado. Si la prenotación se convierte en inscripción, la prioridad del derecho se determinará por la fecha o el lugar de aquélla (más adelante veremos cuándo actúa el criterio cronológico y cuándo el espacial).

2.º La ineficacia relativa de los actos dispositivos contradictorios. Dice el parágrafo 883 BGB que «una disposición efectuada después de la práctica de una prenotación es ineficaz, en la medida que frustre o menoscabe la pretensión».

3.º Ineficacia absoluta de las enajenaciones forzosas. La existencia de una prenotación impide una eventual enajenación forzosa o ejecución por embargo (según el parágrafo 883), o una enajenación como consecuencia de un procedimiento concursal (según el parágrafo 24 de la Ordenanza de Concursos o *Konkursordnung*).

Para que tenga lugar una prenotación no se requiere un previo acuerdo real, sino exclusivamente el consentimiento del titular de la finca o derecho que vaya a resultar afectado por la anotación, o una disposición judicial.

El asiento de contradicción tiene una finalidad muy concreta: anunciar a un tercer adquirente la incoación de un procedimiento de rectificación registral. El *Widerspruch* no cierra el Registro, pero hace ineficaces los actos posteriores a él si el derecho del reclamante se confirma judicialmente.

El asiento de contradicción se practica:

a) Sobre la base del consentimiento formal del perjudicado por la pretensión de rectificación (lo que implicará normalmente un consentimiento material, como observan LENT y SCHWAB).

b) En virtud de una medida provisional ordenada por la autoridad judicial (que se tramitará conforme a los parágrafos 935 y siguientes de la Ordenanza Procesal Civil).

c) En razón de una simple instancia del reclamante, en el caso del parágrafo 1.139 BGB, es decir, para reflejar registralmente que no se ha entregado el capital del préstamo hipotecario.

d) De oficio, en los casos de los parágrafos 18-2.º y 53 GBO (acumulación de instancias e inexactitud provocada por el propio Registro).

Y se cancela:

- a) con el consentimiento formal del reclamante;
- b) por orden de la autoridad judicial;
- c) por extinción del derecho afectado;
- d) por la práctica de la rectificación reclamada.

Unas palabras sobre el procedimiento de rectificación: frente a la escasa regulación que la materia tiene en nuestra legislación hipotecaria, el Derecho alemán le dedica numerosos preceptos en la Sección II del Libro III del Código Civil (y fuera de ella, los párrafos 1.144, 1.167 y 1.416), y todo el Capítulo I de la Sección V de la Ordenanza Inmobiliaria, además de algunos preceptos aislados, como los párrafos 14 y 22.

Con una redacción semejante a la del artículo 40 de nuestra Ley Hipotecaria, el párrafo 894 BGB concede la facultad de rectificación a «aquel cuyo derecho no esté inscrito, no lo esté exactamente o resulte perjudicado por un gravamen o limitación no existente». No obstante, la idea de inexactitud registral no coincide en el Derecho alemán y en el español; la doctrina alemana distingue dos conceptos distintos: *Unrichtigkeit* y *Unvollständigkeit* (inexactitud y contenido incompleto), que nosotros englobamos en uno solo. Así —según la terminología del artículo 40 de la Ley Hipotecaria española—, en caso de *inexactitud* por no haber accedido al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, procede la *rectificación* por la inscripción del título. No sucede lo mismo en el Derecho alemán, porque al ser la inscripción constitutiva, su falta no daría lugar a la inexactitud del Registro, sino a la inexistencia del cambio real (salvo aquellas excepciones en que el derecho nace por ministerio de la ley y sin necesidad de inscripción, a las que sí se impone la *Grundbuchberichtigungszwang* por el párrafo 82 GBO).

El procedimiento más sencillo, pero menos frecuente, de rectificación es el contemplado en el párrafo 22 de la Ordenanza Inmobiliaria: la prueba de la inexactitud mediante documentos públicos. El procedimiento habitual es, sin embargo, el del párrafo 894 del Código Civil: el ejercicio de la acción de rectificación (*Berichtigungsanspruch*) para obtener el consentimiento del que vaya a resultar perjudicado o bien una sentencia judicial que lo sustituya.

La doctrina atribuye a esta acción una naturaleza real (algún autor la asemeja a la acción negatoria) y un carácter inseparable del derecho inmobiliario del cual deriva, por lo que no puede cederse aisladamente de él. Por último, el párrafo 898 BGB la declara imprescriptible.

3. De menor importancia que los tres tipos de asientos examinados son las *Vermerke* o notas, que tienen por exclusiva finalidad relacionar unos asientos con otros, a fin de coordinar las operaciones registrales o consignar hechos que afectan a la situación jurídica registrada, las prenotaciones cancelatorias o *Löschungsvormerkungen* (que pueden considerarse también como una subespecie de las prenotaciones), que tienen por objeto advertir a los terceros la existencia de una obligación de cancelar un derecho real inscrito asumida por el propietario. Al hablar del prin-

cipio de prioridad volveremos sobre este punto, que ha sido objeto de reciente reforma.

Publicidad del Registro

Frente a la publicidad ilimitada de los demás Registros alemanes (*Handelsregister, Genossenschaftsregister, Vereinsregister, Güterrechtsregister*), el Registro Inmobiliario está sujeto a una publicidad ilimitada. El parágrafo 12 de la Ordenanza Inmobiliaria lo hace asequible sólo a quien acredite un interés legítimo. Aclara RICHTER que interés legítimo no implica interés jurídico, y puntualiza PETER GANTZER que puede tratarse también de un interés económico. En todo caso, el interés legítimo ha de acreditarse, requisito que se exige con gran rigor, hasta el punto de que, como señala LÖFFLER, en numerosos Registros se solicita la conformidad del titular registral para que las instituciones de crédito puedan recibir información de los inmuebles inscritos.

Exceptuados de esta justificación del interés legítimo están las autoridades públicas y los Notarios. Pero tratándose de negocios relativos a derechos inscritos o que vayan a inscribirse, los Notarios no sólo están facultados, sino obligados a informarse del contenido del Registro. Según el artículo 21 de la Ley de Documentación (*Beurkundungsgesetz*), sin el previo examen del Registro no puede el Notario autorizar documento alguno, a menos que de la demora en la autorización pueda derivar algún perjuicio (en cuyo caso deberán hacerlo constar así en el documento).

El ámbito de la publicidad formal se extiende no sólo a los libros inmobiliarios, sino también a las actas registrales y a las solicitudes no despachadas.

Las formas de llevar a efecto la publicidad en el sistema alemán son tres, con diversas variantes:

1. Examen de los libros (*Grundbucheinsicht*).
2. Copia simple y autorizada (*einfache oder beglaubigte Abschrift*).
3. Informe escrito y verbal (*schriftliche oder mündliche Auskunft*).

Respecto de las copias hay que puntualizar: que el Decreto sobre Organización y Llevanza del Registro permite no sólo la expedición de copias, sino también la declaración de vigencia o el complemento de una copia anterior (parágrafo 44); que respecto de los asientos cancelados sólo se expresará el número que les correspondía, salvo que se solicite una transcripción literal de los mismos; que las copias autorizadas deberán ir firmadas por el Secretario del Registro.

En cuanto a los informes, no se impone a los Registros una estricta

obligación de facilitarlos. Incluso no existe esta obligación respecto de los Notarios, aunque sí respecto de las autoridades judiciales o administrativas. La emisión de informe es discrecional del Registro; según HAEGELE, no cabe contra la negativa el recurso regulado en los parágrafos 71 y siguientes (el que nosotros llamaríamos recurso gubernativo) de la Ordenanza Inmobiliaria, sino sólo el «recurso de queja de servicio» (*Dienstaufsichtsbeschwerde*).

Contra la negativa a la solicitud de examen o a la obtención de copia cabe recurrir al Juez de Primera Instancia. Contra su decisión puede utilizarse el recurso de los parágrafos 71 y siguientes de la GBO. También el titular puede oponerse al examen de su finca o a la expedición de copias respecto de ella: antes que éstos se produzcan, recurriendo ante el Juez de Primera Instancia, y una vez realizado el examen o expedida la copia, utilizando el «recurso de queja de servicio».

El examen de los libros es gratuito; la expedición de copias está sujeta a los honorarios de la Ordenanza de Aranceles (*Kostenordnung* de 1957).

Prescripción y Registro

En el sistema alemán existe prescripción tabular, adquisitiva y extintiva, pero no prescripción contratabular. Es decir, el Registro prevalece siempre.

La prescripción tabular adquisitiva (*Buchersitzung*) se consagra en el parágrafo 900 BGB: «Quien esté inscrito en el Registro como propietario de una finca, sin que haya obtenido la propiedad de la misma, adquirirá el dominio», y apartándose de los requisitos tradicionales del Derecho germánico: tiempo inmemorial (*Unvordenklichkeit*), justo título (*Rechtstitel*) y buena fe (*Gutglaube*), se limita a exigir el transcurso de treinta años y la posesión ininterrumpida o, al menos, interrumpida por períodos menores de un año (reminiscencia de la usucapión germánica de «un año y un día»).

La prescripción tabular extintiva (*Buchversitzung*) puede tener lugar en dos casos: cancelación indebida y falta de inscripción de los derechos que surgen por ministerio de la ley (los que surgen convencionalmente requieren inscripción, y la falta de ésta no podría dar lugar a la prescripción, sino a la inexistencia).

Finalmente, el Código Civil alemán, apartándose de su propia regla del parágrafo 194: «Las acciones se extinguen por prescripción», proclama en el parágrafo 902 la imprescriptibilidad de los derechos inscritos (*Unverjährbarkeit*).

Esta excepción tiene, sin embargo, contraexcepciones:

- 1.^a Prescriben las prestaciones derivadas de cargas reales que tengan una determinada antigüedad.
- 2.^a Prescriben las indemnizaciones derivadas de derechos inscritos.
- 3.^a Prescriben las servidumbres prediales, en el interesante supuesto del párrafo 1.028, según el cual: «Si ha sido levantada en la finca una instalación por la cual resulte menoscabada la servidumbre predial, la acción del titular de ésta dirigida a la eliminación del obstáculo se extingue por prescripción, aunque la servidumbre esté inscrita en el Registro. Con la prescripción de la acción se extingue la servidumbre en la medida en que resulte limitada por la instalación».
- 4.^a Prescribe el dominio inscrito, si ha fallecido o desaparecido el titular registral y han transcurrido treinta años sin actualizarse el historial jurídico de la finca.

III. LOS PRINCIPIOS INMOBILIARIOS

RUDOLF VON IHERING, además de captar el espíritu del Derecho romano, descubrió la esencia de la metodología germánica: la formulación de principios por el camino de la deducción positiva, su designación con terminología técnica y su sistematización para alcanzar una «construcción jurídica», una «unidad perfecta».

El método dogmático-constructivo, quizá por adaptarse a la mentalidad analítica y rigurosa de los alemanes, pervive aún en la investigación de los juristas. La dogmática culmina en la Escuela de Leipzig, presidida por WINDSCHEID; se prolonga en la Jurisprudencia conceptual y en la Jurisprudencia teleológica, e inspira a la Escuela de Tubinga, fundadora de la *Interessenjurisprudenz*. En el campo del Derecho privado, el método dogmático-constructivo se manifiesta en la llamada «Escuela de los germanistas»; uno de sus representantes más sobresalientes es OTTO VON GIERKE, el primer gran hipotecarista alemán, tanto desde el punto de vista valorativo como cronológico. Y decimos que es el primer hipotecarista alemán, porque hasta él los tratadistas no habían superado el marco de los Ordenamientos inmobiliarios territoriales. Esto sucede con DERNBURG, HINRICHS, MAUERS y TURNAU, respecto del sistema prusiano; con MEIBOM y GOETZE, respecto del Ordenamiento mecklemburgués, y con SIEGMANN, respecto del Derecho inmobiliario sajón.

La formulación de principios para exponer las distintas disciplinas jurídicas es, por todo lo anterior, una de las características de la doctrina

alemana. En algunos casos, la técnica de los principios se ha llevado hasta límites absurdos: don JERÓNIMO GONZÁLEZ recordaba la expresión «principio de dos niños» (*Zweikindersystem*), que utilizaba cierto autor para referirse a la costumbre generalizada de limitar la prole matrimonial.

La segunda característica del método dogmático-constructivo, la designación de los principios con terminología técnica, ha pasado también plenamente al ámbito hipotecario, y hasta el punto de que cada principio se designa de dos maneras: con palabras alemanas de raíz germánica y con palabras alemanas de raíz latina; así, para referirse al principio de prioridad hablan de *Vorrangs-Grundsatz* o *Prioritätsprinzip*, para referirse al principio de especialidad hablan de *Bestimmtheits-Grundsatz* o *Spezialitätsprinzip* y el principio de legalidad se llama, indistintamente, *Prüfungsgrundsatz* o *Legalitätsprinzip*.

Principio de rogación

El principio de rogación se consagra en el párrafo 13 de la Ordenanza Inmobiliaria alemana (GBO), según el cual: «Una inscripción sólo puede practicarse, en tanto la ley no establezca otra cosa, en virtud de instancia».

La instancia tiene un doble aspecto: material y formal. En su aspecto material, la instancia de parte es un presupuesto de la registración, lo que da lugar a que se eleve a un principio básico del sistema: el *Antragsgrundsatz*.

La solicitud de inscripción ha de ser una declaración de voluntad pura. La condición y el plazo se excluyen por el párrafo 16, al decir que: «A una solicitud de inscripción, cuya ejecución esté sujeta a reserva, no debe darse curso». No obstante, el párrafo segundo del mismo precepto legal consagra una excepción, que entraña un condicionamiento recíproco de las inscripciones: «Si se solicitan diversas inscripciones, puede determinarse por el solicitante que una inscripción no sea practicada sin las otras».

La instancia de parte tiene, sin embargo, diversas excepciones, que LENT y SCHWAB sistematizan así:

a) Cuando se trate de inscripciones ilegales por su contenido, serán canceladas de oficio (párrafo 53).

b) Cuando se trate de inscripciones practicadas con infracción de normas legales, se practicará de oficio un «asiento de contradicción» (párrafo 53). Se pretende con ello excluir la buena fe de un posible adquirente. «Practicar una cancelación —dicen los autores citados— sería una agresión a la situación jurídica que, a pesar de todo, han creado los interesados, si éstos no prestan su consentimiento.»

c) Cuando se trate de inscripciones practicadas por orden de una autoridad. Según el parágrafo 38 GBO: «En los casos en que, por una disposición legal, una autoridad está facultada para solicitar una inscripción a la Oficina registral, se practicará la inscripción sobre la base de la solicitud de la autoridad». Dentro de los supuestos del parágrafo 38 cabe incluir los de concurso, quiebra, expropiación forzosa y juicios ejecutivos.

d) Si antes de la ejecución de la primera solicitud se solicita otra inscripción, que concierna al mismo derecho, se practicará de oficio una «prenotación» o un «asiento de contradicción», en beneficio de la solicitud primeramente presentada (parágrafo 18, párrafo 2.º).

e) Finalmente, en los casos de los parágrafos 45, 48, 51 y 52: en unos, se practican de oficio diversas notas con la finalidad de dar mayor claridad al Registro; en otros, se hace constar, igualmente de oficio, el nombre del heredero fideicomisario y del albacea testamentario.

Desde el punto de vista formal, la instancia no está sujeta a ningún requisito. Según el parágrafo 30: «Respecto de la solicitud de inscripción, así como del poder otorgado para la presentación de la misma, rigen las prescripciones del parágrafo 29 sólo cuando la solicitud deba ser reemplazada por una declaración especialmente requerida por la ley».

La solicitud de inscripción, aunque en la práctica suele ir unida al consentimiento de inscripción, es conceptualmente distinta de éste, de modo que constituyen dos elementos diversos del procedimiento que conduce a la registración.

En cuanto a la legitimación para instar la inscripción, la Ordenanza Inmobiliaria la atribuye, en el parágrafo 13, a «todo aquel cuyo derecho quede perjudicado por la inscripción o resulte beneficiado por la misma». En el parágrafo 30 admite, indirectamente, la solicitud por representante, y en el parágrafo 15 afirma que: «Cuando la declaración requerida para hacer la inscripción sea documentada o autorizada por un Notario, se considerará a éste como autorizado para solicitar la inscripción en nombre del legitimado para ello».

Se establece una regla especial de legitimación para el supuesto de rectificación del Registro. La Ordenanza permite en este caso que la solicitud provenga no sólo del titular, sino también de cualquiera que, sobre la base de un título ejecutivo contrario al titular, pueda exigir una inscripción, siempre que la admisibilidad de ésta dependa de la anterior rectificación.

Una vez instada la inscripción, las restantes fases del procedimiento discurren automáticamente. El Código Civil alemán declara en el parágrafo 130 que: «No influye en la eficacia de la declaración de voluntad el hecho de que el declarante, después de exteriorizarla, muera o pierda

su capacidad para negociar», y añade: «esta disposición se aplica también si la declaración de voluntad va dirigida a una autoridad». A mayor abundamiento, el párrafo 878 del mismo texto legal afirma que «una declaración pronunciada por un titular no se hace ineficaz por el hecho de sufrir éste una restricción en su facultad dispositiva..., siempre que haya sido presentada la solicitud de inscripción en la Oficina registral».

Principio de consentimiento

El principio de consentimiento se proclama en el párrafo 19 GBO, al decir que: «Se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma». Este precepto, que según su epígrafe recoge el *Bewilligungsgrundsatz*, tiene, sin embargo, un contenido más restringido, pues, según la terminología de los autores alemanes, sólo hace referencia al *formelles Konsensprinzip*, quedando fuera de su formulación el *materielles Konsensprinzip*. En definitiva, cabe afirmar, con Díez-PICAZO, que el párrafo 19 GBO contiene el llamado principio de consentimiento químicamente puro.

El consentimiento formal exigido por el párrafo 19 es una declaración de voluntad unilateral, recepticia y abstracta. Es unilateral porque, como dicen LENT y SCHWAB, «sólo se toma en consideración al interesado pasivamente». Es recepticia porque tiene un destinatario concreto: la Oficina registral. Y es abstracta porque se prescinde de su posible fundamento: el negocio jurídico, y se prevé incluso que éste pueda celebrarse en un momento posterior (véase el párrafo 2.º del párrafo 879 del Código Civil).

Surge en esta materia un agudo antagonismo entre el Derecho material, con su principio de acuerdo, consagrado en el párrafo 873 BGB, y el Derecho hipotecario formal, con su principio de consentimiento, recogido, como hemos visto, en el párrafo 19 GBO. El Registro puede y debe practicar una inscripción solicitada en el momento en que el perjudicado lo consienta, sin tener que examinar si bajo este consentimiento subyace un previo acuerdo. Sólo en los importantes supuestos de transmisión del dominio, y de constitución y transmisión del derecho de superficie, entrará en juego el párrafo 20 GBO, que exige la previa formulación del acuerdo real entre el titular y la otra parte contratante. Por tanto, es el contenido exclusivo del párrafo 873 BGB, que no se comprende en el párrafo 20 GBO, es decir, «la constitución de un derecho real y la transmisión o gravamen del mismo», el que plantea el problema que examinamos, y que sólo puede resolverse entendiendo que: a) tales actos jurídicos podrán inscribirse con la sola presencia del consentimiento formal (párrafo 20 GBO); pero, b) sólo tendrán plena

existencia jurídica cuando en los mismos concurren el acuerdo y la inscripción (parágrafo 873 BGB).

Pero esta discordancia no es tan grave como a primera vista pudiera parecer. Como dicen LENT y SCHWAB, la ley parte de la suposición, adquirida por larga experiencia práctica, de que el perjudicado por la inscripción sólo prestará su consentimiento cuando verdaderamente subyazca un acuerdo previo; en otro caso, no será explicable por qué acepta la desventaja que implica para él la inscripción. En todo caso, esta peculiar regulación legal implica una liberación o una descarga para el Registro, que queda eximido de apreciar la existencia y la eficacia del acuerdo. La seguridad y la exactitud se sacrifican en aras de la rapidez en la práctica de las inscripciones.

Para profundizar en el principio de consentimiento, hay que deslindar radicalmente los conceptos de acuerdo real y consentimiento formal. Como hemos dicho, el consentimiento es una declaración unilateral, y el acuerdo real es un contrato. Además, como hemos deducido en los párrafos anteriores, el consentimiento formal es la base de la inscripción, mientras que el acuerdo real es el fundamento de la mutación jurídica. Consentimiento formal y acuerdo real tienen distinto destinatario: el primero va dirigido al Registrador, y el segundo, a la otra parte contratante. El consentimiento formal ha de ser puro; el acuerdo real puede ser condicional o a plazo. Y, finalmente, no puede decirse que en la práctica ambas figuras se confundan: si se practica una inscripción sobre la base de un consentimiento formal, y no subyace un acuerdo real entre las partes, el Registro habrá actuado legal y correctamente, pero el derecho, por falta de acuerdo real, no habrá surgido. Por el contrario, si se practica una inscripción sin el consentimiento del perjudicado, pero sobre la base de un acuerdo real, el Registro habrá cometido una grave ilegalidad, pero el derecho subsiste y el libro está correcto.

En cuanto a la forma de expresión del consentimiento, el parágrafo 29 exige documento público o autenticado. Norma ésta de gran importancia, que traza otra trascendental diferenciación respecto del acuerdo real, para el que el parágrafo 873 GBO no exige forma determinada, y respecto de la solicitud de inscripción, que no está sujeta a ningún requisito externo. No obstante, como apunta LÖFFLER, consentimiento y solicitud suelen ir unidas en el mismo documento, con la expresión: «Consiento y solicito...».

Finalmente, hay que señalar que existen casos de inscripciones que se practican sin consentimiento formal:

- a) Todas aquellas inscripciones que se practican de oficio.
- b) Cuando se demuestre la inexactitud del Registro (según el parágrafo 22 GBO).

c) Cuando se trate del asiento de contradicción contemplado en el párrafo 1.139 BGB, que podrá extenderse por el Registrador a instancia del propietario de la finca hipotecada cuando acredite que no se le ha entregado el montante del préstamo.

d) Las inscripciones que se practiquen como consecuencia de una ejecución forzosa.

RICHTER, BENDEL y SIMMERDING añaden otra excepción, quizá la de mayor importancia, y estrechamente relacionada con la discordancia entre la Ordenanza Inmobiliaria y el Código Civil alemán, que antes hemos apuntado; esta excepción la constituyen los supuestos del párrafo 20 GBO (transmisión de finca y constitución, modificación y transmisión de un derecho de superficie). Tales actos sólo podrán inscribirse cuando se acredite el acuerdo real, que, como dicen los autores citados, sustituye aquí al consentimiento formal. El principio de consentimiento formal quiebra en estos casos, dando preferencia al consentimiento material, que se manifiesta en el acuerdo real. Desde la perspectiva registral, y para determinar el principio hipotecario que rige en los diversos supuestos del párrafo 873 del Código Civil alemán, cabría hacer la siguiente esquematización:

Contenido del párrafo 873 BGB.	Constitución, transmisión, gravamen de un derecho real. excepto el derecho de superficie;	PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO
	transmisión de finca, constitución, modificación. transmisión de un derecho de superficie.	
		Contenido del párrafo 20 GBO. PRINCIPIO DE ACUERDO REAL.

Principio de acuerdo real

El principio de acuerdo real queda consagrado en el párrafo 20 GBO: «En caso de transmisión de una finca, y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte contratante».

No hay unanimidad en la doctrina en cuanto a atribuir al acuerdo real una naturaleza contractual. CREIFELDS, PLANK, STAUDINGER y SEUFERT, LENT y SCHWAR sostienen que se trata de un verdadero contrato, y justifican el que la ley hable de *Einigung*, en lugar de hablar de *dingliches Vertrag*, en el deseo de diferenciarlo claramente del contrato obligacional. Sin embargo, ECCIUS y SIBER rechazan esta pretendida naturaleza con-

tractual, mientras ROSENBERG y WOLFF, y más recientemente BEYERLE y LARENZ, afirman que el acuerdo real y la inscripción, conjuntamente, constituyen un único contrato, siguiendo la tesis clásica de SAVIGNY. Sin embargo, tanto unos como otros no vacilan en reconocer la aplicabilidad al acuerdo real de las normas legales relativas a la capacidad, interpretación y eficacia de los contratos.

En todo caso, la antigua oposición doctrinal al principio de acuerdo real se ha recrudecido modernamente, y los autores de hoy, como los de ayer, consideran artificiosa la distinción legal entre acuerdo obligacional y acuerdo real, y propugnan que, *de lege ferenda*, la función del acuerdo real se asuma directamente por el acuerdo obligacional. Así, BEYERLE y BRANDT propugnan por la supresión de la *Einigung*, y LENT y SCHWAB la califican de «antinatural» (*lebensfremd*). PETER GANTZER mantiene una postura contraria, y desglosando aún más este complejo entramado negocial, distingue entre el acuerdo real sobre el objeto (*sachenrechtlicher Einigungsvertrag über das Vertragsobjekt*) y el acuerdo real sobre la contraprestación (*dinglicher Einigungsvertrag über die Gegenleistung*), y considera a ambos acuerdos independientes entre sí y sujetos al «principio de abstracción».

La existencia de esta doble relación negocial superpuesta (negocio obligacional y acuerdo real) plantea numerosos problemas prácticos, y fundamentalmente el de si los vicios de voluntad y la ilicitud de la causa que afecten al negocio obligacional repercutirán en la validez del acuerdo real. La doctrina, como en todo lo relativo a la *Einigung*, no es pacífica. WESRWEWMANN sostiene la absoluta permeabilidad de ambas relaciones contractuales, mientras HECK y BRANDT mantienen que la ilicitud del contrato obligacional no afecta a la licitud del acuerdo real, y defienden lo que se ha llamado «el dogma de la neutralidad ética de los contratos reales».

La distinción entre negocio obligacional y acuerdo real suele cifrarse en su objeto: el del primero consiste en las obligaciones de las partes, y el del segundo en un derecho real. El negocio obligacional se limita a vincular a las partes, mientras el acuerdo real produce una modificación real. Y la relación entre ambos suele explicarse considerando al acuerdo real como un desarrollo o verificación del negocio obligacional. LENT y SCHWAB califican al acuerdo real de «negocio de cumplimiento» (*Erfüllungsgeschäft*), y WOLFF lo denomina «negocio de prestación» (*Leistungsgeschäft*).

El Código Civil alemán, al exigir la concurrencia de acuerdo e inscripción para la producción de una mutación jurídica, no impone a aquél ningún requisito de forma en el parágrafo 873, de lo que la doctrina deduce una regla general de libertad, que no tiene más excepción que

la contenida en el párrafo 925: «El acuerdo entre transmitente y adquirente, exigido por el párrafo 873 para la transmisión del dominio de una finca, tiene que ser formulado por las partes simultáneamente ante la Oficina registral». Fuera, por tanto, del supuesto de *Auflassung*, el acuerdo real puede manifestarse de cualquier forma, incluso tácita.

Aparentemente opuesto a esta afirmación es el párrafo 2.º del párrafo 873 BGB, al decir que «... los interesados sólo están vinculados al acuerdo si las declaraciones se han documentado judicial o notarialmente, o se han expresado ante la Oficina registral, o se han entregado a ésta, o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización o consentimiento de inscripción conforme a la Ordenanza Inmobiliaria». Interpretando este precepto, la doctrina alemana deduce que el acuerdo real que no revista alguna de las formas enumeradas en él será válido y eficaz, pero no vinculante. Esto supone una peculiar excepción a la regla, aplicable a todos los negocios jurídicos, de que eficacia y vinculatoriedad coinciden, pues precisamente el efecto primordial de un negocio es su vinculatoriedad.

Algunos autores se han opuesto a esta interpretación. Colectivamente, la Comisión de Derecho Inmobiliario de la Academia del Derecho Alemán se pronunció por la vinculatoriedad de un acuerdo real válido. No obstante, la generalidad de la doctrina admite esta disociación entre eficacia y vinculatoriedad, entendiendo que:

a) La falta de vinculatoriedad del acuerdo real significa que la parte declarante puede apartarse de su declaración y revocarla.

b) La eficacia del acuerdo real significa que, si no se produce la revocación, y se solicita y se logra la inscripción, se alcanzará una plena modificación jurídica. Por tanto, el acuerdo real «informal» puede servir de base para la creación y transmisión de derechos reales.

No obstante, desde la perspectiva registral, la cuestión es sencilla, por la siguiente razón: la inscripción no puede practicarse sin que exista una previa autorización o consentimiento del interesado; la entrega de la autorización o consentimiento es una de las «formas» del párrafo 873. Luego el Derecho hipotecario (concretamente, el párrafo 29 GBO) impide que llegue al Registro un acuerdo real no vinculante; la autorización o consentimiento hace vinculante al acuerdo real.

Principio de inscripción

Como hemos visto, el Código Civil alemán exige, en su párrafo 873, la concurrencia de acuerdo real e inscripción para la constitución, modi-

ficación y transmisión de derechos inmobiliarios. El párrafo 875 sigue el mismo criterio respecto de la extinción, exigiendo declaración del titular que abandona el derecho y asiento de cancelación.

La inscripción no es —dicen LENT y SCHWAB— una «formalización» del acuerdo real; ambos elementos están situados al mismo nivel, y ambos deben coincidir para que se produzca la mutación jurídica. Habitualmente, la inscripción sigue al acuerdo real, pero en otros casos en que la inscripción se practica sobre la base del consentimiento formal, antes de concluirse el acuerdo, o en que el acuerdo produce sus efectos después de la inscripción (como el del párrafo 185 BGB), ambos elementos están distanciados en el tiempo. No obstante, sin acuerdo real, la inscripción no puede operar el cambio jurídico, provocará un error registral y podrá ser eliminada por vía de rectificación.

La inscripción en el Derecho alemán es constitutiva: el cambio real sólo se opera cuando el proceso registral culmina con el asiento. Quizá sorprenda la ausencia de normas en la Ordenanza Inmobiliaria que impongan la obligatoriedad de la inscripción. En su comunicación presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral, de 1974, el doctor RAINER KANZLEITER explica que «respecto de los 'Registros de bienes' (*Güterregister*) no hay ninguna disposición sobre la obligación de inscribir; sería innecesaria: la eficacia constitutiva de la inscripción es más fuerte para los interesados que cualquier otra coacción para forzar a que se inscriba. En los 'Registros de tráfico' (*Verkehrsregister*) no tiene, sin embargo, la inscripción fuerza constitutiva. La inscripción en estos Registros es, por tanto, obligatoria, y por ello son necesarias las normas que imponen la registración; el que no solicite la inscripción puede ser forzado a ella con multas pecuniarias». Sin embargo, sí se impone en la Ordenanza Inmobiliaria la obligación de rectificar (párrafo 82, que contiene la *Grundbuchberichtigungszwang*), que dirige sólo a los casos en que la inscripción no es constitutiva.

La eficacia constitutiva de la inscripción se predica sólo de los cambios jurídicos que se operen por negocio jurídico *inter vivos*, y dentro de éstos, los que tengan trascendencia real, no los que tengan contenido meramente obligacional, que quedan fuera del ámbito del Registro.

Se excluye, por tanto, la eficacia constitutiva:

a) En los «actos estatales» (*Staatakte*), como la adjudicación en juicio ejecutivo o la expropiación.

b) En los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria.

c) En determinados actos especiales, como el del párrafo 2.033, modificado por la *Beurkundungsgesetz* de 1969, según el cual: «Cada coheredero puede disponer de su cuota en el caudal relicto. El contrato

por el cual un heredero dispone de su cuota necesita ser documentado notarialmente». Y el párrafo 1.416, reformado por la *Gleichberechtigungsgesetz* de 1957, según el cual: «El patrimonio del marido y el de la mujer se convierten, por la comunidad universal de bienes, en patrimonio común de ambos cónyuges. Los objetos singulares se hacen comunes sin que sea necesaria una transmisión por negocio jurídico».

Según KANZLEITER, la inscripción tiene tres importantes efectos:

- a) La *Anderungswirkung*, es decir, la eficacia constitutiva, que produce el cambio jurídico.
- b) La *Vermutungswirkung*, es decir, el efecto legitimador, que hace presumir que la persona inscrita es titular del derecho.
- c) La *Gutglaubenswirkung*, es decir, el efecto productor de buena fe, que da lugar a que un tercero adquiera irrevocablemente si confía en el contenido registral.

Principio de legalidad

El principio de legalidad adquiere carta de naturaleza en el párrafo 29 GBO, modificado por Ley de 28 de agosto de 1969. Señala este precepto que: «Una inscripción sólo puede practicarse cuando se acredite el consentimiento para la inscripción o las declaraciones exigidas para realizarla, en documento público o autenticado. Otros presupuestos de la inscripción requieren, cuando no sean notorios para la Oficina registral, el ser probados por documento público».

En base a este precepto —y para trazar el ámbito de la calificación registral— realiza la doctrina alemana una tajante diferenciación entre los «negocios subyacentes» y los «presupuestos de la inscripción». En efecto: la calificación del Registrador no alcanza:

- a) Al negocio obligacional (*Kausalgeschäft* o *Verpflichtungsvertrag*). LENT señala una excepción, en que el Registrador debe calificar este negocio obligacional: la *Auflassung* o transmisión de la propiedad. No obstante, creemos que esta única excepción no debe tampoco admitirse, porque el párrafo 925 BGB, al exigir la prueba del acuerdo, remite al párrafo 873 BGB, que se refiere al acuerdo real.
- b) Al acuerdo real (*Einigung*). En esta figura sí existen excepciones, que son las que derivan del párrafo 20 GBO, y que caen dentro de la función calificadora: la transmisión es de una finca, y la constitución, modificación de contenido y transmisión de un derecho de superficie. Además, en los casos del párrafo 20, la calificación debe extenderse también al cumplimiento por parte de los interesados en numerosos

requisitos y condicionamientos que imponen leyes de muy variada índole: la autorización exigida por el parágrafo 19 de la Ley de Construcción de 1976; la aprobación requerida por los párrafos 2 y siguientes de la Ley sobre Tráfico Jurídico de Fincas de 1961; el visto bueno de la autoridad fiscal exigido por el parágrafo 97 de la Ley de Introducción a la Ordenanza Tributaria de 1976, y otras.

Pero hay que puntualizar, con PETER GANTZER, que el hecho de que el Registrador no esté obligado a examinar los negocios subyacentes, no implica que no esté facultado para ello. Si llega al convencimiento de la ineficacia o inexistencia de los mismos puede rechazar la solicitud de inscripción.

La calificación registral se extiende:

a) Al consentimiento formal.

b) A los restantes «presupuestos de la inscripción», que, como hemos visto, han de acreditarse en documento público. Entre ellos podríamos citar: la representación de una persona física o jurídica, la cualidad de heredero, la defunción del titular registral, etc. No obstante, los párrafos 32 a 38 dulcifican este rigor formalista.

Los *Oberlandsgerichte* (Audiencias Territoriales) han ampliado en cierto modo el ámbito de la calificación, considerando como un elemento de ésta el conocimiento que el Registrador pueda tener de la realidad extrarregistral, y admitiendo en sus resoluciones que la decisión registral pueda basarse en tal conocimiento. El *Oberlandsgericht* de Baviera, en resolución de 1967, basa esta doctrina en que el Registrador no debe colaborar en la inexactitud del Registro, y en resolución de 1971 afirma que si el Registrador tiene dudas sobre las bases en que ha de fundamentarse la inscripción, debe suspender la práctica de ésta hasta que aquéllas desaparezcan.

La decisión del Registrador, basada en su calificación, es recurrible. Según el parágrafo 71 GBO: «Contra las decisiones de la Oficina registral tiene lugar el recurso de queja». Pero añade: «Los recursos de queja contra una inscripción son improcedentes. A través del recurso de queja puede, sin embargo, solicitarse que se inste a la Oficina registral a practicar un asiento de contradicción o una cancelación». Y completa el parágrafo 72: «Sobre el recurso de queja decide el Tribunal Territorial (Audiencia Provincial), en cuya circunscripción radique la sede de la Oficina registral».

El procedimiento para la resolución del recurso en esta primera instancia se regula en los párrafos 73 a 77:

Según el parágrafo 73: «El recurso puede interponerse ante la Oficina registral o ante el Tribunal de alzada.

El recurso debe interponerse mediante la presentación de un escrito o mediante una declaración de la cual deba levantar acta ante la Oficina registral o la Secretaría del Tribunal de alzada».

Según el parágrafo 74: «El recurso puede basarse en nuevos hechos y pruebas».

Según el parágrafo 75: «Si la Oficina registral estima fundado el recurso, deberá resolverlo».

Según el parágrafo 76: «El Tribunal de alzada puede, antes de la sentencia, dictar una medida provisional, y en especial instar a la Oficina principal la práctica de una pernoctación o un asiento de contradicción, o disponer que la ejecución de la sentencia quede en suspenso».

Según el parágrafo 77: «La sentencia del Tribunal de apelación deberá expresar los fundamentos y comunicarse al recurrente».

La Ordenanza Inmobiliaria permite una segunda instancia, a través del llamado «recurso ulterior», que según el parágrafo 79 debe resolverse por el Tribunal Territorial Superior (Audiencia Territorial). A fin de que, como dice WOLFF, «quede a salvo la unidad jurídica alemana», el párrafo 2.º del mismo precepto establece que «si quiere la Audiencia Territorial apartarse de la interpretación de una norma legal relativa al Derecho inmobiliario, en base a la cual se hayan dictado sentencias por diversos recursos en otras Audiencias Territoriales o se haya publicado una decisión del Tribunal Supremo Federal, deberá presentar a éste los recursos ulteriores, fundamentando su interpretación legal. La resolución de la consulta se comunicará al recurrente. En estos casos decide sobre el recurso ulterior el Tribunal Supremo Federal». Esta misma norma, pero con mayor amplitud, se establece en el artículo 8 de la interesante Ley para el Restablecimiento de la Unidad Jurídica de 1950.

Principio de prioridad

El principio de prioridad resulta de la relación entre el parágrafo 13, párrafo 1.º, GBO, y el parágrafo 17 GBO y el 879 BGB.

Establece el primero de estos preceptos que: «El momento en que una solicitud ingresa en la Oficina registral debe anotarse exactamente en aquélla». El parágrafo 17 del mismo cuerpo legal indica que: «Si se solicitan diversas inscripciones, que conciernan al mismo derecho, la inscripción posteriormente solicitada no puede practicarse antes de la ejecución de la solicitud primeramente formulada». Finalmente, el Código Civil, en su parágrafo 879, sienta la doctrina de que: «La relación de rango entre varios derechos que gravan una misma finca se determina según el orden de inscripciones».

La ausencia de un Libro Diario de presentación en el sistema alemán

—a diferencia del sistema austríaco, en que existe el *Tagebuch*, regulado por la *Grundbuchgesetz* de 1955, y a diferencia del sistema inglés, en que se lleva el *Application Book*, regulado en las *Land Registration Acts* de 1925 y 1933— da lugar a la exigencia que formula el parágrafo 17: que la fecha de la presentación se consigue en el documento.

El parágrafo 45 de la Ordenanza Inmobiliaria aclara la mecánica a que da lugar el principio de prioridad formal, distinguiendo según que las inscripciones hayan de hacerse en la misma o en distinta sección del folio registral. Recordamos, para aclarar este punto, que la *Grundbuchblatt*, que es en realidad un cuadernillo, se compone de: a) cubierta, con designación del Registro, circunscripción y datos del libro en su conjunto; b) espacio para la expresión de los datos físicos: número catastral, cabida y edificaciones, y c) las tres secciones, en que se hace constar: en la primera, el propietario y el título de adquisición; en la segunda, los derechos reales que graven la finca, con excepción de las hipotecas, deudas territoriales y deudas de renta, así como de todas las limitaciones de disponer inscribibles, y en la tercera, las hipotecas, deudas territoriales y deudas de renta, con columnas especiales para la constitución, modificación y extinción.

Pues bien, el parágrafo 45 GBO establece que: «Si en una sección del libro registral han de realizarse diversas inscripciones, han de conservar el orden de prioridad que corresponda al orden cronológico de las solicitudes; si las solicitudes se han presentado al tiempo, debe expresarse en el libro registral que las inscripciones tienen el mismo rango.

Si han de practicarse diversas inscripciones, que no han sido solicitadas al mismo tiempo, en secciones distintas, con indicación del mismo día, ha de hacerse constar en el libro registral, que la inscripción posteriormente solicitada es de inferior rango a la solicitada en primer lugar».

Para determinar el rango de los derechos inscritos, el parágrafo 879 BGB establece que: «La relación de rango entre varios derechos que gravan una misma finca se determina según el orden de inscripciones, si los derechos están inscritos en la misma sección del Registro. Si los derechos están inscritos en distintas secciones, tiene rango preferente el derecho inscrito con indicación de una fecha anterior; los derechos que estén inscritos con indicación de la misma fecha tienen igual rango». Por tanto, el rango se determina, si los derechos están inscritos en la misma sección, por el «orden de inscripciones»; si lo están en secciones distintas, por el «orden de fechas». Ahora bien, la doctrina alemana no interpreta unánimemente el primer criterio, y mientras algunos, como M. E. WOLF y STRECKER lo entienden como «sucesión meramente espacial» (*räumliche Hintereinander*) de las inscripciones, otros, como BAUR y LENT-SCHWAB, lo interpretan como «sucesión cronológica»

de las inscripciones (*Zeit der Eintragungen*), siendo ésta la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina moderna. Según ella, pues, el derecho antes inscrito tiene rango preferente al inscrito con posterioridad, independientemente de la localización espacial de los asientos. La discusión tiene de todas formas algo de bizantina, porque normalmente coincidirán la sucesión cronológica y la espacial.

Pero el rango tiene, además de este aspecto que pudiéramos llamar estático, un aspecto dinámico: el rango se altera, por ministerio de la ley, al extinguirse un derecho inscrito, y por voluntad de los contratantes, al acordarse una modificación del rango.

En el primer caso, los Ordenamientos jurídicos siguen dos sistemas distintos: la ordenación variable del rango (*gleitende Rangordnung*), que en caso de extinción de un derecho ordena el avance del siguiente, y la ordenación fija del rango (*festbestimmte Rangstelle*), que en caso de desaparición del derecho preferente no permite la mejora de puesto del posterior. El Código Civil alemán adopta un sistema intermedio: básicamente sostiene el primer criterio, de rango variable, pero en el caso de hipotecas, al introducir la figura de la deuda territorial de propietario, adopta el criterio de rango fijo. Lo mismo ocurre en el Derecho austríaco, que en el parágrafo 469 de la GBG regula el «derecho de disposición del rango» (sujeto al plazo de ejercicio del parágrafo 58, a diferencia del Derecho alemán).

El surgimiento de la deuda territorial de propietario tiene para los titulares de derechos reales posteriores el inconveniente de que no mejoran de rango. Sin embargo, este inconveniente se ha suavizado con la Ley sobre modificación de derechos reales, derechos inscritos y otros de 22 de junio de 1977, que da nueva redacción al parágrafo 1.779 BGB y crea los parágrafos 1.779, a), y 1.779, b), estableciendo unos derechos contractuales y legales de cancelación.

La nueva regulación distingue entre titulares de derechos reales de garantía inmobiliaria (hipoteca, deuda territorial, deuda de renta) y titulares de otros derechos reales (servidumbres, cargas reales, usufructo y opción):

a) Los titulares de este segundo grupo de derechos pueden obtener la cancelación de la deuda territorial de propietario, si celebran con éste un contrato, en que, para el caso de consolidación del dominio con un derecho real de garantía inmobiliaria, el propietario se obliga a la extinción de la deuda territorial de propietario. (Quizá sea conveniente recordar en este punto que, según el BGB, en ese caso de consolidación, los derechos reales de garantía inmobiliaria se transforman automáticamente

en deuda territorial; no puede hablarse, por tanto, de hipoteca de propietario, como incorrectamente se hace a menudo.)

Para el aseguramiento de ese derecho a la cancelación de la deuda territorial de propietario, derivado del contrato, los interesados pueden solicitar que se practique en el Registro una anotación preventiva o prenotación. La finalidad de ésta consiste en permitir que la obligación de cancelar pueda exigirse también a un nuevo adquirente de la finca.

b) Los titulares del primer grupo de derechos (hipoteca, deuda territorial, deuda de renta) tienen, desde la reciente reforma, un derecho a exigir la cancelación de la deuda territorial de propietario, derivado de la propia ley (no ya de un contrato), pero siempre que este derecho de garantía que se consolida sea de igual o superior rango que el que corresponde a los interesados. Este derecho de cancelación no necesita anotarse en el Registro, por derivar de la ley.

Hemos dicho que el rango puede también modificarse por acuerdo; éste es el caso de la permuta de rango (*Rangänderung*) y de la reserva de rango (*Rangvorbehalt*).

Tanto uno como otro supuesto requieren, por imperativo de los párrafos 880 y 881 BGB, la concurrencia de acuerdo real e inscripción. En el primer caso, el acuerdo real tendrá lugar entre el titular del derecho que avanza y el del que retrocede. En el segundo caso, el acuerdo se concluirá entre el propietario y el titular del derecho que retrocede. Surge, por tanto, en este segundo supuesto una profunda diferencia con el Derecho español, en que la reserva de rango, como simple variación de la posposición, se acuerda entre el titular de un derecho ya nacido y aún no inscrito y el futuro titular de un derecho aún no nacido. En el Derecho alemán, la posibilidad de constituir el propietario, después de una hipoteca, otra hipoteca que sea preferente a la primera, puede llevarse a cabo de dos formas: a) creando una deuda territorial de propietario primero, una hipoteca después, y transformando luego la deuda territorial de propietario en hipoteca, y b) acordando una reserva de rango.

En el Derecho alemán no es necesario el consentimiento de los titulares intermedios entre el derecho que avanza y el que retrocede, en la permuta. El párrafo 880 BGB, en su último inciso, declara que tales titulares no quedarán afectados por la modificación. En base a ello entiende la doctrina que si el derecho que avanza es de un importe más elevado que el que retrocede, el que gana rango sólo será eficaz hasta la cuantía a la que se elevaba el que lo pierde.

La Ordenanza Inmobiliaria dedica un capítulo a lo que llama «clarificación del rango», en el que pretende erradicar toda oscuridad sobre los derechos inscritos. Según el párrafo 90: «La Oficina registral puede, en casos especiales, y sobre todo, en el de transcripción de libros re-

gistrales intrincados, eliminar las confusiones y complicaciones en las relaciones de rango». Siguen a este precepto una serie de normas procedimentales, que, en síntesis, establecen: que la Oficina decidirá si es oportuno, según las circunstancias, proceder a la clarificación del rango, siendo su decisión irrecurrible (parágrafo 91); que se consideran interesados en el procedimiento y, por tanto, debe notificárseles su incoación: los propietarios inscritos, y cuando la finca esté gravada con una hipoteca, deuda territorial o deuda de renta conjunta, los propietarios inscritos de las demás fincas gravadas con estos derechos; las personas que tengan inscrito a su favor un derecho sobre la finca o sobre un derecho que grave la finca, y las personas que invoquen un derecho sobre la finca y lo acrediten a requerimiento de la Oficina registral o uno de los interesados (parágrafo 92); que si en el transcurso del procedimiento cambia la persona del dueño, o se constituye un nuevo derecho sobre la finca, se considerará a los nuevos titulares como interesados en el procedimiento (parágrafo 95); que no se hará ninguna notificación pública (parágrafo 98); que la Oficina puede pedir a los poseedores de cédulas hipotecarias y de deudas territoriales o de renta, así como de otros documentos públicos, su presentación (parágrafo 99); que la Oficina debe citar y oír a los interesados (parágrafo 100); que si hay acuerdo entre los interesados, se realizará la clarificación del rango de conformidad con el mismo, y si no lo hay, la Oficina les formulará una propuesta, a la que pueden oponerse (parágrafos 103 y 104); que la Oficina fijará la nueva ordenación del rango mediante una resolución (parágrafo 108); que contra la misma cabe recurso de alzada (parágrafo 110); que fijada la nueva ordenación del rango, la Oficina transcribirá el libro registral con arreglo a la nueva orientación (parágrafo 111).

Principio de tracto sucesivo

Este principio se contiene en el párrafo 1.º del parágrafo 39 GBO, según el cual: «Una inscripción sólo puede practicarse cuando la persona cuyo derecho va a resultar perjudicado por aquélla figura inscrita como titular».

Tiene tres excepciones señaladas en la misma ley:

a) Según el párrafo 2.º del parágrafo 39: «En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta, respecto de los cuales se haya extendido cédula, equivale a la inscripción del acreedor el hecho de que éste se halle en posesión de la cédula y acredite su derecho de crédito según el parágrafo 1.155 del Código Civil». La previa inscripción se sustituye aquí por la demostración de las sucesivas cesiones de la cédula.

b) Según el párrafo 1.º del parágrafo 40: «Si la persona cuyo derecho resultará perjudicado por una inscripción es heredero del titular inscrito, no se aplicará la disposición del parágrafo 39, párrafo 1.º, cuando haya de inscribirse la transmisión o extinción del derecho, o cuando la solicitud se funde en el consentimiento del testador o de un albacea dativo, o en un título ejecutivo contra el testador o un albacea dativo».

c) Según el párrafo 2.º del mismo parágrafo: «Lo mismo rige para una inscripción realizada sobre la base del consentimiento de un albacea testamentario, o sobre la base de un título ejecutivo contra el mismo, siempre que el consentimiento o el título deban surtir efecto respecto del heredero».

Principio de especialidad

La Ordenanza Inmobiliaria ha logrado generalizar a toda Alemania el sistema prusiano de folio real, con la sola excepción de Württemberg, que sigue apegado al sistema de folio personal, al amparo de la autorización contenida en el parágrafo 4 de la propia Ordenanza Inmobiliaria, según el cual: «Las diversas fincas de un mismo propietario, cuyos libros registrales sean llevados por la misma Oficina, pueden inscribirse en una hoja común, en tanto no resulte de ello confusión».

El parágrafo 3 GBO sienta la norma básica de organización registral: «Cada finca recibe en el libro un lugar especial (hoja registral)». Pero establece más adelante una aparente excepción a este sistema de folio real, al decir que: «La Oficina puede prescindir de la llevanza de una hoja registral para cada finca, siempre que ello simplifique el tráfico jurídico y no produzca confusión, cuando la finca por sí sola tenga escasa significación económica y esté destinada a servir a los fines económicos de otras varias, con las que esté en relación material y de copropiedad de sus titulares». Se trata simplemente de una agrupación «por unidad de explotación» que tiene la particularidad de practicarse de oficio por el Registrador.

Pero no sólo el dominio de un inmueble recibe hoja propia, sino también el derecho de superficie. Según el parágrafo 8 GBO: «Si en la hoja de una finca figura inscrito un derecho de superficie, a instancia de parte interesada se dedicará a este derecho una hoja especial. Esto se hará de oficio cuando el derecho haya de ser enajenado o gravado».

En cada hoja registral, las fincas deben individualizarse con toda exactitud. Ayuda a ello la existencia de un buen Catastro, que aporta al Registro los datos objetivos de la finca. No existe en realidad un Catastro único, a pesar de que se intenta llegar a él desde la Ley de Reordenación del Instituto Topográfico de 3 de julio de 1934 (este ideal parece resis-

tirse incluso a la tenacidad germánica). Existen Catastros en los distintos Estados federados, y en ellos se designan las fincas por demarcaciones y números. La Ordenanza Inmobiliaria establece en su parágrafo 2 que: «Las fincas se designarán en los libros según un inventario oficial».

No sabemos si antes de culminar la ingente tarea de levantar un Catastro unitario, se habrá generalizado ya en Alemania el denominado «sistema EDV» (*elektronische Datenverarbeitung*, «empleo mecánico de datos»), que pretende un elevado grado de mecanización del Registro. El «sistema EDV» es en realidad algo más que un perfeccionamiento de la institución registral, pues a través de él se pretende lograr lo que la doctrina (SCHÄFFNER, KÜHNE y otros) llama el «banco de datos inmobiliarios», que almacena tanto circunstancias de hecho como de derecho, y que implica, superándola aún, una plena integración de Catastro y Registro. En el verano de 1979 se inició un período de prueba en un Registro de Baviera, a través de un procedimiento de «oficina paralela», en que los mismos datos que llegaban al Catastro y al Registro tradicional se incorporaban a la nueva oficina. Los importantes cambios jurídicos que este nuevo sistema implica están siendo estudiados por diversas Comisiones del Ministerio Federal de Justicia, y se espera que, una vez superada en tiempo breve esta fase de prueba, pueda entrarse de lleno en la fase de realización.

Los derechos reales deben determinarse en los libros con toda exactitud, y a ello se dirigen las dos normas específicas que contienen los parágrafos 47 y 48 GBO, referentes a los casos de condominio y gravamen conjunto. Dando cabida tanto al condominio romano como al germánico, el primero de los citados preceptos establece que: «Si un derecho debe inscribirse a favor de varios en común, debe practicarse la inscripción de forma que, o bien se indiquen las cuotas de los titulares en fracciones numéricas, o se señale la relación jurídica determinante de la comunidad». El parágrafo 48 dispone que: «Si varias fincas son gravadas con un mismo derecho, se hará constar de oficio en la hoja de cada finca el gravamen de las demás. Lo mismo rige cuando un derecho que existe sobre una finca pasa a gravar ulteriormente otra finca, o cuando en el caso de traslado de una porción de finca a otra registral, se traslada conjuntamente un derecho inscrito». Tampoco encontramos en el Código Civil alemán norma alguna de carácter general que exija la perfecta determinación del contenido del derecho real; sólo el parágrafo 1.115, al referirse a la inscripción de la hipoteca, dice que se expresarán en aquélla el nombre del acreedor, el importe del crédito y, si el crédito es a interés, el tipo del mismo; si han de satisfacerse otras prestaciones accesorias, el importe en dinero. El parágrafo 1.190, relativo a la hipoteca de máximo,

exige la expresión registral de la suma máxima de que ha de responder la finca.

En un sentido distinto entiende PETER GANTZER el principio de especialidad: como necesaria sujeción de las partes y del Registrador al criterio de *nummerus clausus* de derechos reales que rige en Alemania. En base a esta concepción afirma GANTZER que el principio de especialidad tiene carácter material, no formal, y por ello su regulación se contiene en el Código Civil y no en la Ordenanza Inmobiliaria.

Principio de legitimación

El párrafo 891 del Código Civil sienta, en sus dos párrafos, las dos vertientes de la presunción de exactitud del Registro (*Vermutung der Richtigkeit*), al decir que: «Si figura inscrito en el libro registral un derecho a favor de alguien, se presumirá que este derecho le pertenece.

Si figura un derecho como cancelado, se presumirá que este derecho no existe».

Los autores puntualizan, de forma semejante a como lo hace la doctrina española:

a) La presunción de exactitud no alcanza a los datos de hecho. Tampoco la capacidad jurídica cae dentro de su campo.

b) La presunción de exactitud desvía la carga de la prueba: el que sostiene la inexactitud del Registro debe probarla.

Principio de fe pública

El párrafo 892 BGB consagra la presunción de integridad del Registro (*Vermutung der Vollständigkeit*) «en beneficio del que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o sobre un derecho de la finca gravada».

Dicen LENT y SCHWAB que la ficción, que esta presunción entraña, entra en juego cuando el libro registral es inexacto, es decir, cuando la situación jurídica inscrita (*verbuchte Rechtslage*) no coincide con la situación jurídica real (*wahre Rechtslage*). En base a esta idea, los autores alemanes suelen estudiar la problemática del error registral enmarcada en el ámbito del principio de fe pública.

Según LÖFFLER, son únicamente dos los requisitos necesarios para la actuación de este principio:

- 1.º que se celebre un negocio jurídico (se excluye, por tanto, la protección en caso de adquisición por ejecución judicial o adquisición por herencia);

- 2.º que el adquirente confíe de buena fe en la exactitud e integridad del Registro. Esta buena fe se excluye: a) si se conoce la inexactitud registral, y b) si figura en el Registro un «asiento de contradicción».

LENT y SCHWAB añaden un tercer requisito: que se hayan dado los demás presupuestos exigidos por la legislación para la validez de la adquisición: acuerdo real, consentimiento para la inscripción, capacidad del disponente, facultades del representante, inexistencia de prohibiciones legales de disponer, etc. Porque la buena fe que recaiga sobre estas bases negociales no está protegida (contrariamente a lo que establece el parágrafo 366 del Código de Comercio alemán).

En cuanto al momento en que deba apreciarse la buena fe, lo determina el BGB: el de la presentación de la solicitud de inscripción.

Los autores citados extienden la aplicación del principio de fe pública, con criterio amplio, a los siguientes casos:

- 1.º La adquisición del dominio o de otro derecho real sobre una finca, a través de negocio jurídico.

- 2.º La prestación realizada al titular registral sobre la base de un derecho inscrito.

- 3.º La ejecución de un negocio jurídico entre el titular registral y un tercero, que implique una disposición del derecho inscrito, fuera del caso contemplado en el número 1.º (se trata del supuesto regulado en el último inciso del parágrafo 893 BGB, en que puede incluirse la extinción o modificación de un derecho, la alteración de su rango...).

El principio de fe pública no actúa en el caso de que únicamente exista un interesado en el negocio jurídico, como es el supuesto de la constitución de deuda territorial de propietario; aunque en este caso el propietario actúe de buena fe, el derecho real no nace a su favor.

El principio de fe pública tiene una doble eficacia: positiva, en cuya virtud «la buena fe suple la falta de derecho del transmitente» (LENT-SCHWAB), y negativa, en cuya virtud «la buena fe hace inexistentes las cargas no inscritas». Junto a las cargas hay que citar las limitaciones de disponer; a tenor del Código Civil y la Ordenanza del Proceso Civil hay que distinguir dos tipos: absolutas o de interés público y relativas o de interés privado. Las limitaciones absolutas no son inscribibles: afectan al adquirente, aunque no figuren en el Registro, y no puede esgrimirse frente a ellas la buena fe. Las limitaciones relativas son inscribibles, y únicamente afectan al adquirente si constan en el Registro; pueden tener su origen:

- 1.º En la ley, como la que afecta al heredero fiduciario.
- 2.º En una disposición judicial, como la prenotación de prohibición de disponer.

Las limitaciones de disponer de origen contractual no son inscribibles, pues el parágrafo 137 BGB les niega eficacia real.

La moderna doctrina alemana se lamenta de que el creciente intervencionismo estatal —especialmente en la propiedad urbana— está reduciendo drásticamente el ámbito de la fe pública registral, con evidente perjuicio de la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario. A la larga lista de limitaciones dominicales introducida por la legislación de la pasada década, se han añadido recientemente unos amplios derechos de tanteo y de retracto a favor de los Municipios (en la reforma de la *Bundesbaugesetz*). Además, como dicen SCHAFFNER y KÜHNE, las consecuencias de la guerra mundial siguen haciendo mella en este básico principio del sistema inmobiliario, pues la buena fe de los adquirentes se ve burlada frecuentemente, en ciertas zonas, por obra de las disposiciones, aún vigentes, que dictaron las antiguas potencias de ocupación.

ORDENANZA INMOBILIARIA ALEMANA DE 24 DE MARZO DE 1897, REDACTADA DE NUEVO EL 5 DE AGOSTO DE 1935

Sección I. Disposiciones generales

1. El Juzgado de Primera Instancia como Oficina registral; competencia:

1) Los libros registrales serán llevados por los Juzgados de Primera Instancia (Oficinas registrales). Estas son competentes respecto de las fincas que estén en su circunscripción.

2) Si una finca radica en la circunscripción de diversas Oficinas registrales, la Oficina competente se determinará según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

3) La competencia objetiva de los funcionarios registrales y la organización y llevanza de los libros registrales se determinan, en cuanto no esté regulado en esta ley, por las disposiciones del Ministerio de Justicia.

2. Circunscripciones registrales; inventario de bienes inmuebles; segregación de fincas:

1) Los libros registrales se organizarán por circunscripciones.

2) Las fincas se designarán en los libros según un inventario oficial, en el cual estén señaladas con números o letras. El Ministerio de Justicia determina la organización del inventario.

3) *a)* Una porción de una finca sólo podrá ser segregada de ésta cuando se presente un extracto certificado del inventario oficial, y un plano igualmente certificado por la autoridad competente, de los que resulte el tamaño y la situación de la porción; la porción será designada en el inventario oficial con un número o una letra especial, a no ser que, en opinión de la autoridad competente, para trazar el plano no pueda representarse claramente en el mismo. No es necesario presentar un plano cuando tras la segregación éste no varíe, y la autoridad competente certifique que la porción segregada está materialmente separada del resto de la finca. Si no se modifica el plano y la porción segregada no está materialmente separada del resto de la finca, la autoridad competente para la expedición del plano certificará en él que los linderos entre la porción segregada y el resto de la finca coinciden en el plano y en la realidad.

b) El extracto y el plano no necesitan ser presentados cuando se trate de segregaciones que deban practicarse a requerimiento de una autoridad, sobre la base de un acta autorizada por ella (como la resolución de una Oficina de concentración parcelaria u otras semejantes), o a requerimiento de una autoridad competente, sobre la base de un auto de expropiación forzosa.

c) Cuando el inventario oficial sea llevado por la Oficina registral, sustituirá al extracto certificado referido en el apartado *a)*, un extracto certificado que expida la autoridad competente para la rectificación del inventario oficial.

3. Folio registral; fincas exentas de inscripción; inscripción de cuotas:

1. Cada finca recibe en el libro registral un lugar especial (folio registral). El folio registral ha de ser considerado respecto de la finca, como el libro registral en el sentido del Código Civil. El procedimiento para la eliminación de la doble inmatriculación se determinará por el Ministerio de Justicia.

2) *a)* Las fincas del Estado Federal, de los Estados Federados, de los Municipios y de las Mancomunidades, de las iglesias, conventos y es-

cuelas, las corrientes de agua, los caminos públicos, así como las fincas que están destinadas a una finalidad viaria de tránsito público, reciben una hoja registral sólo a instancia de los propietarios o de un titular.

b) Una finca se eliminará de los libros registrales a instancia del propietario, cuando éste se libere de la obligación de inscribir, según el apartado 2)-a), y no exista ninguna inscripción que perjudique al derecho de propiedad.

3) a) La Oficina registral puede prescindir de la llevanza de un folio registral para cada finca, siempre que ello simplifique el tráfico jurídico y no produzca confusión, cuando una finca por sí sola tenga escasa significación económica y esté destinada a servir a los fines económicos de otras varias fincas, con las que esté en relación espacial y de copropiedad de sus titulares.

b) En este caso, en lugar de las fincas íntegras de los copropietarios, se inscribirán en un solo folio las cuotas pertenecientes a todos los copropietarios. Esta inscripción servirá como base para todos los actos posteriores relativos a las diversas cuotas.

c) Cuando se realice un acto dispositivo que afecte exclusivamente a la finca auxiliar, se dedicará a ésta un folio propio. Lo mismo rige para el caso de que las cuotas de la finca auxiliar dejen de pertenecer a los propietarios de la finca principal.

4. Folio registral común:

1) Las diversas fincas de un mismo propietario, cuyos libros registrales sean llevados por la misma Oficina, pueden inscribirse en una hoja común, en tanto no resulte de ello confusión.

2) Lo mismo rige cuando las fincas pertenecen a un «hogar familiar», un «patrimonio familiar hereditario» o un «fideicomiso familiar», o estén jurídicamente unidas entre sí en otra forma semejante (por ejemplo, «finca forestal» o «bosque protegido»), incluso cuando sus libros registrales sean llevados por distintas Oficinas. En estos casos es Oficina competente la que lleve el libro de la casa de labor; en los demás casos se determinará la Oficina competente según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

5. Agrupación de fincas:

Una finca sólo puede agruparse a otra cuando de ello no resulte confusión. Cuando los libros registrales sean llevados por Oficinas diversas, la Oficina competente se determinará según el parágrafo 5 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

6. Agregación:

Una finca sólo puede ser agregada a otra como parte integrante cuando de ello no resulte confusión. Cuando los libros registrales sean llevados por Oficinas diversas, será competente para decidir sobre la solicitud de agregación, y —cuando se acceda a la solicitud— para la llevanza del libro registral sobre la totalidad de la finca, la Oficina que lleve el libro de la finca principal.

7. Segregación de una porción de finca:

1) Cuando una porción de finca vaya a ser gravada con un derecho, es necesario segregarla de la finca e inscribirla como finca independiente.

2) Cuando el derecho sea una servidumbre o una carga real puede prescindirse de la segregación si de ello no resulta confusión. En este caso son también aplicables las disposiciones del parágrafo 2 sobre la presentación de plano.

8. Derecho de superficie:

1) Si en el folio de una finca figura inscrito un derecho de superficie, a instancia de parte interesada se dedicará a este derecho un folio especial. Esto se hará de oficio cuando el derecho haya de ser enajenado o gravado.

2) La apertura de un folio especial será anotada en el folio de la finca.

9. Derechos subjetivamente reales:

1) Los derechos que correspondan al que en cada momento sea propietario de una finca pueden hacerse constar también, mediante solicitud, en el folio de esta finca. Está facultado para solicitarlo el propietario de la finca, así como cualquiera cuyo consentimiento sea necesario, según el parágrafo 876, inciso 2.º, del Código Civil, para la extinción del derecho.

2) La nota se practicará de oficio cuando el derecho sea modificado o extinguido.

3) La práctica de la nota, a que se refiere el apartado 2.º, ha de hacerse constar de oficio en el folio de la finca gravada.

10. Conservación de documentos:

1) Los documentos en los cuales se funde una inscripción, o a los que se haga referencia en ésta, han de ser conservados por la Oficina

registral. Tales documentos sólo pueden ser devueltos cuando, en lugar de los mismos, quede en la Oficina una copia autorizada.

2) El Ministro de Justicia puede disponer que cuando uno de los documentos señalados en el párrafo 1.º esté contenido en otra de las actas del Juzgado que lleva el Registro, en lugar de una copia autorizada del documento sea suficiente una remisión a tales actas.

3) Si el negocio que sirve de base al consentimiento formal de inscripción está contenido en un documento, pueden los interesados entregar a la Oficina registral el documento o una copia autorizada para su conservación.

11. Funcionario registral excluido:

Una inscripción en el libro registral no es radicalmente ineficaz porque la haya practicado un funcionario registral que esté excluido de intervenir en la inscripción por disposición de la ley.

12. Examen de los libros; copias:

1) El examen de los libros está permitido a todo el que acredite un interés legítimo. Lo mismo rige respecto de los documentos a los cuales se haya hecho referencia para completar una inscripción, y respecto de las solicitudes de inscripción aún no resueltas.

2) De todo cuanto se permita examinar de los libros registrales, de los documentos señalados en el apartado 1.º y de las solicitudes de inscripción no resueltas puede ser exigida una copia; la copia será autorizada a solicitud del interesado.

3) El Ministro de Justicia puede, no obstante, declarar permitido el examen de los libros y los documentos referidos en los apartados 1.º y 2.º con mayor amplitud a la señalada.

Sección II. Inscripciones en el libro registral

13. Principio de rogación:

1) Una inscripción sólo puede efectuarse, en tanto la ley no establezca otra cosa, en virtud de instancia. El momento en que una solicitud ingresa en la Oficina registral debe anotarse exactamente en aquélla. La solicitud entra en la Oficina registral cuando se presenta para su recepción por un funcionario competente.

2) Legitimado para tal solicitud está todo aquel cuyo derecho quede perjudicado por la inscripción o resulte beneficiado por la misma.

14. Legitimación para solicitar la rectificación:

La rectificación del libro registral a través de la inscripción de un titular puede ser solicitada también por aquel que, sobre la base de un título ejecutivo contrario al titular, pueda exigir una inscripción en el libro registral, siempre que la admisibilidad de esta inscripción dependa de la previa rectificación.

15. Legitimación del Notario:

Cuando la declaración requerida para hacer la inscripción sea documentada o autorizada por un Notario, se considerará a éste como facultado para solicitar la inscripción en nombre del legitimado para ello.

16. Solicitud con reserva:

1) A una solicitud de inscripción cuya ejecución esté sujeta a una reserva, no debe darse curso.

2) Si se solicitan diversas inscripciones, puede determinarse por el solicitante que una inscripción no sea practicada sin las otras.

17. Tramitación de diversas solicitudes:

Si se solicitan diversas inscripciones, que conciernen al mismo derecho, la inscripción posteriormente solicitada no puede practicarse antes de la ejecución de la solicitud primeramente formulada.

18. Obstáculos para la inscripción; denegación o suspensión:

1) Si existe un obstáculo a una inscripción solicitada, la Oficina registral procederá o bien a denegar la solicitud con indicación de las razones, o bien a señalar al presentante un plazo prudencial para la eliminación del obstáculo. En este último caso, la solicitud se denegará después de transcurrido el plazo, si entretanto no se ha demostrado la eliminación del obstáculo.

2) Si antes de la ejecución de la solicitud se solicita otra inscripción que concierna al mismo derecho, se practicará de oficio una prenotación o un asiento de contradicción en beneficio de la solicitud primeramente presentada; este asiento equivale, a los efectos del parágrafo 17, como ejecución de esa solicitud. La prenotación o el asiento de contradicción se cancelarán de oficio cuando se deniegue la solicitud primeramente presentada.

19. Principio de consentimiento:

Se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma.

20. Principio de acuerdo real:

En caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte.

21. El consentimiento en el caso de derechos subjetivamente reales:

Si corresponde un derecho, que quedará perjudicado por la inscripción, al que en cada momento sea titular de una finca, es necesario el consentimiento de la persona contemplada en el parágrafo 876, inciso 2.º, del Código Civil para la extinción del mismo derecho, pero sólo en el caso de que el derecho figure anotado en el folio de la finca.

22. Rectificación del libro registral:

1) Para la rectificación del libro registral no es necesario el consentimiento prevenido en el parágrafo 19, cuando la inexactitud sea demostrada. Esto rige especialmente para la inscripción o cancelación de una limitación de disponer.

2) La rectificación del Registro a través de la inscripción de un propietario o de un superficiario deberá realizarse, siempre que no se trate del caso del parágrafo 14 o la inexactitud sea demostrada, con el consentimiento del propietario o del superficiario.

23. Cancelación de derechos vitalicios:

1) Un derecho que está limitado a la vida del titular sólo puede cancelarse después de su muerte si quedan pensiones atrasadas por pagar, con el consentimiento de su causahabiente, cuando la cancelación deba efectuarse antes del transcurso de un año tras la muerte del titular, o cuando el causahabiente se haya opuesto a la extinción ante la Oficina registral; el asiento de contradicción se practicará de oficio en el libro registral. Si el titular es declarado fallecido, el plazo de un año empezará a contarse desde la publicación del auto que declare el fallecimiento.

2) El consentimiento del causahabiente previsto en el apartado 1.º no es necesario cuando conste en el libro registral que para la cancelación del derecho es suficiente la prueba de la muerte del titular.

24. Cancelación de derechos temporales:

Las disposiciones del parágrafo 23 son aplicables analógicamente cuando el derecho se extingue al alcanzar el titular una determinada edad o al llegar un determinado momento o acontecimiento.

25. Cancelación de prenotaciones y asientos de contradicción:

Si se ha practicado una prenotación o un asiento de contradicción en base a una medida provisional, no es necesario para la cancelación el consentimiento del titular cuando la medida provisional sea derogada por una sentencia ejecutiva. Esta disposición es aplicable analógicamente cuando se haya practicado una prenotación o un asiento de contradicción en base a un juicio ejecutivo provisional, según la Ordenanza Procesal Civil.

26. Transmisión y gravamen de derechos documentados en cédula:

1) Si ha de inscribirse la transmisión de una hipoteca, una deuda territorial o una deuda de renta, respecto de las cuales se haya otorgado cédula, es suficiente que en lugar de consentimiento para la inscripción exista declaración de cesión del acreedor.

2) Esta disposición es aplicable analógicamente cuando haya de inscribirse un gravamen sobre una hipoteca, una deuda territorial o una deuda de renta, o la transmisión o gravamen de un crédito, para cuya garantía existe un derecho inscrito.

27. Cancelación de derechos reales de garantía inmobiliaria:

Una hipoteca, una deuda territorial o una deuda de renta sólo pueden ser canceladas con consentimiento del propietario de la finca. En el caso de que haya de practicarse una cancelación para rectificar el libro registral, no es necesario tal consentimiento si se acredita la inexactitud.

28. Indicación de la finca y de las cantidades:

Al prestarse el consentimiento para la inscripción, o cuando éste no sea necesario, en la solicitud de inscripción, deberá indicarse la finca de conformidad con el libro registral, o hacerse referencia al folio correspondiente.

29. Manifestación de los documentos necesarios para la inscripción:

1) Una inscripción sólo puede practicarse cuando se acredite el consentimiento para la inscripción o las demás declaraciones exigidas para

realizarla, en documento público o autenticado. Otros presupuestos de la inscripción requieren, cuando no sean notorios para la Oficina registral, la prueba por documento público.

2) (Apartado derogado por la Ley de Documentación de 28 de agosto de 1969.)

3) Las declaraciones y solicitudes de una autoridad, en base a las cuales haya de practicarse una inscripción, han de ir firmadas y provistas de sello o timbre.

29. a) Prueba en el caso de prenotación cancelatoria:

Los presupuestos del párrafo 1.179 del Código Civil deben acreditarse; no es aplicable en este caso el párrafo 29 de esta ley.

30. Forma de la solicitud de inscripción y del poder:

Respecto de la solicitud de inscripción, así como del poder para la presentación de aquélla, rigen las disposiciones del párrafo 29 sólo cuando la solicitud deba ser reemplazada por una declaración requerida por la ley.

31. Forma de la retirada de la solicitud y de la revocación del poder:

Las declaraciones, a través de las cuales se retira una solicitud de inscripción o se revoca el poder otorgado para la presentación de una solicitud, requieren la forma prescrita en el párrafo 29, apartado 1.º

32. Prueba de las facultades representativas en sociedades mercantiles:

1) La prueba de que el Consejo de Administración de una Sociedad Anónima esté compuesto de las personas inscritas en el Registro Mercantil se acreditará por medio de una certificación del Juzgado sobre la inscripción.

2) Lo mismo rige para la prueba de las facultades representativas de una sociedad regular colectiva, una sociedad comanditaria, una sociedad comanditaria por acciones o una sociedad de responsabilidad limitada.

33. Prueba del régimen económico-matrimonial:

La prueba de que entre los cónyuges existe separación de bienes o un régimen económico contractual, o que un bien pertenece al «patrimonio reservado» de uno de los cónyuges, se acreditará con certificación del

Juzgado sobre la inscripción del régimen económico-matrimonial en el Registro de Bienes.

34. Referencia al Registro:

Si en los casos de los párrafos 32 y 33, la Oficina registral es al tiempo el Juzgado encargado del Registro, basta, en lugar de la certificación, la referencia al Registro.

35. Prueba de la sucesión y otros supuestos:

1) La prueba de la sucesión sólo puede practicarse a través de un certificado judicial de declaración de herederos. Si la sucesión está basada en una disposición *mortis causa*, contenida en un documento público, es suficiente con presentar, en lugar del certificado judicial de declaración de herederos, la disposición y el acta sobre la apertura de la misma; si la Oficina registral considera insuficientemente acreditada la sucesión a través de estos documentos, podrá exigir la presentación del certificado judicial de declaración de herederos.

2) La subsistencia de la sociedad conyugal continuada, así como la facultad del albacea testamentario para disponer de un bien relicto, sólo se consideran acreditadas en base a las certificaciones previstas en los párrafos 1.507 y 2.368 del Código Civil; en cuanto a la prueba de la facultad del albacea testamentario, se aplicarán analógicamente las disposiciones del apartado 1.º, inciso 2.º

3) Para la inscripción del propietario o copropietario de una finca puede la Oficina registral prescindir de los medios de prueba mencionados en los apartados 1.º y 2.º, y conformarse con otros medios de prueba para los que no se exija la forma del párrafo 29, cuando la finca o cuota de la misma sean de escaso valor y la obtención del certificado judicial de declaración de herederos o la certificación del párrafo 1.507 del Código Civil sólo puedan obtenerse con gastos o molestias desproporcionados. Al presentante puede exigírsele también para mayor seguridad que preste juramento.

36. Partición de una herencia o de un patrimonio común:

1) Cuando deba ser inscrita una finca o un derecho de superficie perteneciente a una herencia o al patrimonio común de una sociedad conyugal continuada, es suficiente, para la prueba de la sucesión y de la declaración exigida al interesado para la inscripción de la transmisión del dominio, una certificación del Tribunal del Caudal Relicto o del Juzgado

de Primera Instancia competente, según el parágrafo 99, apartado 2.º, de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

2) La certificación sólo debe expedirse cuando:

a) Se den los presupuestos para el otorgamiento de un certificado judicial de declaración de herederos, o se aporte la prueba de la comunidad conyugal a través de documentos públicos.

b) Se acredite la entrega de las declaraciones de los interesados en alguna de las formas exigidas por las disposiciones de la Ordenanza Inmobiliaria al Tribunal del Caudal Relicto, o al Juzgado de Primera Instancia competente, según el parágrafo 99, apartado 2.º, de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

3) Las disposiciones sobre la competencia para recibir la cesión permanecen invariadas.

37. Partición en caso de existencia de derechos reales de garantía inmobiliaria:

Las disposiciones del parágrafo 36 son aplicables analógicamente cuando en una hipoteca, una deuda territorial o una deuda de renta, que forme parte de una herencia o del patrimonio de una sociedad conyugal o continuada, uno de los interesados deba ser inscrito como nuevo acreedor.

38. Inscripción a requerimiento de una autoridad:

En los casos en que, por una disposición legal, una autoridad está facultada para solicitar una inscripción a la Oficina registral, se practicará la inscripción sobre la base de la solicitud de la autoridad.

39. Previa inscripción del perjudicado:

1) Una inscripción sólo puede practicarse cuando la persona cuyo derecho va a resultar perjudicado por aquélla figure inscrita como titular.

2) En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta, respecto de los cuales se haya extendido cédula, equivale a la inscripción del acreedor el hecho de que éste se halle en posesión de la cédula y acredite su derecho de crédito, según el parágrafo 1.155 del Código Civil.

40. Excepciones a la previa inscripción:

1) Si una persona, cuyo derecho resultara perjudicado por una inscripción, es heredero del titular inscrito, no se aplicará la disposición del parágrafo 39, apartado 1.º, cuando haya de inscribirse la transmisión o extinción del derecho, o cuando la solicitud de inscripción se funde en

el consentimiento del testador o del albacea dativo, o en un título ejecutivo dirigido contra el testador o el albacea dativo.

2) Lo mismo rige para una inscripción realizada sobre la base del consentimiento de un albacea testamentario, o sobre la base de un título ejecutivo contra el mismo, siempre que el consentimiento o el título deban surtir efecto respecto del heredero.

41. Presentación de la cédula hipotecaria:

1) Respecto de una hipoteca que haya sido documentada en cédula, sólo puede practicarse una inscripción cuando se presente la cédula. Para la práctica de un asiento de contradicción no es necesaria tal presentación cuando el asiento se ordene por una medida provisional, y el asiento de contradicción se funde en que la hipoteca o el crédito, para cuya garantía se ha constituido aquélla, no subsisten, o están sujetos a una excepción, o están inscritos erróneamente. La presentación de la cédula no es necesaria para practicar una prenotación cancelatoria, en el caso del párrafo 1.179 del Código Civil.

2) La presentación de la cédula hipotecaria es innecesaria cuando, en los casos de los párrafos 1.162, 1.170 y 1.171 del Código Civil, sea solicitado el otorgamiento de una nueva cédula sobre la base de una sentencia que declare su caducidad. Si el otorgamiento de la cédula es posteriormente denegado o la hipoteca cancelada, es suficiente la presentación de la sentencia que declare la caducidad.

42. Presentación de la cédula de deuda territorial o de deuda de renta:

Las disposiciones del párrafo 41 son aplicables analógicamente a la deuda territorial y a la deuda de renta. Sin embargo, si el derecho del tenedor de la cédula está inscrito, no es necesaria la presentación de la misma cuando la solicitud de inscripción esté fundada en el consentimiento de un representante nombrado, según el párrafo 1.189 del Código Civil, o en una decisión judicial dirigida contra él.

43. Presentación de títulos al portador y a la orden:

1) La inscripción de una hipoteca que garantice un crédito derivado de un título al portador, una letra de cambio u otro título transmisible por endoso sólo se practicará cuando se presente el documento; la inscripción se hará constar en el mismo.

2) Esta disposición no se aplicará cuando la inscripción deba practicarse en base al consentimiento de un representante nombrado, según

el párrafo 1.189 del Código Civil, o en una decisión judicial dirigida contra él.

44. Fecha y firma de la inscripción:

Cada inscripción debe expresar el día en que ha sido efectuada. Debe ser firmada por el funcionario competente.

45. Orden de prioridad de las inscripciones; anotación del rango:

1) Si en una sección del libro registral han de realizarse diversas inscripciones, han de conservar el orden de prioridad que corresponda al orden cronológico de las solicitudes; si las solicitudes se han presentado al tiempo, debe expresarse en el libro registral que las inscripciones tienen el mismo rango.

2) Si han de practicarse diversas inscripciones, que no han sido solicitadas al mismo tiempo, en secciones distintas, con indicación del mismo día, ha de hacerse constar en el libro registral que la inscripción posteriormente solicitada es de inferior rango que la solicitada en primer lugar.

3) Estas disposiciones no son aplicables si la relación de rango no se mantiene o es determinada de forma distinta por los presentantes de la solicitud.

46. Extinción de derechos y limitaciones de disponer:

1) La extinción de un derecho o de una limitación de disponer se efectúa a través de una cancelación.

2) Cuando se traslade una finca o porción a otro folio, y no se traslade también un derecho inscrito, se considerará éste como cancelado respecto de la finca o porción.

47. Inscripción de derechos comunes:

Si un derecho debe inscribirse a favor de varios en común, debe practicarse la inscripción de forma que o bien se indiquen las cuotas de los titulares en fracciones numéricas o se señale la relación jurídica determinante de la comunidad.

48. Gravamen conjunto:

1) Si varias fincas son gravadas con un mismo derecho, se hará constar de oficio en el folio de cada finca el gravamen de las demás. Lo mismo rige cuando un derecho que exista sobre una finca pase a gra-

var ulteriormente otra finca, o cuando en el caso de traslado de una porción de finca a otro folio registral, se traslade conjuntamente un derecho inscrito.

2) En cuanto un gravamen conjunto se extinga, debe hacerse contar de oficio.

49. *Altenteil*:

Cuando se inscriban servidumbres y cargas reales, como *Leibgedinge*, *Leibzucht*, *Altenteil* o *Auszug*, no es necesario consignar los derechos particularizadamente, cuando se hicieron constar en el consentimiento para la inscripción.

50. Obligaciones al portador:

1) Para la inscripción de una hipoteca en garantía de obligaciones al portador es suficiente con que se exprese el importe conjunto de la hipoteca, con indicación del número, la cuantía y la designación de las fracciones.

2) Esta disposición es aplicable por analogía cuando una deuda territorial o una deuda de renta haya de inscribirse a favor del tenedor de la cédula y el derecho haya de descomponerse en partes.

51. Inscripción del heredero fiduciario y del fideicomisario:

En la inscripción de un heredero fiduciario ha de expresarse al tiempo el derecho del fideicomisario, y cuando el heredero fiduciario quede libre de las limitaciones de sus facultades dispositivas, se hará constar de oficio esta liberación.

52. Inscripción del albacea testamentario:

Si existe un albacea testamentario nombrado, ha de ser inscrito de oficio al tiempo de practicarse la inscripción a favor del heredero, a no ser que el bien hereditario no esté sujeto a la administración del albacea.

53. Asientos de contradicción y cancelación practicados de oficio:

1) Si resulta que la Oficina registral ha practicado una inscripción con infracción de disposiciones legales, por virtud de la cual el libro registral ha resultado inexacto, habrá de practicarse de oficio un asiento de contradicción. Si una inscripción resulta ilícita por su contenido, habrá de ser cancelada de oficio.

2) En el caso de hipoteca, deuda territorial o deuda de renta no es

necesario, para la práctica de un asiento de contradicción, la presentación de la cédula cuando el asiento de contradicción tenga el contenido expresado en el párrafo 41, apartado 1.º, inciso 2.º Esta disposición no es aplicable cuando la cédula hipotecaria, de deuda territorial o de deuda de renta estén extendidas al portador.

54. Cargas públicas:

Las cargas públicas que recaigan sobre una finca están, como tales, excluidas de la inscripción en el libro registral, a no ser que su inscripción esté expresamente permitida u ordenada por la ley.

55. Notificación de las inscripciones:

Toda inscripción debe notificársele al solicitante, al propietario y a todas las personas que aparezcan en el libro registral, y a cuyo favor se haya practicado aquélla o cuyo derecho resulte perjudicado por la misma; la inscripción de un propietario debe notificarse también a aquellos a cuyo favor aparezca inscrita una hipoteca, una deuda territorial, una deuda de renta, una carga real u otro derecho semejante en el libro registral. Cada inscripción practicada en el folio de un «hogar familiar» debe notificarse también al concedente del mismo. Podrá renunciarse a la notificación.

Sección III. Cédula hipotecaria, de deuda territorial y de deuda de renta

56. Expedición y contenido de la cédula:

La cédula hipotecaria será expedida por la Oficina registral. Deberá contener la denominación de «cédula hipotecaria» y expresar la cuantía pecuniaria de la hipoteca y la finca gravada, así como ir provista de sello o timbre.

57. Restante contenido de la cédula:

1) La cédula hipotecaria deberá contener el número del folio registral y el contenido de las inscripciones relativas a la hipoteca. La finca gravada debe ser designada con el número correlativo con que esté consignada en la descripción del libro registral. Las prenotaciones cancelatorias relativas a la hipoteca, practicadas según el párrafo 1.179 del Código Civil, deben recogerse en la cédula hipotecaria.

2) Si varían los datos expresados en el apartado 1.º, incisos 1.º y 2.º, debe completarse la cédula hipotecaria a instancia del interesado, siempre que tal rectificación no se haya practicado ya en virtud de otras disposiciones.

58. Unión del título de deuda y la cédula:

1) Cuando se extienda un título relativo a un crédito garantizado con hipoteca, debe unirse el título a la cédula hipotecaria. Si el contenido del título se extiende a otros asuntos, es suficiente con que un extracto autorizado del mismo se una a la cédula hipotecaria.

2) Derogado por Ley de 20 de diciembre de 1963.

3) Para la prueba de que un título de deuda no ha sido extendido es suficiente con una declaración del propietario dirigida a ello.

59. Hipoteca solidaria:

1) Respecto de una hipoteca solidaria sólo puede expedirse una cédula hipotecaria.

2) Cuando los libros registrales de las fincas gravadas sean llevados por distintas Oficinas, cada una de ellas debe expedir una cédula especial respecto de cada finca cuyo folio registral esté a su cargo; las cédulas deberán unirse unas con otras.

60. Entrega de la cédula hipotecaria:

1) La cédula hipotecaria debe entregarse al propietario de la finca; en caso de expedición posterior, debe entregarse al acreedor.

2) Si indica un propietario o un acreedor distinto, se aplicará la disposición del parágrafo 29, apartado 1.º, inciso 1.º, analógicamente.

61. Cédula de hipoteca parcial:

1) Una cédula hipotecaria parcial puede expedirse por la Oficina registral, un Juzgado o un Notario.

2) La cédula hipotecaria parcial debe contener la denominación de «cédula hipotecaria parcial», así como una transcripción autorizada de los datos previstos en el parágrafo 56, inciso 2.º, relativos a la cédula anterior, el importe parcial de la hipoteca a la que se refiere, e ir provista de firma y sello o timbre. Debe contener, además, una transcripción autorizada de los restantes datos de la cédula anterior y de las notas que se contuvieran en la misma. El título de deuda que estuviere unido a la cédula anterior, se unirá, en copia autorizada, a la cédula hipotecaria parcial.

3) La expedición de la cédula hipotecaria parcial se anotará en la cédula anterior.

62. Notas de inscripciones en la cédula:

1) Las inscripciones que se practiquen con relación a la hipoteca, se anotarán por la Oficina registral en la cédula hipotecaria; la nota deberá ir provista de firma y de sello o timbre. El inciso 1.º no es aplicable a los casos de prenotaciones cancelatorias practicadas según el parágrafo 1.179 del Código Civil.

2) En los casos del parágrafo 53, apartado 1.º, la Oficina registral debe exigir al poseedor de la cédula la presentación de la misma. Igualmente procederá cuando, en los casos de los parágrafos 41, apartado 1.º, inciso 2.º, y 53, apartado 2.º, no se presente la cédula para anotar en ella la oposición.

63. Extensión posterior del gravamen:

Si tras la expedición de la cédula se grava con la hipoteca otra finca inscrita en la misma Oficina registral, habrá de hacerse constar la extensión del gravamen en la cédula anterior, en tanto no se otorgue una nueva cédula relativa a la hipoteca solidaria, y se completará el contenido de aquélla respecto de las demás fincas en la forma determinada en el parágrafo 57.

64. Distribución de una hipoteca solidaria:

En caso de distribución de una hipoteca solidaria entre las distintas fincas, se extenderá una nueva cédula para cada finca.

65. Transformación de la hipoteca: cambio del crédito:

Si, en los casos de los parágrafos 1.177, apartado 1.º, o 1.198 del Código Civil, una deuda territorial o una deuda de renta sustituye a la hipoteca, debe hacerse constar la inscripción del cambio de derechos en la cédula anterior, en tanto no se solicite la expedición de una nueva cédula, y se desglosará el título de deuda unido a la cédula.

66. Cédula común:

Si a un acreedor le corresponden diversas hipotecas que tienen el mismo rango, o que en el rango se suceden inmediatamente, se expedirá a su instancia y con consentimiento de los propietarios una única cédula que abarque todas las hipotecas.

67. Expedición de una nueva cédula:

Se accederá a la solicitud del titular dirigida a la expedición de una nueva cédula, cuando se presente la cédula anterior o la sentencia que declare la caducidad.

68. Contenido de la nueva cédula:

1) Cuando se expida una nueva cédula, deberá contener la indicación de que sustituye a la cédula anterior.

2) Las notas que se practiquen, según los parágrafos 1.140, 1.145 y 1.157 del Código Civil, y se refieran a la relación jurídica entre el propietario y el acreedor, se trasladarán a la nueva cédula.

3) La expedición de la cédula se anotará en el libro registral.

69. Inutilización de la cédula:

Cuando se cancele una hipoteca, debe inutilizarse la cédula: lo mismo rige cuando ulteriormente se concluya la expedición de la cédula relativa a una hipoteca, o en el lugar de la cédula anterior se extienda una nueva cédula hipotecaria, una cédula de renta territorial o una cédula de deuda de renta. El título de deuda unido a la cédula anterior se desglosará y se devolverá hasta que deba unirse a una nueva cédula hipotecaria.

70. Cédula de deuda territorial y de deuda de renta:

1) Las disposiciones de los parágrafos 56 a 69 son aplicables por analogía a las cédulas de deuda territorial y de deuda de renta. La cédula de renta debe indicar también el capital fijado para la redención.

2) Si la deuda territorial o la deuda de renta inscritas a favor del tenedor de la cédula está dividida en partes, debe expedirse una cédula especial para cada parte.

Sección IV. Recursos

71. Procedencia del recurso:

1) Contra las decisiones de la Oficina registral procede el recurso de alzada.

2) Los recursos contra una inscripción son improcedentes. A través del recurso de alzada puede, sin embargo, solicitarse que se ordene a la Oficina registral la práctica de un asiento de contradicción, conforme al parágrafo 53, o una cancelación.

72. Tribunal de alzada:

Sobre el recurso de alzada decide el Tribunal Territorial (Audiencia Provincial) en cuya circunscripción radique la sede de la Oficina registral.

73. Interposición del recurso:

1) El recurso puede interponerse ante la Oficina registral o ante el Tribunal de alzada.

2) El recurso debe interponerse mediante la presentación de un escrito o mediante una declaración de la cual deberá levantar acta la Oficina registral o la Secretaría del Tribunal de alzada.

74. Nuevas alegaciones:

El recurso puede apoyarse en nuevos hechos y pruebas.

75. Resolución por la Oficina registral:

Si la Oficina estima fundado el recurso habrá de resolverlo.

76. Medida provisional del Tribunal de alzada; eficacia aplazadora:

1) El Tribunal de alzada puede, antes de dictar sentencia, decretar una medida provisional, y en especial, instar a la Oficina registral a la práctica de una prenotación o un asiento de contradicción, o disponer que la ejecución de la decisión apelada quede en suspenso.

2) La prenotación o el asiento de contradicción serán cancelados de oficio cuando el recurso sea retirado o rechazado.

3) El recurso sólo tendrá eficacia aplazadora cuando vaya dirigido contra una disposición que fije una multa administrativa.

77. Fundamentación de la resolución del recurso:

La sentencia del Tribunal de apelación deberá expresar los fundamentos en que se base y comunicarse al recurrente.

78. Recursos ulteriores:

Contra la sentencia del Tribunal de apelación procede el «recurso ulterior», cuando la sentencia esté basada en una infracción legal. Las disposiciones de los parágrafos 550, 561 y 563 de la Ley Procesal Civil son aplicables por analogía.

79. Tribunal competente para resolver el «recurso ulterior»:

1) Sobre el «recurso ulterior» decide el Tribunal Territorial Superior (Audiencia Territorial).

2) Si pretende el Tribunal Territorial Superior apartarse de la interpretación de una norma legal relativa al Derecho registral, en base a la cual se han dictado sentencias por diversos recursos en otros Tribunales Territoriales Superiores, o se haya publicado una decisión del Tribunal Supremo Federal, deberá presentar a éste los «recursos ulteriores», expresando los fundamentos de su interpretación legal. La resolución de la consulta se comunicará al recurrente.

3) En los casos del apartado 2.º decide sobre los «recursos ulteriores» el Tribunal Supremo Federal.

80. Interposición del «recurso ulterior»:

1) El «recurso ulterior» puede interponerse ante la Oficina registral, el Tribunal Territorial o el Tribunal Territorial Superior. Si se interpone a través de escrito, éste deberá ir firmado por Abogado. La asistencia de Abogado no es necesaria cuando el recurso se interponga por una Autoridad o por el Notario que haya solicitado la inscripción, en el caso del párrafo 15.

2) La Oficina registral y el Tribunal Territorial no están facultados para resolver el «recurso ulterior».

3) En lo demás son aplicables por analogía las normas sobre recursos.

81. Disposiciones complementarias:

1) Los recursos se resuelven, en los Tribunales Territoriales, por la Sala de lo Civil (denominada *Zivilkammer*), y en los Tribunales Territoriales Superiores, por la Sala de lo Civil (denominada *Zivilsenat*).

2) Las disposiciones de la Ley Procesal Civil sobre la exclusión y recusación de los Jueces, así como las disposiciones de los párrafos 136, 137 y 138 de la Ley de Organización de los Tribunales, son aplicables análogicamente.

Sección V. Modo de proceder la Oficina registral en casos especiales

1. Obligación de rectificar los libros registrales

82. Obligación de presentar la solicitud:

Si el libro registral ha devenido inexacto respecto de la inscripción del propietario, por haber sido transmitido el derecho fuera del libro regis-

tral, la Oficina debe imponer al propietario o al albacea, al que corresponda la administración de la herencia, la obligación de presentar la solicitud de rectificación del libro registral, y proporcionar los documentos necesarios para la rectificación de aquél. La Oficina registral debe aplazar esta medida mientras existan causas justificadas.

82. a) Rectificación de oficio:

Si se dan las circunstancias del párrafo 82, y no puede llevarse a cabo el procedimiento de rectificación obligatoria, o no hay perspectivas de éxito, el libro registral puede ser rectificado de oficio por la Oficina. La Oficina registral puede, en este caso, recurrir al Tribunal del Caudal Relicto para la indagación del heredero del propietario.

83. Deber de informar del Tribunal del Caudal Relicto:

El Tribunal del Caudal Relicto que haya expedido un certificado judicial de declaración de herederos o, en otro caso, haya indagado sobre los mismos, cuando sepa que una finca corresponde a una herencia, debe comunicar a la Oficina registral la muerte del causante y la identidad de los herederos. Si se abre un testamento o un contrato sucesorio, debe el Tribunal, cuando igualmente sepa que una finca corresponde a la herencia, comunicar la muerte del causante a la Oficina registral competente, y advertir a los herederos, siempre que conozca su paradero, que tras la muerte del causante, el libro registral ha resultado inexacto, y comunicarles qué bonificaciones fiscales existen por la rectificación del Registro.

II. Cancelación de inscripciones sin objeto

84. Concepto de inscripciones sin objeto:

1) La Oficina registral puede cancelar de oficio la inscripción de un derecho, conforme a las disposiciones siguientes, por carecer de objeto.

2) Una inscripción carece de objeto:

a) Cuando el derecho al que se refiere no subsiste o su nacimiento resulta imposible.

b) Cuando el derecho al que se refiere no puede ser ejercitado en lo sucesivo por razones de hecho.

3) Como derechos, en el sentido de los apartados 1.º y 2.º, se entienden también las prenotaciones, los asientos de contradicción, las limitaciones de disponer, las notas de expropiación y otras figuras análogas.

85. Incoación del procedimiento:

1) La Oficina registral sólo debe iniciar, en principio, el procedimiento de cancelación de inscripciones sin objeto, cuando especiales circunstancias externas den motivo para ello (como transcripción de folios registrales intrincados, enajenación parcial o nuevos gravámenes sobre una finca, solicitud por parte de uno de los interesados) y exista fundamento para suponer que la inscripción carece de objeto.

2) La Oficina registral decide a su libre arbitrio si el procedimiento de cancelación debe iniciarse y llevarse a cabo; esta decisión es irrevocable.

86. Iniciación del procedimiento a instancia de un interesado:

Si un interesado ha instado la iniciación del procedimiento de cancelación, la Oficina registral debe expresar las causas de la decisión, por la que rechaza la iniciación del procedimiento o sobresea el procedimiento iniciado.

87. Supuestos de cancelación:

La inscripción debe cancelarse:

a) Cuando de hechos o relaciones jurídicas, acreditados en la forma que determina la ley, resulte que la inscripción carece de objeto.

b) Cuando se notifique al interesado un aviso de cancelación, y éste no haya formalizado la impugnación dentro del plazo señalado por la Oficina registral.

c) Cuando a través de una resolución fundada se haga constar de manera firme que la inscripción carece de objeto.

88. Procedimiento:

1) La Oficina registral puede pedir al poseedor de cédulas hipotecarias, cédulas territoriales o cédulas de renta, o de documentos del tipo de los señalados en los parágrafos 1.154 y 1.155 del Código Civil, la presentación de los mismos.

2) El parágrafo 16 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria es aplicable al aviso de cancelación (del parágrafo 87, letra b)) y a la resolución declarativa (del parágrafo 87, letra c)) de la siguiente forma:

a) Los parágrafos 174 y 175 de la Ordenanza Procesal Civil no son aplicables.

b) El aviso de cancelación (del parágrafo 87, letra b)) no puede notificarse públicamente.

c) La resolución declarativa (del parágrafo 87, letra c)) también puede ser anunciada públicamente cuando la persona que deba ser notificada sea desconocida.

89. Recursos contra la resolución:

1) El recurso contra la resolución declarativa puede interponerse en un plazo de dos semanas, a contar desde la notificación de resolución apelada al recurrente. La Oficina registral y el Tribunal de alzada pueden señalar en casos especiales un plazo mayor en su resolución.

2) En el testimonio de la resolución destinado a la notificación debe advertirse si existe algún recurso permitido contra la resolución, y ante qué autoridad, en qué forma y durante qué plazo puede interponerse.

III. Clarificación del rango

90. Supuestos:

La Oficina registral puede, en casos especiales, y sobre todo, en el de transcripción de libros registrales intrincados, eliminar las confusiones y complicaciones en las relaciones de rango, tanto de oficio como a instancia de parte.

91. Iniciación del procedimiento:

1) Antes de transcribir un folio registral intrincado, debe examinar la Oficina registral si las relaciones de rango están confusas o embrolladas y si su clarificación resulta oportuna según las circunstancias. La Oficina registral decide en este punto a su libre arbitrio. La decisión es irrecurrible.

2) La decisión por la que se inicia el procedimiento ha de notificarse a todos los interesados.

3) La iniciación del procedimiento ha de anotarse en el libro registral.

4) La decisión por la que se rechaza una solicitud de iniciación del procedimiento ha de ponerse únicamente en conocimiento del presentante.

92. Interesados:

1) Se consideran interesados en el procedimiento:

a) Los propietarios inscritos al tiempo de practicarse la nota (a que se refiere el parágrafo 91, apartado 3.º), y cuando la finca esté gravada

con una hipoteca, deuda territorial o deuda de renta solidaria, los propietarios inscritos de las demás fincas gravadas con uno de estos derechos.

b) Las personas que en el momento determinado en apartado anterior tengan inscrito a su favor un derecho sobre la finca, o sobre un derecho de la finca gravada, o un interés asegurado con una inscripción.

c) Las personas que invoquen un derecho sobre la finca, o sobre un derecho de la finca gravada, y lo acrediten a requerimiento de la Oficina registral o de uno de los interesados.

2) No se considera interesado a aquel cuyo derecho no resulte perjudicado por la clarificación del rango.

93. Obligación de notificación del titular inscrito:

Si el que figura como propietario en el libro registral o titular inscrito no es el verdadero titular, deberá notificarlo a la Oficina registral inmediatamente después de habersele anunciado la decisión de iniciar el procedimiento e indicar lo que le sea conocido sobre la persona del verdadero titular. Al tiempo de anunciarse la decisión de iniciar el procedimiento, debe advertirse por escrito esta obligación de suministrar noticias.

94. Indagación sobre el titular:

1) La Oficina registral puede iniciar de oficio indagaciones sobre si la propiedad o un derecho real corresponden al titular inscrito o a otro, y reclamar las pruebas adecuadas al efecto. En qué medida es aplicable el parágrafo 35 lo decidirá, a su libre arbitrio, la Oficina registral.

2) Al titular indagado se le considerará también, desde el momento de su identificación, como interesado.

3) Si existe la duda sobre cuál de varias personas es el titular, se considerarán a todas ellas como titulares.

95. Cambio de titulares:

1) Si cambia en el transcurso del procedimiento la persona de un titular, se considerará al nuevo titular como interesado desde el momento en que su persona sea conocida por la Oficina registral.

2) Lo mismo tendrá lugar cuando en el transcurso del procedimiento se constituya un nuevo derecho sobre la finca, o sobre un derecho de la finca gravada, que resulte afectado por el procedimiento.

96. Nombramiento de un curador:

Si la persona o el paradero de un interesado o su representante son desconocidos, la Oficina registral podrá nombrar al interesado un cura-

dor para el procedimiento de clarificación del rango. En tal supuesto, sustituirá al Tribunal de Tutelas la Oficina registral.

97. Representante para las notificaciones:

1) Si un interesado no reside en Alemania, y no ha nombrado un representante que resida en ella, puede ordenarle la Oficina registral que nombre un representante que resida en Alemania para la recepción de las notificaciones destinadas a él y para actuar en el procedimiento.

2) Si la Oficina registral ha ordenado lo anterior, y mientras el interesado no nombre representante, podrá actuarse de manera que, tras el emplazamiento, todas las notificaciones posteriores se envíen por correo con la dirección del lugar de residencia del interesado; en los envíos deberá consignarse la expresión «certificado». La citación se tendrá por realizada con el envío por correo, incluso cuando sea devuelta al remitente.

98. Prohibición de notificaciones públicas:

Las notificaciones públicas son improcedentes.

99. Presentación de documentos:

La Oficina registral puede pedir a los poseedores de cédulas hipotecarias, de deudas territoriales y de deudas de renta, así como de los documentos del tipo de los señalados en los párrafos 1.154 y 1.155 del Código Civil, la presentación de tales documentos.

100. Emplazamiento:

La Oficina registral debe emplazar a los interesados para la clarificación de las relaciones de rango. La citación debe contener la advertencia de que aquélla podría actuar sin tener en cuenta la ausencia del interesado en la clarificación de las relaciones de rango.

101. Plazo para la comparecencia:

1) El plazo entre la citación y la comparecencia debe ser, al menos, de dos semanas.

2) Esta disposición no es aplicable a los casos de suspensión o continuación del procedimiento. Los citados para la primera comparecencia no necesitan ser citados para las posteriores, si éstas habían sido anunciadas.

102. Audiencia:

1) En la audiencia ha de procurar la Oficina registral llevar a los interesados a un acuerdo sobre una clara organización del rango. Si llegan a un acuerdo los interesados que hayan comparecido, la Oficina registral levantará acta del acuerdo. Un interesado que no haya comparecido puede manifestar su asentimiento al acuerdo en documento público o legitimado.

2) Si se ponen de acuerdo los interesados, deberá transcribirse el libro registral de conformidad con el acuerdo.

103. Propuesta de la Oficina registral:

Si no se ponen de acuerdo los interesados, la Oficina registral les hará una propuesta para una nueva ordenación del rango. Podrá proponerse una modificación de las relaciones de rango preexistentes, en tanto sea requerida para lograr una clara ordenación del rango.

104. Oposición a la propuesta:

1) La propuesta deberá notificarse a los interesados con la advertencia de que durante el plazo de un mes, a contar de la notificación, podrán formular su oposición ante la Oficina registral. En casos especiales puede concederse un plazo más largo.

2) La oposición deberá ser formulada por escrito o por declaración, de la que deberá levantar acta el Secretario de la Oficina; en este último caso, se considerará respetado el plazo cuando la declaración sea formulada dentro del mismo.

105. Reposición de los trámites al anterior estado:

1) La Oficina registral concederá al interesado que, sin culpa suya, se viera imposibilitado de utilizar el plazo, y a instancia del mismo, la reposición de los trámites al anterior estado, si dentro de las dos semanas, a contar desde la eliminación del obstáculo, formula la oposición y prueba los hechos que determinen la necesidad de reposición.

2) La decisión, a través de la cual se acceda a la reposición, es inapelable; contra la decisión por la que se rechaza la solicitud de reposición por ser improcedente, se admite el recurso de alzada con arreglo a las disposiciones de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

3) La reposición no podrá ser solicitada después de haberse inscrito la nueva ordenación del rango, o de haber transcurrido un año desde que expiró el plazo no utilizado.

106. Suspensión del procedimiento:

1) Cuando esté pendiente un litigio que tenga por objeto las relaciones de rango relativas a una finca, se suspenderá el procedimiento a instancia de un interesado, hasta la resolución de aquel litigio.

2) La Oficina registral puede suspender de oficio el procedimiento y señalar a los interesados o a alguno de ellos un plazo para aportar el fallo judicial, cuando el establecimiento de una nueva ordenación del rango dependa de la decisión de un litigio sobre las relaciones de rango anteriores.

107. Continuación del procedimiento:

Resuelto el litigio, la Oficina registral continuará el procedimiento en cuanto sea necesario para lograr una clara ordenación del rango.

108. Fijación de la nueva ordenación del rango:

1) Transcurrido el plazo de oposición, la Oficina registral fijará, mediante una resolución, la nueva ordenación del rango, siempre que no haya motivo para hacer una nueva propuesta. Al tiempo decidirá sobre las oposiciones no resueltas, y la decisión deberá expresar los fundamentos en que se base.

2) Una vez resuelta una oposición, comunicará la decisión a todos los interesados.

109. Sobreseimiento del procedimiento:

La Oficina registral podrá sobreseer en cualquier tiempo el procedimiento, cuando de su continuación no espere ningún resultado. La decisión de sobreseimiento es inapelable.

110. Recurso de alzada:

1) Si la Oficina ha fijado en su resolución una nueva ordenación del rango, decidiendo sobre una oposición, podrá admitirse contra aquélla un recurso de alzada, de conformidad con los preceptos de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria.

2) Un recurso ulterior al de queja es improcedente.

111. Transcripción del libro registral:

Fijada la nueva ordenación del rango mediante resolución que tenga fuerza de cosa juzgada, la Oficina registral transcribirá el libro con arreglo a la nueva ordenación.

112. Nueva ordenación del rango:

Una vez inscrita la nueva ordenación del rango, sustituirá a la anterior.

113. Cancelación de la nota practicada por incoación del procedimiento:

Una vez inscrita la nueva ordenación del rango o sobreseído el procedimiento, se cancelará la nota practicada por incoación del procedimiento.

114. Costas del procedimiento:

Las costas del procedimiento en primera instancia se distribuirán por la Oficina registral a su justo criterio.

115. Costas de un litigio resuelto:

Si durante el procedimiento se ha resuelto un litigio pendiente, cada parte cargará con las costas extrajudiciales que le correspondan. Las costas judiciales serán suprimidas.

Sección VI. Disposiciones transitorias y finales**116. Entrada en vigor:**

1) Esta ley entrará en vigor, en cuanto se refiere al establecimiento de los libros registrales, al mismo tiempo que el Código Civil, y en lo restante entrará en vigor en cada circunscripción registral, en el momento en que los libros registrales puedan considerarse establecidos.

2) Los artículos 2 a 5, 32 y 55 de la Ley de Introducción al Código Civil son aplicables analógicamente.

117. Subsistencia de los Derechos territoriales:

En la medida en que la Ley de Introducción al Código Civil permite la vigencia de los Derechos territoriales, regirán también las disposiciones de los Derechos territoriales sobre la institución registral.

118. Subsistencia de derechos inmobiliarios especiales:

1) Las disposiciones del párrafo 20 y del párrafo 22, apartado 2.º, sobre el derecho de superficie son aplicables analógicamente a los

derechos mencionados en los artículos 63 y 68 de la Ley de Introducción al Código Civil.

2) Si en el folio correspondiente a una finca figura inscrito un derecho del tipo de los señalados en los artículos 63 y 68 de la Ley de Introducción al Código Civil, podrá dedicarse a este derecho, a instancia de parte, un folio propio. Esto se hará de oficio cuando el derecho sea enajenado o gravado. La apertura de un folio especial será anotada en el folio de la finca.

3) Las leyes territoriales pueden determinar que, en lugar de las disposiciones del apartado 2.º, se apliquen analógicamente las disposiciones de los párrafos 14 a 17 del Decreto sobre el derecho de superficie.

119. Libros anteriores:

Los libros que se hubiesen llevado conforme a las disposiciones anteriormente vigentes, tendrán la consideración de libros registrales en el sentido de esta ley.

120. Diversos libros antiguos destinados a una sola finca:

Si, según lo señalado en el párrafo 119, fueren llevados varios libros, cada finca debe tener un lugar especial en uno de ellos. A este lugar remitirán las inscripciones que figuren en los demás libros. El lugar dedicado a la finca en el libro principal, y las inscripciones en que se hubiera hecho la remisión, tendrán la consideración, conjuntamente, de folio registral.

121. Designación de las fincas en los libros antiguos:

Si en los libros que, según el párrafo 119, tienen la consideración de libros registrales, no se designara a las fincas conforme establece el párrafo 2.º, apartado 2.º, se efectuará esta designación de oficio.

122. Apertura posterior de folios registrales:

El procedimiento para la inscripción de fincas a las que no se hubiese destinado un folio propio al instalarse los nuevos Registros, se determinará por Decreto del Ministerio de Justicia.

123. Reconstrucción de los libros territoriales:

Los gobiernos territoriales o las autoridades territoriales superiores por ellos designadas podrán determinar, a través de reglamentos, el pro-

cedimiento dirigido a la reconstrucción de los libros registrales total o parcialmente destruidos o perdidos, así como para la readquisición de los documentos señalados en el parágrafo 10, apartado 1.º, que se hubiesen destruido o perdido. Podrán determinar también en qué forma se sustituirán las inscripciones que necesariamente tengan que practicarse para producir una modificación jurídica, hasta la reconstrucción del libro registral.

124. Examen de las actas registrales:

El Ministerio de Justicia podrá dictar Ordenes sobre el examen de las actas registrales y sobre la expedición de copias, sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 12.

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- ARNOLD, MEYER, STOLTE: *Rechtspflegergesetz*, 1978.
 BALSER, BÖGNER: *Vollstreckung im Grundbuch*, 1967.
 BAUER, HAUSCHILD, SCHÄFER: *Grundbucheintragungen*, 1959.
 BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 1978.
 BENDEL, SIMMERDING: *Grundbuch, Grundstücke, Grenze*, 1978.
 BRAND, SCHNITZLER: *Verfahren in Grundbuchsachen*, 1957.
 DAIMER, REITHMANN: *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 1974.
 EICKMANN: *Grundbuchverfahrensrecht*, 1978.
 EICKMANN, GUROWSKI: *Grundbuchrecht*, 1977.
 EICKMANN, HAEGELE, RIEDEL: *Rechtspflegergesetz*, 1970.
 GANTZER: *Grundbuchordnung*, 1973.
 GLASER: *Das Grundbuchwesen*, 1953.
 GÜTHE, TRIEBEL: *Grundbuchordnung*, 1936.
 HAEGELE: *Grundstückverkehrsbeschränkungen*, 1970.
 HARTWIG: *Sachenrecht und Wertpapierrecht*, 1974.
 HEDEMANN: *Sachenrecht*, 1960.
 HEROLD: *Grundstücksrecht*, 1963.
 HESSE, SAAGE, FISCHER: *Grundbuchordnung*, 1957.
 HOCH: *Sachenrecht*, 1967.
 HONISCH: *Grundbuchscheule*, 1967.
 HORBER: *Grundbuchordnung*, 1978.
 KEHRER, BÜHLER, SCHÖN, TRÖSTER: *Notar und Grundbuch*, 1971.
 KORINTENBERG, ACKERMANN, LAPPE: *Kostenordnung*, 1978.
 KRÄMER, ILLNER: *Grundbuchpraxis in Baden*, 1961.
 KRIEDEL: *Grundstücksteilungen und Grundstücksvereinigungen*, 1967.
 KURANDT: *Grundbuch und Liegenschaftskataster*, 1957.
 KUNTZE, ERTL, HERRMANN, EICKMAN: *Grundbuchrecht*, 1974.
 LANGE: *Sachenrecht*, 1967.

- LENT, SCHWAB: *Sachenrecht*, 1977.
LÖFFLER: *Grundbuch und Grundstücksrecht*, 1969
LÖSCHER: *Grundbuchrecht*, 1974.
MEIKEL, IMHOF, RIEDEL: *Grundbuchrecht*, 1965.
NOAK: *Liegenschaftsrecht*, 1975.
QUANDT: *Zwangsvollstreckung in das Grundbuch*, 1960
REICHEL: *Die Stellung des Rechtspflegers in der Gerichtsorganisation*, 1979.
RICHTER: *Das materielle und das formelle Grundbuchrecht in seiner Beziehung zum Liegenschaftskataster*, 1950.
RIGGERS: *Grundbuchrecht*, 1967.
RIPFEL: *Grundbuchrecht*, 1961.
ROHS: *Die Geschäftsführung der Notare*, 1974.
SCHÖNFELDER, HOCH: *Prüfe Dein Wissen, Sachenrecht*, 1968
SECKELMANN: *Die Grundschild als Sicherungsmittel*, 1965
STROMBECK: *Grundriss des Liegenschaftskatasters*, 1959
THIEME: *Grundbuchordnung, Kommentar*, 1955
WESTERMANN: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 1969.
WOLFF, RAISER: *Sachenrecht*, 1970.

VIDA JURIDICA

Ateneo Hispano-Rioplatense de Derecho Registral y VII Colación de Grados en la Universidad Notarial Argentina

Conjuntamente, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la Universidad Notarial Argentina, organizaron durante los días 24 al 26 de noviembre de 1981 un Ateneo de Derecho Registral, haciendo coincidir su clausura con el acto solemne de la VII Colación de Grados en la Universidad. En dichos actos figuraba como ceremonia especial la entrega a JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad, del diploma de Profesor Honorario de la Universidad Notarial. Es la cuarta vez que este diploma se otorga, siendo España la que ocupa este lugar después de Puerto Rico, Chile y México.

Los actos tuvieron una afluencia masiva de profesionales y universitarios y se celebraron en la sede de la Institución del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en La Plata. Los temas elegidos fueron de singular importancia por el contraste de sistemas que se ofrecían a exposición y discusión: «La calificación registral» y la «Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe». En el tema de la calificación fueron tres los ponentes: JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, en la parte española que abrió la sesión; el doctor don Julio Bardallo, Director General de los Registros del Uruguay, y el doctor dos Luis Moisset de Espanés, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad argentina de Córdoba. El Panel sobre el tema de la integridad de la fe pública registral tuvo mayoría argentina, participando el doctor Alberto D. Molinario (Universidad Notarial Argentina); doctor Jorge H. Alterini (Universidad Notarial de La Plata); doctor Néstor O. Gómez (Instituto de Derecho Registral de la U. N. A.); doctor Ulises Horacio Lugano (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires); doctor Luis O. Andorno (Magistrado de Argentina), y JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (Registrador General de la Propiedad

Intelectual de España). Como moderador en los debates actuó el doctor Alberto Federico Ruiz de Erenchun.

La delegación española, por diversas causas, quedó esta vez reducida a RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS, Registrador de Villanueva y la Geltrú, y GREGORIO MADERO DE LA FUENTE, Registrador de Villafranca del Penedés, quienes con JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y sus respectivas esposas, viajaron expresamente para asistir a dichos actos. Urge destacar la gran cordialidad con que se trató a la Delegación española y la serie de atenciones públicas y privadas que la misma recibió durante los días de su estancia en Argentina. Aparte de los dos actos de la Colación de Grados y celebración del Ateneo, en todo momento los españoles estuvieron singularmente atendidos con esa hermandad que emana entre personas que se comprenden. Quiero destacar cómo todo ese aparato de recepciones, disertaciones, reuniones y participaciones estuvo movido por una encantadora mujer que manejó todos los hilos a la perfección. Fue la doctora ELVIRA MARTHA YORIO quien, con su esposo el doctor BLANES, brindó a los españoles una cena inolvidable en su casa con todas las figuras que habían de participar en los sucesivos actos. De todo el conjunto de atenciones que recibimos en cenas de gala, comidas campestres y vinos de honor, merece la pena destacar esa actuación especial de la Orquesta Nacional de Música Argentina «Juan de Dios Filiberto» en la que se interpretaron la esencia de los tangos argentinos y cuya última interpretación fue especialmente dedicada a la representación española.

La reseña debe concretarse a lo estrictamente jurídico y ello obliga a prescindir de más detalles, pero el ambiente de acercamiento a España era tan palpable que el representante de la Embajada de España y del Consulado supieron percibirlo y, me imagino, que hacerlo patente donde deba surtir efecto. Vamos ya con lo jurídico:

A. EL ATENEO REGISTRAL

El acto inaugural estuvo presidido por el que ostenta el cargo de Presidente del Colegio de Escribanos, doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, quien junto a los tres intervinientes en la primera jornada (CHICO, BARDALLO y MOISSET) formaron la mesa del Ateneo. Se leyeron las asistencias de ilustres personalidades, como la del Rector de la Universidad Notarial Profesor doctor TOMÁS DIEGO BERNARD, el Presidente y Vicepresidente de la Comisión Federal Notarial Argentina, la representación diplomática y consular española, la del Uruguay, la contribución del Colegio de Escribanos de la Capital, del Colegio de Abogados, de los

Colegios Notariales de Mendoza y San Juan, del Consejo General Notarial Argentino, y las adhesiones del Intendente de la Municipalidad de La Plata, de la Universidad Notarial, de la Universidad Católica, del Subsecretario de Hacienda y las tres españolas del Ministro de Justicia, del Director General de los Registros y del Notariado y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

En medio de un emotivo recogimiento se interpretaron los himnos nacionales de Argentina, con letra cantada, de Uruguay, también con letra cantada, y el español. Las tres banderas de los tres países presidían el acto. Abrió el mismo el Presidente del Colegio de Escribanos doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, quien en un profundo discurso puso de relieve el significado del Ateneo organizado y del tema crucial del mismo: la seguridad jurídica. Lo calificó de un magno certamen, de gran importancia, que pretende hacer converger y aunar la cultura jurídica del tronco común español. Comparó la seguridad estática y la dinámica, resaltando la novedosa función del Registro de la Propiedad. De ahí llegó a la necesidad de la publicidad para la efectiva protección del tráfico jurídico. Todo ello unido con el principio de apariencia y el de buena fe. La aglutinación de estos efectos se brinda a través del «servicio público» que el Registro de la Propiedad ofrece. Hizo gala de un conocimiento de la doctrina más relevante de España con las citas de VALLET DE GOYTISOLO, DÍEZ PICAZO, DE CASTRO, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ, etc. Ofreció la comparación entre Justicia y seguridad con RECASENS SICHES y llegó a la conclusión de que en el conflicto de intereses debe prevalecer en el tráfico jurídico el principio de seguridad.

Luego tuvieron lugar las sucesivas intervenciones de España, Uruguay y Argentina, que en forma esquemática apuntamos:

Por España, JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ pronunció su conferencia sobre «Grandeza y servidumbre de la función registral» que reproducimos al final de estas notas. Previamente y en agradecimiento a la invitación que se le había hecho dijo las siguientes palabras:

«Excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, compañeros y amigos todos. Sean mis primeras palabras de agradecimiento por esta cariñosa y cordial invitación que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la *Revista Notarial*, personalizados en el doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, Presidente del primero, la doctora ELVIRA MARTHA YORIO, Directora de la segunda, me hacen para intervenir en esta especie de ATENEO HISPANO-RIOPLATENSE sobre temas tan sumamente sugestivos como los que proclama la invitación. Al agradecimiento se une, cómo no, el gran honor que significa el que éste *aprendiz* de Derecho hipotecario comparta con altas personalidades, catedráticos

y especialistas de la materia (como son el doctor BARDALLO y el doctor MOISSET) sus opiniones personales.

Nuestra rica variedad idiomática se agranda en estos momentos en el 'ruedo ibérico' y nos permite la coexistencia de expresiones un tanto aletargadas con las que debéis ir os familiarizando... sobre todo si pensáis ir a los mundiales. Por eso, y por vía de ejemplo, os quiero brindar mi agradecimiento en varias de estas formas vernáculos del idioma: en vasco os digo 'eskarikasko'; en catalán-valenciano-balear, 'graches', y el resto de nuestras regiones (países, nacionalidades, comunidades, etc.) las variantes se circunscriben al acento y al tonillo con que se dice: 'moitas gracias, filiño', muchas 'grasias', morena...

En una especie de editorial o introducción con que la *Revista Notarial* de La Plata abre el número 849 del año 1980, la doctora ELVIRA MARTHA YORIO encabeza el mismo con esta frase: 'Si todos los hombres del mundo se dieran la mano...'. Pues bien, a darme la mano con vosotros vengo para intercambiar pareceres, opiniones y posiciones. No debéis olvidar que 'darse la mano' para un jurista significa recordar aquello que de ella decía IHERING en su *Espíritu del Derecho Romano*: 'La mano es la parte más importante del cuerpo, porque acompaña a la palabra; apenas existen movimientos del alma que la mano no pueda expresar y no hay acto solemne en la infancia de los pueblos en que la mano juegue un gran papel. Tender la mano al enemigo es perdonarle, estrecharse las manos es prenda de fidelidad y se implora a los dioses tendiéndolas al cielo...'. *Manus injectio, manu mittere, mancipatio...*

Me hubiera gustado traer conmigo esa 'guardia mora' que a paso ligero —aunque siempre en avión— suele formar grupo y embajada, pero ya lo de la guardia mora no se estila y las circunstancias personales de la mayor parte de los componentes han hecho inviable la compañía. Mi capacidad de convocatoria se ha reducido esta vez a dos grandes compañeros que fieles a la consigna y salvando muchas dificultades están aquí, a pie de ATENEO. Son RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS, Registrador de Villanueva y la Geltrú, y GREGORIO MADERO DE LA FUENTE, Registrador de Villafranca del Penedés. Al primero ya le conocéis sobradamente y no necesita presentación, pero el segundo pertenece a unas generaciones de juristas —Notarios y Registradores— que han prestigiado y prestigian ambos cuerpos. Su padre —hombre dedicado a la preparación de ingreso en oposiciones de Notarías y Registros— recibió no hace mucho un clamoroso homenaje por sus compañeros y alumnos.

En la reciente democracia española de *lege data* se está ofreciendo al oyente —radiofónico y televisivo— unas manifestaciones de gentes pertenecientes a los partidos políticos que normalmente hablan en plu-

ral... como el Papa. No sé si es que con ello quieren indicar que son 'muchos' los que así opinan o que consideran que su opinión personal debe ser coincidente con lo que piensan los del mismo 'ramo'. Tengo que pecar ante vosotros utilizando el mismo sistema, pero es que mi plural es obligado ya que, de una parte, me han otorgado una representación y, de otra, me han pedido que os transmita unos sentimientos.

El Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y su Junta Directiva ha tenido la delicadeza de concederme la representación y expresamente me encarga que os transmita la alegría que ha recibido porque hayáis contado con uno de sus miembros para participar en estas jornadas jurídicas. El Ministro de Justicia, mi querido amigo Pío Cabanillas, agradece vuestra invitación y os ruega le disculpéis, pero 'la obligación es antes que la devoción'. Igualmente el Director General de los Registros y del Notariado, Fernando Marco Baró, me hace unas indicaciones en el mismo sentido.

Confío mucho —y hago votos por ello— que esta confrontación de pareceres realizada entre juristas (hombres de Derecho y no hombres de leyes) sea fácil y llegue a conclusiones parejas. Nuestro trabajo es siempre encender una luz donde puede mantenerse otra contraria. Lo importante, quizá no sea tenerlo claro, pero sí iluminado...

Dejadme que al término de estas palabras, dándoos de nuevo las gracias, utilice una de las metáforas que el jurista italiano LIPARI pone en uno de sus últimos libros tomándola de las *Historias del señor Keuner* de BERTOLD BRECH. Paseando por el valle se dio cuenta de que sus pies chapoteaban en el agua. Su valle no era tal, sino un brazo de mar y que pronto subiría la marea. Intentó encontrar una barca con la mirada, pero tuvo que abandonar la esperanza, confiando que la marea no subiría más. Sólo cuando el agua le llegó al cuello se puso a nadar. Había descubierto que él mismo era una barca.

Flotemos, aunque sea en barca de piedra, y eliminemos de nuestro campo de actuación ese 'derecho al arrepentimiento' que la Ley de Propiedad Intelectual concede a todo autor, ejercitando con todos vosotros ese impresionante 'derecho a soñar' que ninguna Constitución del mundo contiene en su articulado. Gracias a todos.»

El doctor JULIO A. BARDALLO, Director General de los Registros de Uruguay, disertó seguidamente sobre la configuración del sistema registral uruguayo y especialmente sobre la calificación registral. BARDALLO, que como todos los hombres inteligentes es tímido, había explicado el encuentro jurídico como si se tratase de «la tersura de la flor», mantuvo la tesis de que el Derecho registral no es parte del Derecho civil, sino más bien un Derecho administrativo especial, estando estructurado como «un servicio público administrativo». Los Registradores son funciona-

rios públicos y sus actos son administrativos. La calificación se reduce al aspecto formal del documento y a la fiscalidad. Se extendió sobre los pormenores de la misma, de las nulidades, de las medidas cautelares (prohibiciones), de la falta de tracto sucesivo y del contencioso registral. Creo que su tesis podría entenderse como si estuviésemos ante un negocio abstracto: el Derecho registral desvinculado del civil, es decir, sin causa. Es algo semejante a la tesis que mantiene cierto sector español al considerar que el criterio para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables debe desvincularse del aspecto civil y fijarse sólo si dan o no lugar a una anotación preventiva.

El doctor LUIS MOISSET DE ESPANÉS, Catedrático de Derecho Civil de Córdoba, expuso con la claridad y concisión que le caracterizan las líneas maestras del sistema argentino, centrando en la legalidad y su respeto la finalidad del sistema. El principio de legalidad que no es exclusivo de ser cumplido por el Registrador, sino que está a cargo de todos los funcionarios públicos ofrece un gran campo de actuación frente al acto ilícito, el nulo y el anulable. Examinó los límites en que se mueven Registradores y Jueces, tocó el principio de prioridad y abordó la problemática en relación con los Registros Mobiliarios y sus dos proyecciones de nulidad absoluta y vicios manifiestos.

B. EL PANEL SOBRE INTEGRIDAD DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

El hecho de predominar en el panel la parte argentina, circunscribió la exposición de los sucesivos intervinientes al problema planteado en dicha legislación por la diversa interpretación de los artículos 2.505 y 1.051, con el concepto de tercero, la fe pública, el carácter de la inscripción y los pronunciamientos registrales. Resulta difícil reproducir, sin más que unas notas esquemáticas, el contenido de cada una de las intervenciones que se iniciaron con la magistral de MOLINARIO y se sucedieron con la divertida y profunda de ALTERINI en su deslinde de los conceptos de buena y mala fe, ANDORNO con su precisión sobre el concepto de diligencia y el de integridad, GÓMEZ con una versión ajustada del concepto de fe pública y LUGANO en sus breves pero sustanciosas puntualizaciones sobre el carácter de las adquisiciones, el problema de la irrevocabilidad y la prescripción espontánea. También el moderador hizo gala de sus conocimientos y puso precisiones en sus intervenciones.

La parte española estaba a cargo de ABELARDO GIL MARQUES, pero al no poder realizar el viaje hubo de sustituirle JOSÉ MARÍA CHICO, quien expuso, no entrando en la polémica del Derecho argentino, sus ideas

sobre la seguridad jurídica y la integridad del Registro, notas que reproducimos a continuación de esta reseña.

C. EL ACTO DE COLACIÓN DE GRADOS E INVESTIDURA DE PROFESOR HONORARIO

El acto solemne de la colación de grados tuvo lugar como cierre final de las Jornadas que habían sido celebradas durante los días anteriores. Este año coincidía con la VII vez que se celebra desde el año 1969, que fue la primera. En el mismo se impartieron los Diplomas de Doctores en Derecho Notarial y Registral a 19 Notarios, un Registrador y dos Licenciados en Derecho Registral. En el estrado se formó la presidencia que ostentaba el Rector de la Universidad doctor TOMÁS DIEGO BERNARD; el Presidente del Colegio de Escribanos doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO; el representante de la U. N. A. su excelencia reverendísima Monseñor doctor JOSÉ MARÍA MONTES, Obispo Auxiliar de La Plata; doctora ELVIRA MARTHA YORIO, Directora de la *Revista Notarial*; Delegado representante de la Secretaría de Estado de Asuntos universitarios del Ministerio de Cultura; el doctor JUSTO R. BALLESTER, Vicerrector de la Universidad argentina y el recipiendario doctor JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

Sería muy difícil precisar las diversas personalidades asistentes al acto, pero generalizando podríamos decir que allí estuvieron las primeras figuras jurídicas y representaciones de todos los sectores políticos de la Nación. El acto se inició con la interpretación del himno argentino, previa la lectura de las entidades que se adherían al acto. Luego hizo uso de la palabra la doctora ELVIRA MARTHA YORIO quien glosó el significado del acto de la Colación de Grados, en su condición de ser la primera mujer del Consejo Directivo de la Universidad designada especialmente para el mismo. Puso de relieve el significado de la Universidad y las particularidades que revestía la Notarial Argentina. La formación del hombre moderno culto es principal función universitaria. El acto que se celebra es la confirmación de una vocación. La fe que habéis tenido en la institución culmina hoy con vuestro grado de Doctor. Y con la cita del evangelista San Juan «sólo la verdad os hará libres» y la reflexión de que la verdad es la culminación de la ciencia, termina la Doctora invocando el lema de la Universidad de Bruselas: por la libertad hacia la ciencia, por la ciencia hacia la libertad.

Seguidamente hizo uso de la palabra el Presidente del Colegio de Escribanos doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO que reflexionó en torno al significado del acto y su proyección personal y general del mismo. El

Rector de la Universidad Profesor TOMÁS DIEGO BERNARD seguidamente tomó la palabra para ofrecer al doctor CHICO Y ORTIZ el diploma que le acredita como Profesor Honorario de la Universidad Argentina. Hizo una glosa de la actividad universitaria, leyó una sentida carta del Ministro de Justicia español, Pío Cabanillas, y citó el viejo refrán español de que «honrar honra» que puede ser el gran significado de este acto. Después de hacer una breve historia de la Universidad y de los Doctores y Profesores Honorarios, brindó el Diploma con estas palabras: «a un hombre de bien, a un hombre de militancia de honor, a un hombre de cordialidad que no ha perdido su gracia ni su sonrisa». Abrimos con ello nuestro corazón a España.

Por su parte, JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ contestó con las siguientes palabras: «Excelentísimo señor Rector de la Universidad, Su Señoría Reverendísima, autoridades, Claustro de Profesores, excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras, amigos y compañeros.

Había que saber explicar muy bien la emoción y el agradecimiento que vuestro nombramiento como Profesor Honorario de la Universidad Notarial Argentina me ha producido, ya que con ellos me habéis acercado de nuevo a la Universidad —a mis raíces de jurista— y de otra me habéis brindado honoríficamente en este mi otoño jurídico la primavera de mi vocación por la enseñanza. Explicar todo esto es muy difícil, pues es un conjunto de sentimientos, evocaciones y recuerdos que habría que romper el protocolo de este acto y dejar que el corazón hable y la memoria recuerde. «No ocultes tu verdad porque haga daño/ ni evites el dolor que está en tu vida./ Entrega lo que tengas —canto, herida—/, pero entrega: no pases como extraño.» Compré el libro antológico de su poesía en Mar del Plata y me lo leí entero, sin parpa-deos, durante un viaje de avión. JULIA PRILUTZKY hace honor a la tierra argentina.

En España no tenemos estudios superiores de carácter universitario que imparten cursos y hagan Doctores a los futuros Notarios y Registradores. Nosotros allí nos licenciábamos en la Facultad de Derecho, hacemos o no el Doctorado y los que sienten la tentación de opositar se encierran en su casa y estudian y se preparan para las pruebas duras y difíciles de la oposición de ingreso en el Notariado, en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, en el de Abogados del Estado, en el de Jueces, etc.

Nuestro sistema selectivo —bueno o malo— es la oposición. En un programa radifónico de hace muchos años se planteó un concurso para otorgar el mejor premio al que diera la más acertada definición de lo que eran las oposiciones y recuerdo que los dos primeros premios recayeron en estas dos definiciones: La oposición es nuestra segunda

bárbara fiesta nacional. La oposición es lo que los padres quieren que hagan los hijos y los hijos dicen que haga su padre...

Para prepararse adecuadamente lo normal es asistir a las clases periódicas que dan lo que nosotros llamamos preparadores. Normalmente son Notarios y Registradores que ayudan, orientan, dirigen, y animan a los futuros opositores. El preparador o los preparadores, según que se forme Academia o se dirijan personalmente las clases, facilita la labor suministrando temas, acotando materias, corrigiendo dicciones, agregando o suprimiendo citas, etc. Es una labor dura, agotadora en la que no sólo basta saberse las materias, sino que hay que penetrar en el aspecto humano del opositor, comprender sus problemas, llegar a su humanidad y alentarle... Yo, por razones vocacionales, fui «preparador» de oposiciones a Notarías y a Registros y cuento más de un centenar de compañeros que aprobaron la oposición con mi ayuda. Mi lema fue «contigo, compañero y caminante» que seguramente tomé de TAGORE. Y si no me tacháis de sensiblero rescataría a ALFONSINA STORNI de las aguas y os diría: «Alguna vez, andando por la vida/ por piedad, por amor,/ como se da una fuente sin reservas,/ yo di mi corazón...».

Os he contado esto para que os deis cuenta lo que para mí significa el que me hayáis nombrado «Profesor Honorario», legitimándome para impartir una lección en esta Universidad y «en testimonio de fe» como reza su lema.

Esta vocación de universitario, traducida en este constante anhelo de comunicar algo a los demás, proporcionándoles medios y suministrándoles experiencias, me llevó no hace mucho a estar a punto de aceptar el honor de impartir unas clases en la Universidad Autónoma de Madrid, cuando a cambio se me ofrecían doscientos dólares... al año. Y es que todo esto tiene la gran belleza del deseo de comunicación con los demás.

Yo aquí acabaría mis palabras, pero en este acto solemne de COLACION DE GRADOS de la U. N. A. hay que decir algo a los juristas. En este diario quehacer del jurista —porque juristas debéis ser antes que nada— hay mucho que decir, que aprender y que olvidar. Para este gran encuentro que la realidad ofrece al jurista decía GONZÁLEZ PALOMINO, éste necesita dominar su técnica, teniendo mucho cuidado de no dejarse dominar por ella. Si sólo domina y conoce el derecho positivo, no será un jurista, sino un leguleyo, un subalterno del Derecho, al que ni siquiera sabrá servir fielmente.

El otro día en mi charla sobre la «Grandeza y servidumbre de la función registral» os expliqué lo que los Registradores españoles hacemos. Ahora convendría que os contase algo de los Notarios españoles. Estos días he vuelto a leer un artículo genial de GREGORIO ALTUBE que

explica «El sentido reverencial y el valor literario del Notariado» y también he tenido por primera vez en mis manos y he tomado unas notas de un libro singular, recién adquirido por la Biblioteca del Colegio Notarial de Madrid, cuyo autor es JUAN JOSÉ SÁNCHEZ, del año 1803, en el que relata la «Nobleza, privilegios y prerrogativas del Oficio Público de Escribano» con algunos discursos y manifiestan la inteligencia y pureza que exige su desempeño y le desagravian del deshonor y perjuicios que le han causado erradas opiniones e imposturas.

Del primero os transcribiré unos párrafos y del segundo esas cualidades que deben concurrir en el Escribano de entonces y que por aplicación de las Leyes de Indias tuvieron vigencia en América.

GREGORIO ALTUBE decía que «Los Notarios somos juristas de cabecera, tenemos que atender al trance, tenemos que saber vendar con el Derecho y estar dispuestos al remedio heroico, sabiéndonos protegidos por el pedestal de nuestra propia historia. Como el Alcalde de Londres, somos en lo jurídico, algo nuclear y circundante; algo anacrónico y decorativo que sigue prestando servicio de urgencia y servicio a domicilio. Como el arpa, somos ya en la Biblia; como la de la mejor nobleza, la cuna de la nuestra está en los pueblos; y no debemos olvidar en nuestro mejor abolengo a ese clásico Notario enlutado, catarroso, tresillista y refranero, que sabe consolar, en la alcoba modesta del labrador que se acaba, con la palmada taumatúrgica de un viejo médico». Nuestras armas son el estudio y la especialidad. Llevamos como los Apóstoles, la verdad y el consejo. En el rango nos precede lo sacerdotal; pero en el tiempo, lo notarial es lo primero. Encerramos en cárcel de papel, como decía NÚÑEZ LAGOS, casi a cadena perpetua, el instante fugitivo, la realidad que pasa...».

JUAN JOSÉ SÁNCHEZ, Escribano de Su Majestad en el Colegio de Valencia, resumía así las cualidades que deben concurrir en el Escribano de aquel entonces:

- Obtener creación real.
- Ser mayor de veinticinco años y ser habido y procreado de legítimo matrimonio.
- De arreglada conducta, buena vida y costumbres.
- Cristiano viejo él, sus padres y abuelos, descendientes de tales y no de los nuevamente convertidos a nuestra fe católica, como de moros, judíos, luteranos, calvinistas, herejes, apóstatas o de los que han profesado otra secta.
- Que no hayan sido él ni sus ascendientes castigados o penitenciados por el Santo Oficio de la Inquisición.

- Que no ha ejercido oficios viles, como de carnicero, mesonero, ventero u otros semejantes, estando impedidos de ser regatones o tratantes en abastecimiento de comestibles.
- Poseer matrimonio propio.
- Haber adquirido pericia jurídica para el desempeño del mencionado oficio, exigiéndose en Valencia una práctica de cuatro años que deberían recibir en la «propia» casa del maestro, comiendo y durmiendo en ella.
- Ser examinado de ella en el Real Consejo Supremo y haber tomado posesión del empleo para poder manejarle...

Sólo he querido con estas citas sentir el gozo de la evolución de los tiempos que ajustan sus disposiciones a las nuevas necesidades y costumbres. Frente a la fotocopidora, la electrónica y el microfilm no deja de destacarse aquella obligación que imponía a los Escribanos escribir «por sus propias manos, sin valerse de otros» las escrituras que le manden hacer. La principal cualidad intelectual se ejerce con el entendimiento y la corporal con las manos... Lo que yo he dicho siempre: cada cual trabaja con lo que puede, cabeza, tronco o extremidades...

Ya termino. A mi agradecimiento personal por este honorífico nombramiento debe añadir el del Ministro de Justicia, mi amigo Pío Cabanillas, que en la carta leída por el Rector así lo testimonió; las palabras que a este respecto me ha dicho para vosotros el Director General de los Registros y del Notariado y el honor que ha supuesto para el Cuerpo Nacional de Registradores de España este nombramiento, del cual se hace eco su Junta de Gobierno y su Decano NARCISO FUENTES SANCHÍS, que para este acto me otorga la representación colegial. No podíamos olvidar en el capítulo dar gracias a mis dos compañeros de viaje y trabajos y a la «sección femenina» que más que acompañarnos, es a la que acompañamos.

Sean mis últimas palabras aquellas con las que comienza un famosísimo libro de Derecho del Profesor italiano EMILIO BETTI, al dedicárselas a su padre en agradecimiento y que hoy os las brindo a vosotros con el mismo sentido: «Gracias por haberme proporcionado con la palabra y con el ejemplo ese sentido de humanidad y de justicia que bajo cualquier clima histórico produce siempre el estudio del Derecho. Muchas gracias a todos».

Su excelencia reverendísima Monseñor doctor JOSÉ MARÍA MONTES procedió seguidamente a bendecir los diplomas de los nuevos Doctores y diversas personalidades de los asistentes al acto los fueron entregando entre clamorosos aplausos. La ceremonia continuó con la entrega del Premio Revista Jurídica «La Ley» a los dos mejores egresados de la

carrera del Doctorado en Notariado, promociones 1980 y 1981, doctoras Mabel Martínez de Autino y Adriana Nelida Abella. Representando a los graduados y premiados usó de la palabra en un bellissimo discurso la Doctora Adriana Nelida Abella. Seguidamente se dio por finalizado el acto.

GRANDEZA Y SERVIDUMBRE DE LA FUNCION REGISTRAL

La función esencial que el Registrador de la Propiedad español tiene en su proyección de jurista es la calificación. No sólo creo que es la función esencial, sino la razón y ser de una institución que, tratando de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, se ajusta al principio de legalidad. De esa función, en su doble proyección de grandeza y servidumbre, vengo a exponeros hoy mi opinión, pero creo que merecéis una previa explicación del tema.

En mi época de opositor a Notarías y Registros —cuyos programas son similares en extensión y conocimientos— era un curioso lector de todo aquello que iba cayendo en mis manos. Eso y otras circunstancias hicieron que mi triunfo en la oposición se retrasase mucho. Sin embargo, aquello que me pareció una tortura luego lo he valorado en la serenidad que el entendimiento tiene al ofrecerte un caudal de lecturas, fichas y posibles citas a las que muchos otros no han llegado. Por eso, al plantearme cuál podía ser el enfoque de estas notas mías me vino a la memoria un artículo que allá por el año 1949 había leído y que llevaba por título «Grandeza y servidumbre del Notariado», cuyo autor era un Notario de Barcelona y luego de Madrid: ANTONO MOXÓ RUANO. He tenido que luchar mucho para dar con el artículo y proporcionarme una fotocopia de él, pero una vez en mis manos he comprobado que el título venía impuesto por un artículo precedente que el Profesor de Filosofía MANUEL GARCÍA MORENTE escribiera en la conocida *Revista de Occidente* sobre «Grandeza y servidumbre de la Cátedra». Si Notarios y Catedráticos habían contado sus grandezas y servidumbres ¿por qué los Registradores no podíamos contar las nuestras? Lo que sucede es que el tema lo voy a reducir en grandezas y servidumbres a la calificación.

He manejado estos días algunos artículos de Revistas y todos ofrecen una infinidad de matices y un caudal de conocimientos. El carácter, la naturaleza, el ámbito, los medios y la esencia de la función calificadora tiene en España una abundante bibliografía en cuyas filas me honro estar incluido. Iré citando nombres y trabajos sin agobio en las citas. Asimismo como la función calificadora está en íntima conexión con la notarial —a manera de cordón umbilical— también he utilizado biblio-

grafía al respecto y quiero destacar de la misma el fabuloso trabajo de CASTÁN TOBEÑAS «Función notarial y elaboración notarial del Derecho» y otro que discurre por cauces literarios y poéticos: «Sentido reverencial y valor literario del Notario» de GREGORIO ALTUBE, Notario que fue de Bilbao y que sabía mucho de toros y toreros.

Normalmente en los trabajos citados se suele comenzar por exponer lo que encierra y significa la «servidumbre», para terminar con la grandeza. Aquí voy a invertir los términos y empiezo por «grandezas» para terminar con servidumbres. Son los dos aspectos o lados de la montaña que, al igual que los procesos de intimación, está montado a dos vertientes. Es el blanco y negro, los dos lados de la moneda, etc. Sin la contemplación de ambos es difícil entender la función.

Así como en otros sistemas para ser Registrador de la Propiedad se sigue un procedimiento de selección mediante cursos, escuelas, facultades, Universidades, etc., en España después de cursar la Licenciatura en Derecho y hacer o no la tesis doctoral (pues no es obligatorio) se encierra uno en su cuarto de estudio, se busca un preparador y después de varios años (para mí fueron muchos) hace oposiciones, salvando cuatro ejercicios (dos orales y dos escritos) ante un Tribunal de especialistas. Jura el cargo y le otorgan el Registro que le corresponda entre los vacantes por riguroso orden de escalafón. Entonces se sube el telón y comienza su función...

A. GRANDEZA DE UNA FUNCIÓN

Para mí la grandeza de la función calificadora reside en cuatro notas importantísimas, referidas unas a la persona, otras a los métodos, otra a la amplitud de la misma y, por último, a las consecuencias que de ella se derivan.

a) *La función como delegación legal*

Así como al Notario se le confiere por la ley el poder o facultad de dar fe de lo que oye, ve o percibe con sus sentidos, al Registrador la ley le otorga un poder para que en el ejercicio de su función impida que en el Registro de la Propiedad pueda inscribirse un acto o contrato referido a bienes inmuebles sin que el mismo reúna los requisitos de validez y eficacia que las leyes imponen. El acto no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido, según la conocida frase de NÚÑEZ LAGOS.

He dicho que es una «delegación legal» y no es así: es una atribución emanada de la ley para que, en base de ella, se ejercite ese poder que al actuarse se ejercita en nombre propio y bajo su responsabilidad.

A poco que uno penetre en la esencia del mismo verá la grandeza que contiene e irradia, pues el derecho real que surge del instrumento público va a tener que pasar por un filtro o tamiz que, si lo supera, puede lograr la eficacia *erga omnes* a que todo derecho real aspira mediante la inscripción. No debemos olvidar ese principio hipotecario que establece el artículo 32 de la Ley Hipotecaria de que «lo no inscrito no perjudica a tercero». Pues bien, para que el derecho real constituido por la voluntad de las partes en el documento público, logre esa «meta» es necesario que se someta al control que la función calificadora encierra.

Cualquiera que sea la decisión que la función calificadora tenga, encierra grandeza: abre o cierra las puertas de eficacia *erga omnes* a un derecho. Se sitúa en el techo que aspira el derecho lograr.

La actuación notarial, administrativa y judicial, en cuanto se plasma en documentos públicos inscribibles ha de ser sometida a un riguroso control de legalidad por parte del Registrador de la Propiedad y, eso además de agrandar sus campos de actuación, vincula a la figura que la ejerce a un poder decisorio. La capacidad de decisión que todo poder lleva consigo en orden a disciplinar aspectos de la vida jurídica y procurar el respeto a una legalidad vigente mediante una prestación positiva de conducta, encierra toda la grandeza que en sí lleva el poder. ¿Es un poder derivado? Quizá, pero no por ello deja de ser poder, y lo que es más, un poder decisorio y ejecutivo, según explica JOSÉ ZAFRA VALVERDE en su ensayo «Poder y Poderes».

La posible intervención en los actos o derechos reales sujetos a inscripción de funcionarios administrativos, Jueces y Tribunales judiciales, Abogados del Estado, Notarios, etc., queda siempre sujeta a ese examen —más o menos profundo según los casos— que el Registrador tiene que hacer y que le convierte en una especie de «estación término» de un largo trayecto. Precisamente por ello, la doctrina se dejó convencer hace tiempo de que si los actos sujetos a Registros eran ya intervenidos por Jueces, Abogados del Estado, Técnicos de Administración, Notarios y otros funcionarios con preparación semejante o pareja a la de los Registradores, resultaba superflua, lujosa e innecesaria la intervención de estos últimos. La crítica en la actualidad ya ha cedido en base de estos tres argumentos que enaltecen y agrandan la función:

- Lo que al Estado le interesa no es la preparación jurídica mas o menos similar de funcionarios o técnicos en Derecho, sino que, dando por supuesta esa preparación, lo importante es lograr la legalidad para que la seguridad del tráfico jurídico esté basada en razones de validez de los actos y la

- intervención de dos funcionarios de conocimientos parejos, brinda más posibilidades para el logro de dicho principio.
- Sería absurdo exigir al Registrador de la Propiedad una preparación pareja a la del Notario y, permitídmelo que os diga, superior a la del funcionario administrativo y judicial, sobre todo en su materia de especialidad, y luego dejar reducida la función registral a la de un mero receptor y archivero de documentos.
 - Aparte de esa imposible adscripción de *infalible* a los actos judiciales, administrativos y notariales, el hecho psicológico de la exigencia de una barrera provoca en el funcionario autorizante del documento el estímulo para hacerlo viable en su acceso a los libros registrales y permite el juego de la imaginación jurídica para la creación del Derecho.

Esta última idea está aceptada, lograda y hasta querida por los diferentes cuerpos que antes hemos apuntado. No hay, salvo casos excepcionales de soberbia jurídica, ninguna desviación o malestar. Se puede discrepar de la calificación, pero para eso está el recurso gubernativo que decide y da la razón al que la tenga o pueda tenerla. No. Las relaciones Notariales, Judiciales, Administrativas y Registrales son cordiales y, nuestro sistema, basado en circunscripciones territoriales, correspondientes a los Partidos judiciales, permite lo que yo he llamado la «calificación anticipada», donde el funcionario que debe autorizar, intervenir o decidir sobre un determinado documento «consulta» la forma y manera de enfocararlo para que el mismo pueda ser inscrito.

Esta forma de ejercer la función, anticipándose al hecho que se ha de juzgar, es la faceta más impresionante de la función calificadora. No está en los textos y sólo se apoya en la señorial forma de entender una actividad. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, a quien tanto debemos todos los militantes de esta función, señalaba el carácter «patriarcal» con que la función se ejerce en cuanto advierte a los interesados (y eso sí lo recoge el art. 19 de la Ley Hipotecaria) de los defectos que a la petición de registración se oponen y les aconseja la forma y modo de subsanarlos. Esa forma de proceder la llamaba el citado autor «desempeño de un noble oficio» (*nobile officium*). A toro pasado, como decimos en España, es fácil la crítica, lo difícil resulta cuando antes de dar el pase natural se diga: hazlo así, Manolo... Aparte que en esta función decir que «no» creo que es más fácil que decir que «sí», pues esto último exige un conocimiento pleno del problema y un estudio sosegado, pues la admisión lleva consigo toda la gran responsabilidad que el recurso gubernativo elimina con su decisión.

b) *La condición de jurista y profesional del Derecho en quien la ejerce*

Me he resistido siempre a creer que la función registral de calificación fuera solamente de «control» de la legalidad, pues eso reduciría al personaje que la ejerce a un «hombre de leyes» u hombre entendido en disposiciones. Yo creo que no basta con conocer las leyes y, si queréis, estar familiarizado con ellas. Hay que ser algo más: hay que ser un hombre de Derecho. Vosotros que habéis leído a SCHULZ me vais a comprender. En Roma el material legislativo era «impresionantemente escaso» y «el pueblo del derecho no fue el pueblo de la ley». La eficacia creadora de la jurisprudencia romana lo explica. Y explica también —como dice GONZÁLEZ PALOMINO en su fabuloso prólogo a sus *Estudios de arte menor*— el porqué los aprendices de juristas seguimos estudiando Derecho romano: «no como un sistema perfecto de Derecho, sino como un proceder perfecto de los juristas».

La esencia de la función registral ha sido estudiada con profundidad por los Notarios españoles y por los propios Registradores. Al Notario puede preocuparle lo que es, significa, lo que en ella se dilucida y los límites donde la misma actúa, pues ello incide sobre su actuación creadora. Al Registrador la construcción dogmática de su función y la explicación de su contenido le preocupan tanto como al Notario. Lo cierto es que a la hora del balance GONZÁLEZ PALOMINO, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE en el campo notarial dan pasos gigantescos en orden a la precisión jurídica de la función, su esencia y su verdadero sentido. MARTÍNEZ RUIZ, GONZÁLEZ PÉREZ, don JERÓNIMO GONZÁLEZ y yo mismo militamos en esas filas estrechas de los que ejercemos la función. Hubiera cometido casi un pecado mortal si no cito a mi compañero LÓPEZ MEDEL, que busca razones a la función entre esos difíciles encuadres que practica. Y que Dios me perdone los posibles olvidos de otros trabajos..., aunque lo que habría que pedir es que «ellos» me perdonasen, porque Dios no debe andar en estos «pucheros». En los de Santa Teresa sí, pero en éstos no.

Bien. Demostrar que uno es un jurista y un profesional del Derecho no es difícil. Que ello lleva consigo una grandeza tampoco lo es, pues todo aquel que se mueve empleando esas herramientas que el Derecho le proporciona debe ser enmarcado dentro de los que practican una ciencia noble: la de la interpretación de las normas. Todos sabéis que GONZÁLEZ PALOMINO precisó que la función registral no era de simple control, sino de «selección» de lo que los títulos sujetos a inscripción contenían, aceptando para la misma lo que podía tener trascendencia real y lo que era simplemente obligacional, sobre todo en un sistema que acepta el *nume-*

rus apertus. Ya eso hace ascender al calificador y le encuadra en un campo jurídico. NÚÑEZ LAGOS, de otra parte, supo aportar una doble dimensión de la función que yo me permití rectificar y considerarla en un triple aspecto: función de fondo o jurídica, de adecuación de la realidad al Registro y formación formalista. Quizá estos esquemas no nos sirvan en estos momentos, pues lo que yo quiero poner de relieve es que a la función de «control» se une la de «profesional del Derecho» y todas ellas encierran una función «creadora». Por ello creo que la forma expositiva debe subordinarse a esos aspectos que distinguen al Registrador y lo elevan a la categoría de jurista. Vamos a ver, sin apasionamientos, los medios, métodos y actividades registrales que ofrecen la posibilidad de esta construcción.

- En la función que NÚÑEZ LAGOS denominaba «de fondo o jurídica» es donde puede situarse la magnitud de la misma en su dimensión calificadora y donde el Registrador se manifiesta como funcionario y jurista o profesional del Derecho. A mí entender el Registrador, de una parte, interpreta; de otra, califica, y, por último, decide. Es la fase de que nos habla HERNÁNDEZ GIL al establecer hechos-derecho en su punto culminante de la definitiva decantación y acomodación de factores: interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas. Lo que sucede es que al profesional del Derecho no le dan prefabricado el hecho en que consiste el documento notarial, judicial o administrativo y al Registrador sí y de ahí que deba partir de la interpretación de ese hecho para sacar sus consecuencias.
- Al adoptarse por el sistema español el criterio del *numerus apertus*, la calificación registral no incide sobre derechos típicos inscribibles, sino que juzga el «conjunto del acto» que se le ofrece para averiguar si el mismo tiene el poder de producir una modificación real con trascendencia registral. Aquí ya el Registrador queda despojado de su cualidad de funcionario para entrar a desempeñar una labor plenamente jurídica.

GONZÁLEZ PALOMINO lo explicaba con singular acierto. La eficacia del jurista práctico al servicio de la Justicia radica en que si domina sus instrumentos de trabajo (sin dejar dominarse por ellos) y los emplea con destreza contribuirá a lograr la solución jurídicamente justa al caso concreto. Sólo basándose en la ley, pero usándola instrumentalmente, con sus métodos propios de trabajo: haciendo jurisprudencia de

conceptos, podrá contribuir el jurista a que todo lo jurídico sea moral, que es lo que han intentado todos los juristas que han sentido la grandeza y servidumbre de su función.

- La disección que el Registrador realiza es para descubrir en el acto que se le presenta lo que es puramente obligacional y lo que es real o puede tener trascendencia real, lo constitutivo del derecho real o lo que trasciende de la obligación entre las partes. Aquí es donde reside la actividad creadora del Derecho y adaptadora del Registro a la realidad. Esta es la faceta de la función creadora, que se compagina con la función «control». La Resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de octubre de 1973 lo dejaba claro al decir que «la actuación de Notarios y Registradores como órganos cualificados, que contribuyen al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes en su mayor o menor grado de regulación legal». Esta labor constructiva que el Registrador hace, paralelamente a la notarial, es la base para proporcionar la solución del problema y es el punto de partida para brindar la posibilidad de una jurisprudencia de problemas a través de la cual se nutrirá la legislación hipotecaria en un futuro.
- Adecuar la realidad jurídica con la registral es otra de las misiones apasionantes de la función registral. Parece que ello sólo envuelve la simple averiguación del hecho o no de la inscripción previa de la finca o de la comprobación de datos que en el documento se le ofrecen (lo cual puede ser una labor mecánica), pero a poco que se profundice en todo ello se descubre que a los normales conocimientos que el jurista debe tener se le agregan los «especiales» que significan la aplicación de la mayor parte de los principios que rigen el sistema hipotecario: el principio de tracto sucesivo y su forma de reanudarlo; la procedencia o no de una inmatriculación; la identificación del titular registral y su consecuencia de la legitimación registral; el principio de especialidad con su reflejo de cargas, limitaciones, extensión del objeto hipotecario, cláusulas de estabilización, intereses variables, etc.; el principio de prioridad con su doble actuación de orden de despacho de documentos y solución sustantiva de problemas que plantea el rango, su orden, su sustantividad, su negociación, etc. ¿Puede el Registrador —pongo, por ejemplo— dar solución a la preferencia de derechos anteriores a la anota-

ción preventiva de embargo y dejar de «arrastrar» la carga del mismo en el asiento posterior que se practique, basado en un título anterior? Es la materia que se aborda en una Resolución de la Dirección General de los Registros.

- En la labor de extracto y selección de lo que ha de pasar al asiento registral se exige un criterio minucioso, de fina sensibilidad jurídica y de claridad conceptual, no sólo con vistas a un futuro y entiendo que aquí existe una labor creadora de lo que es la inscripción.

Fijaros que el documento notarial —como norma generalizada de documento inscribible— es el que ofrece el hecho constitutivo del que ha de partir el Registrador para proceder a redactar el asiento de inscripción. Bien. Al Notario le han contado unas historias los comparecientes del documento y él, a su leal forma de entender el Derecho, les ha dado una redacción que es la que llega al Registrador y éste debe reaccionar frente a esas manifestaciones para plasmar en la inscripción la esencia de lo trascendente. Toda inscripción refleja una construcción jurídica en su extracción del documento, pero ofrece variantes sustanciales, pues el negocio obligacional queda roto en su unidad, por el proceso calificador, que modela lo que el Registro debe publicar. A poca imaginación que uno tenga verá reflejado todo ello en la inscripción de hipoteca. El cúmulo de pactos que la parte dominante del contrato impone a la que va a recibir el dinero es tan tremendamente leonina y contraria a la legalidad (cosa de la que el Notario parece inhibirse) que al llegar a su reflejo registral las cláusulas van cayendo y dejando de figurar en la estructura inicial del crédito o préstamo hipotecario. Redactar un asiento no es fácil (a pesar de mis formularios), ya que hay que tener el gran pulso para saber decir o hacer que diga el asiento lo preciso, con los requisitos legales y sin la extensión que la escritura tiene, dejando marginado todo aquello que no deba reflejarse. Yo creo que aquí el jurista tiene voz y voto y que su actuación adquiere grandeza dimensional.

c) *La amplitud de la función calificadora*

No quiero aquí enfrentar sistemas ni destacar en opinión personal cuál puede ser el más idóneo o el mejor para la proyección de la función. No me puedo erigir en ponderador de un sistema, en pregonero del mejor según mi criterio o de vendedor ambulante del que yo patro-

cine. Aquí lo que trato de ofreceros es cómo el sistema que nosotros utilizamos en su amplitud ofrece una grandeza jurídica.

Son tradicionales en la exposición de la materia el ofrecimiento de cuatro grandes sistemas en orden a la función calificadora: a) *Sistema francés*. Se circunscribe al aspecto formal del documento, dejando intocado el problema de la validez o nulidad del acto. b) *Sistema germánico*. Partiendo de la base de la distinción entre negocio obligacional o causal y negocio dispositivo, el Registrador sólo califica este último. c) *Sistema suizo*. Tiene una gran amplitud, pues se extiende al examen de la facultad dispositiva, al problema de la legitimación, a la representación, a la validez y eficacia del acto y a la competencia del mismo Registrador. d) *Sistema australiano*. Se trata de una forma específica de entender la calificación, ya que la misma abarca no sólo el contenido jurídico del documento, sino la realidad física que se ofrece en los casos de inmatriculación.

Nuestro sistema calificadorio es espectacular. No es que abarque lo divino y lo humano, como dijo algún autor, pero sí concentra en su amplitud esas exigencias que el principio de legalidad ofrece al jurista. No es sólo la forma y sus defectos, sino la esencia de la validez y eficacia lo que se persigue. Lo que sucede es que la «grandeza» que se predica en general y aplicada al instrumento público, sufre la «servidumbre» de ciertas excepciones que desde el punto de vista doctrinal o legal se separan de la normativa general. Si partimos de la existencia de tres clases de documentos: notariales, judiciales y administrativos veremos el distinto trato que los mismos ofrecen ante esta «grandeza»:

- *En el campo del documento «notarial»* (aunque el precepto tenga dos partes diferenciadas) el artículo 18 de la Ley Hipotecaria española es generoso con la calificación: el Registrador califica la «legalidad» de las formas extrínsecas de los documentos de «toda clase» (normativa aplicable a toda clase de documentos judiciales y administrativos), así como la «capacidad» de los otorgantes y la «validez» de los actos dispositivos contenidos en las *escrituras públicas* por lo que resulten de ellas y de los asientos del Registro.

La dimensión de esta función en esta clase de documentos hace innecesaria la especificación de los términos en que cristaliza la misma, pues ello exigiría una minimización de casos y circunstancias que exceden y sobrepasan los límites de esta exposición. La validez de los actos, en toda su grandeza, la capacidad de los otorgantes en toda su variedad legal

de matices, las formas extrínsecas de los documentos y los obstáculos en orden a la finca, al titular y al derecho inscrito, sirven de mosaico prometedor de soluciones en orden a la posibilidad de la inscripción.

En esta clase de documentación debe quedar claro que la calificación opera no sólo respecto de las «escrituras», sino de las «actas notariales» en los casos y circunstancias que la Ley Hipotecaria admite como inscribibles. De otra parte, la calificación no se circunscribe a los actos de «inscripción», sino a los inscribibles, que pueden provocar un asiento de inscripción, nota marginal o cancelación, aunque para estas últimas operaciones registrales el artículo 99 de la Ley Hipotecaria establece que la calificación se circunscribe a la «legalidad» y a la «capacidad» y la «competencia» de la autoridad que ordene la cancelación, según los artículos siguientes.

- *En el campo del documento judicial* la «grandeza» de la función queda reducida por imperio de un principio superior cual es el de la firmeza del acto judicial contra el que no cabe recursos. El ámbito de esa calificación frente al documento judicial fue producto de una larga evolución que se inicia con el Real Decreto de 1876 y que cristaliza en la actualidad en un artículo reglamentario (de dudosa vigencia frente a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria) donde se concreta la función a «la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas y a los obstáculos que surjan del Registro».

De todas formas, he intentado demostrar, y creo que en esto me sigue, o por lo menos me cita SCOTTI *junior*, que la función tiene la dimensión normal de los demás documentos comprendiendo la validez de los actos contenidos en el documento, la capacidad de las partes y la competencia del Tribunal, así como la observancia de formas y requisitos de validez y obstáculos surgidos del Registro. Es una tremenda limitación el «principio de firmeza» del acto judicial, pero ello es comprensible ya que las esferas de actuación son distintas: el Registrador no está en la escala jerárquica de las autoridades judiciales que aplican el Derecho en las contendas que ante los mismos se suscitan. El no puede enjuiciar esa actuación, pero sí ponerle reparos de validez, eficacia,

capacidad, forma y obstáculos registrales que hacen inaccesible la decisión judicial al Registro de la Propiedad.

- *La documentación administrativa* ofrece todavía más dificultades en materia de calificación, pues doctrinalmente se la ha querido equiparar a la judicial, sin que exista entre ellas el mínimo vínculo de analogía. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de marzo de 1975 intenta deslindar el campo de actuación registral frente al documento administrativo, aunque lo único que se logra en dicha resolución es el de una «actuación de un mayor rigor para el ejercicio de la función calificadora» para el documento administrativo.

Es lamentable esta equiparación, aunque sea mayor rigorista que frente a la judicial, pues en la Ley Hipotecaria no existe base para ello y tampoco en la legislación administrativa. De otra parte, la práctica demuestra la lamentable confección de documentos sujetos a inscripción que exigen en el 99 por 100 de los casos de una constante rectificación. No. El funcionario administrativo sigue creyendo, según la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA que el ordenamiento jurídico español está formado por el Derecho Administrativo y que sus fuentes supletorias son únicamente sus principios informadores. Ello nos lleva a una contemplación «pueblerina» de algo que habíamos admitido tradicionalmente como «rama» o «derecho especial» desgajado del «tronco común».

De todas formas yo he defendido que la actuación del principio de calificación registral en orden a los documentos administrativos comprende la validez, la clase de documento y la firmeza del acto, la capacidad de los otorgantes y los obstáculos del Registro.

La obsesiva forma de equiparar el documento judicial al administrativo está en íntima contradicción con esa serie de teorías que, al intentar encuadrar la naturaleza jurídica de la función y su ámbito, separan la adscripción de la calificación y la adscriben o bien al campo administrativo o al judicial. ¿Por qué si ambos campos son distintos tenemos que identificarlos al momento de la calificación?

d) *Las consecuencias jurídicas de la función*

Toda la gran finalidad que se persigue con la calificación registral es el acceso a los libros del Registro de una serie de actos para que los

mismos tengan proyección frente a los terceros adquirentes. Este acceso de dichos actos debe estar respaldado con la garantía inicial de que lo que el Registro publica es verdad, mientras no se demuestre lo contrario. Es algo así como la fe notarial. Lo que dice el Notario es verdad salvo que se demuestre la falsedad de la aseveración. Lo que el Registro publica es una verdad *iuris tantum* mientras no se demuestre lo contrario, aunque en ciertos casos —y ésta es la grandeza de la institución y por supuesto, de la calificación que permite el asiento— la presunción se hace *iuris et de iure* dando lugar al superior principio de «seguridad del tráfico jurídico» en cuya virtud es mantenido en su adquisición quien habiendo adquirido de buena fe, a título oneroso, de quien en el Registro es titular y habiendo inscrito su derecho se proclama titular sin alteración de su situación.

No creo que sea preciso una mayor explicación de este sencillo principio que la legislación hipotecaria española «importó» de la belga-alemana y cuya vigencia se discute por el excesivo alcance que el mismo puede ofrecer. Contribuir a este efecto sustancial del sistema es lograr otra grandeza, pues si la calificación responde a esos esquemas de actuación jurídica antes apuntados la situación creada se transforma en situación amparada por la ley para favorecer el superior principio del tráfico jurídico. En este punto nos remitimos a lo que diremos en orden al principio de «seguridad jurídica».

B. SERVIDUMBRE DE LA FUNCIÓN

Al lado de la grandeza de una función debe alegarse lo que supone la «servidumbre» de la misma. En este sentido aparecen una serie de notas que matizan la función calificadora que no podemos menos de encuadrarlas en el capítulo de las «servidumbres». El anecdotario en este punto es tremendo y estaríamos aquí algunas horas contándonos ese gran caudal que significa la lucha entre el jurista que llega a una oficina y las costumbres regladas de la misma. La lucha, por ejemplo, para lograr que la forma de hacer inscripciones sea como uno la ordena hasta que ello se cristaliza en una decisión favorable, supone pasar de la fórmula «Antes decía don Rafael...» a «Ahora dice don José...» y eso resulta difícil y requiere una mano izquierda actuante. Claro que esto más que una servidumbre es una grandeza, pues si se consigue encauzar la forma de llevar la oficina conforme a unas normas jurídicamente interpretadas la rapidez, la facilidad y la eficacia en el cambio no ofrecen más que grandezas, aunque haya que haber vencido o superado la servidumbre de una tradición.

Yo logré un cambio en este sentido, abreviando inscripciones, aligerando el trabajo y poniendo al día un Registro que llevaba mucho retraso, pero también os cuento que si vencí en ese campo de batalla, perdí en otros dos: uno, en que se pusiera una estufa para calentar la oficina, cosa que se consideró ofensiva pues en el Sur de España siempre hace calor, aun cuando los termómetros marquen cero grados o bajo cero, pues siempre le dirán a uno: ayer tuvimos veinticinco grados sobre cero. Otro fue el del botijo del agua. Allá abajo el agua es muy cotizada y como la Notaría y el Registro estaban en un mismo edificio, el servicio de «botijo» era común y el tema o cuestión se planteó sobre quién era el encargado de «llenar» el botijo, pues se observaba la cantidad de agua bebida por unos y otros... La cosa terminó como el rosario de la aurora, pues unos y otros se negaron a llenar el botijo y acudieron a unas botellas de agua mineral que guardadas en armarios suministraban un agua caldosa y que hacía felices —por deseos de venganza— a quienes pensaban que ese procedimiento era más idóneo que el de llenar el «botijo»...

Pero la servidumbre de la función tiene unas manifestaciones más concretas que la anécdota contada. Vamos con ellas:

a) *La limitación de medios*

Hemos visto antes la gran extensión que la función calificadora tiene. Frente a ello contrasta los medios tan limitados de los que el Registrador debe valerse para ejercerla y que se reducen al documento presentado y al contenido del Registro.

Aclaro que el documento presentado puede estar constituido por lo que podríamos llamar documento inscribible y por los complementarios. Puede el Registrador exigir la presentación de otros, según los casos, pero lo que no puede es utilizar conocimientos de hechos o circunstancias de la realidad si no emanan del documento, ni, por supuesto, actuar por «conjeturas».

La calificación es asepsia pura, desprendida de afectos, de enemistades, de inclinaciones, etc. Las dos únicas verdades que el Registrador oye son las que le dicen el documento y la que proclama el Registro. Todo lo demás no existe en el mundo de su actuación. Es como el secreto de confesión: sé que lo hiciste, pero no puedo utilizarlo.

b) *La multiplicación legislativa*

Para ejercer la función es preciso tener presente todo el ordenamiento jurídico. No es fácil estar al día en esa tremenda fiebre que el legislador moderno tiene o padece al estar lanzando al ruedo del ciuda-

dano: normas, disposiciones, órdenes, etc., con la misma facilidad y rapidez que la máquina de hacer churros ofrece. Algún autor habla de una legislación «motorizada», otros de «diarrea» legislativa y otros, como GONZÁLEZ PALOMINO reflexionan sobre ello diciéndonos que «Y si, lo que Dios no permita, hubieran de aplicarse en la vida diaria todas y cada una de las disposiciones vigentes quedaría parada en seco la vida jurídica y en especial la marcha de la Administración en todos sus ramos. No la marcha buena o mala, rápida o lenta, sino la marcha...», y termina contando aquel suceso de los funcionarios franceses que amenazaron sobre la base de unas «reivindicaciones sociales» que solicitaban, no con declararse en huelga, sino con «cumplir las disposiciones vigentes». Es una tragedia. Una tragedia grotesca, si queréis, pero precisamente por ello más dramática, la de que el cumplir las leyes pueda ser una grave amenaza para el orden público. Por eso se explica la teoría del cumplimiento funcional de las leyes que el citado autor patrocina.

Frente a ese mundo legislativo, esa selva gigante llena de dificultades, la actuación calificadora debe abrirse camino y superar todos los obstáculos. Frente a un problema necesitado de solución —dice G. PALOMINO— urgente, caben dos aptitudes. Una, buscar la solución «perfecta» y cruzarse de brazos hasta que se da con ella. Otra, buscar la solución «posible» y ponerla por obra, con los medios que se tengan a mano, sin dilaciones.

El citado autor con esa desgarradora forma humorística suya nos ofrece varios casos de cumplimiento de la norma jurídica que deben rechazarse: unos los encuadra en el marco de la «propensión a la literalidad» y otros en el de la «propensión a la requisitez». Unos y otros suponen un espíritu burocrático del que es preciso huir.

Cuenta los casos históricos de la batalla de Jena en octubre de 1806 y el Puente de Remachen a finales de la guerra de 1939-45, pero el caso más singular es el de aquel centinela permanente que estaba situado a unos metros de un banco que estaba colocado debajo de un enorme árbol y que proporcionaba una sombra deliciosa. El centinela estaba para evitar que nadie se sentase en el banco. ¿Cómo es posible que nadie pueda sentarse en ese banco con lo bien que se debe estar allí? El que esto preguntaba investigó y descubrió el origen del hecho: el centinela se puso una vez que se pintó el banco para que nadie se sentase hasta que la pintura se secara..., pero nadie revocó la orden y el centinela siguió prohibiendo que la gente se sentara.

El otro caso es el de la falta de una póliza que retrasa la totalidad del expediente, pues tiene que recorrer toda la escala administrativa hasta que se pega o adhiere. Igualmente cuenta las veces que en un expediente académico hay que acreditar que uno ha nacido: una para el ingreso en

el Instituto; dos para el examen de reválida elemental; tres para el examen de reválida superior; cuatro para el curso preuniversitario; cinco para el ingreso en la Facultad; seis para después de aprobar la oposición...

Debe buscarse siempre el puente que une la generalidad de la norma y la particularidad del caso concreto. Salvar, como decía ESSER, el gran foso que separa la teoría de la norma con la práctica jurídica. Pero claro, hay normas que cuesta mucho trabajo aplicar. Yo recuerdo una que regulaba las adquisiciones extranjeras en España que hablaba de «las personas naturales, las jurídicas... y las de cualquier otra clase».

c) *Inexcusabilidad y falta de consulta*

La calificación es un acto necesario, no pudiendo alegarse dificultades frente a ella, oscuridades legislativas, existencia de lagunas, dificultad de buscas, etc. Es un deber ineludible. Aquí sucede como con el problema de la interpretación de la ley, según dice FERRARA, pues todas las leyes, sean claras u oscuras, deben ser interpretadas, porque no hay que confundir la interpretación con la «dificultad» de la interpretación.

Nosotros tenemos que calificar; podremos dudar, pero tenemos que decidir. No se nos autoriza ni la consulta ante la duda. Las materias de calificación no pueden ser objeto de consulta ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Lo dice así el artículo 273 de la Ley Hipotecaria y 481 de su Reglamento y lo repiten infinidad de Resoluciones de la misma Dirección.

Es la traducción del «solo ante el peligro», famoso título, de famosa película. Aquí entre de lleno la teoría de WIEHWEG que llama «aporía», designando así a la «cuestión que es acuciante o ineludible, la falta de un camino, la solución de un problema que no se posible aportar... siendo la tópica la que pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante, a fin de no quedar detenido y sin remisión...». La inexcusabilidad de la función, junto con la creación de la llamada jurisprudencia de problemas, encajan plenamente en esta nueva aportación doctrinal de la forma de creación del Derecho.

La obligatoriedad de la función desemboca en la admisión de la inscripción, su suspensión o denegación, según los defectos advertidos. En aquellos casos en los que el Registrador se oponga a la pretensión del que pretende inscribir la ley le concede la posibilidad del recurso gubernativo ante el Presidente de la Audiencia respectiva y con apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que decide en última instancia y da o no la razón al Registrador. Cabe que los interesados acudan a la vía judicial para contender entre sí sobre la va-

lidez o nulidad del título no inscrito. En esa contienda nunca puede ser parte el Registrador (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

d) *Independencia y responsabilidad*

La función calificadoradora es de carácter unipersonal. Es un poder individual que la ley concede y que no es compartido. Ni aun en aquellos casos en que existen dos titulares hay participación: el que califica el título sigue conociendo de todas sus incidencias, pudiendo darse el caso de que el cotitular discrepe de la opinión, lo mismo que cuando el recurso se plantea no siendo titular del Registro el que calificó, pudiendo discrepar el nuevo Registrador de la calificación.

El Registrador al ejercer la función calificadoradora se convierte en «autoridad» única que decide ante sí y por sí. Puede discrepar de una calificación anterior ya que no es vinculante, igualmente no le vinculan para el futuro las soluciones que a un caso determinado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues puede discrepar de las mismas, no caben apremios de Jueces y Tribunales y contra ellos tiene un recurso de «queja» ante el Presidente de la Audiencia..., etc.

Pero todo ello lleva consigo una «responsabilidad» individual. La responsabilidad se concreta en quien ejerce la función, sin que se desplace como en el caso del funcionario que actúa en nombre del Estado. Aquí la actuación es personal, intransferible, en nombre propio, sin representar a nadie, y bajo su exclusiva responsabilidad. Así lo dice, y así es, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Aquí termino la exposición de nuestras grandezas y servidumbres para no cansaros más y siguiendo aquello que GONZÁLEZ PALOMINO decía del café y de las leyes. Los aficionados al buen café decimos que un café bien hecho debe reunir las calidades que inician las cuatro letras de su nombre: caliente, amargo, fuerte y escaso. No sería nada malo para ningún sistema jurídico que sus leyes tuvieran aroma de café y fueran: cortas, antiguas, flexibles y escasas.

Si la balanza de grandezas y servidumbres, vencen estas últimas sobre aquéllas yo no puedo hacer otra cosa, pues de la profesión, como de la mujer, hay que enamorarse después de soportar la convivencia, como decía el autor citado.

Muchas gracias.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ,
Registrador de la Propiedad

Baleares ante el art. 149-1-8.º de la Constitución

Comunicación al Congreso de Jurisconsultos sobre los derechos civiles territoriales en la Constitución, Zaragoza, octubre de 1981, que presenta el notario de Formentera don José Cerdá Gimeno.

SUMARIO: I. *Presupuestos de la investigación en este tema:* A) Metodológicos. B) Perspectivas posibles de enfoque. C) Postulados previos como punto de partida. D) El planteamiento genérico del tema por la PONENCIA. E) Mi posición.—II. *El tema de la normativa constitucional.*—III. *El tema del Derecho propio de Baleares:* 1. La confluencia de sistemas normativos. 2. Los sectores normativos básicos: a) Ambito normativo privatista. b) Ambito normativo publicista: sus perfiles.—IV. *Recapitulación parcial*—V. *La práctica jurídica ante la problemática actual del tema:* A) Código Civil y Compilación. B) Reformas del Código y Compilación. C) Constitución de 1978 y Compilación: 1. Las discriminaciones del texto compilado y su adaptación a la Constitución. 2. Las competencias concurrentes o compartidas: en especial, la supletoriedad del Derecho estatal. D) Revisión de la Compilación.—VI. *El resultado de esta investigación del tema:* 1. El cotejo con las conclusiones de la PONENCIA. 2. A modo de conclusiones.—VII. *Conclusiones finales.*

I. PRESUPUESTOS DE LA INVESTIGACION EN ESTE TEMA

Buena labor sería la de poner orden en la enorme profusión de términos y conceptos jurídicos usados por todo el mundo al tocar este tema y la de reducir la interpretación exclusiva de los términos jurídicos a los juristas (1). A dicha labor previa a toda investigación en este tema me

(1) Así, en GARCÍA DE ENTERRÍA: «El techo constitucional de las autonomías territoriales: un problema básico», artículos en el diario *El País*, días 7 y 8 de marzo de 1979.

he referido en otro lugar, y a él me remito (2). El recordar esta tarea no está de más, ya que la presumible asistencia de numerosos juristas de toda España a este Congreso invita a un amplio y sereno debate sobre el particular campo de investigación de la PONENCIA.

BALEARES no podía estar ausente en este Congreso y de ahí la asistencia de una distinguida representación de sus profesionales más brillantes y la presentación de algunas aportaciones de los asistentes en orden a la problemática suscitada por las ponencias del Congreso. Por lo que se refiere a esta PRIMERA PONENCIA, se ha estimado oportuno traer aquí una resumida síntesis de algunos trabajos anteriormente elaborados por alguno de los juristas de estas islas.

El primer punto a debatir es el de si al abordar la investigación en este tema deben o no adoptarse unos a modo de presupuestos básicos. A mi parecer, ello es necesario y conveniente a los efectos de una presentación adecuada de este análisis, con la complementaria *matización* de las inevitables referencias al Derecho de las islas Baleares.

He llamado la atención hacia algunos aspectos de esta introducción para así delinear los posibles ámbitos de la investigación y obviar algunas cuestiones o temas ya tratados por la doctrina en profundidad.

Parece, en principio, que casi todo está dicho, pero la realidad es que no andamos sobrados de comentarios al texto constitucional, al menos en este punto concreto (3).

Basta toda esta somera exposición para que tomemos la aporía que el artículo 149-1-8.º de la Constitución nos suministra con cierta calma y nos decidamos todos a una reflexión tranquila del tema.

A) METODOLÓGICOS

He defendido en otro lugar (4) la posibilidad de aplicación a este tema del método o punto de vista de la tridimensionalidad del Derecho. Analizaba allí el tema bajo el triple aspecto del hecho social (Derecho eficaz), de su valoración (Derecho legítimo) y de su dimensión normativa (Dere-

(2) V. mi estudio *La competencia legislativa en materia de Derecho privado en Baleares*, comunicación presentada a las «Jornades sobre l'Estatut de Catalunya», celebradas en Barcelona en abril de 1980, en el volumen colectivo dedicado a las ponencias y comunicaciones presentadas, editado por las entidades patrocinadoras, Barcelona, abril de 1980, págs. 67 y sigs., esp. 69 y sigs.

(3) V., por ejemplo, en la obra colectiva dirigida por E. LINDE PANIAGUA: «Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución española de 1978» número monográfico (núms. 25 al 28), de enero-diciembre de 1980, de la revista *Documentación Jurídica*, Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, págs. 795 y sigs., esp. 802 y 803.

(4) V. mi estudio, citado en nota 2, *La competencia legislativa...*, págs. 73 y sigs.

cho válido). Presento a continuación un resumen de aquella visión global de esta parcela de la realidad jurídica, con la reseña de aquellas características o particularidades más notables a modo de puntos de reflexión convenientes. Veamos tales características:

1. *La dimensión fáctica*

Como hechos más relevantes cabe recoger aquí los siguientes:

- La indefensión secular de las islas frente a todo ataque desde el exterior.
- La incomunicación inter-insular hasta mediados del siglo pasado.
- La recepción romano-canónica (*ius commune*) y la aplicación del Derecho *more italico*.
- La formación consuetudinaria de un Derecho privado autóctono.
- El proceso jurídico uniformista castellano.
- Las peculiaridades del Derecho de las Pitiusas (Ibiza-Formentera), dentro del contexto global del Derecho de Mallorca (5).
- La situación actual de «preautonomía», dentro del fenómeno conocido como proceso autonómico postconstitucional.
- La incidencia y empuje de los cambios sociales, especialmente los derivados de la dinámica económica (turismo, inmigración, transformación de los sectores productivos, capitalismo incipiente, etc.).
- La no existencia de una «Escuela Jurídica» en las islas, consecuencia de la falta de Universidad y de Facultad de Derecho hasta fechas recientes.

2. *La dimensión valorativa*

Tradicionalmente se consideraba que la legitimidad o justicia del Derecho de las islas venía encapsulada a la idea de conservación del patrimonio familiar y de las viejas estructuras organizativas agrarias.

Recientemente se liga tal legitimidad a la idea de fuero o foralidad, o sea, hay remisión a una idea política (6).

(5) O de otro modo dicho, no hay un Derecho *balear*, sino un Derecho *de Baleares*. Diferencia sutil, pero de enorme contenido. Baste considerar el hecho significativo de que la obra del máximo jurista de las islas, el foralista L. PASCUAL GONZÁLEZ, aparece en el año 1951 bajo el título de *Derecho civil de Mallorca*.

(6) V. SARDINA PÁRAMO: *El concepto de Fuero (Un análisis filosófico de la experiencia jurídica)*, Santiago de Compostela, 1979, pág. 213, esp. págs. 230 y sigs.

A mi modo de ver, habría que considerar cuidadosamente el proceso consuetudinario de elaboración del Derecho de las islas, que requiere una apoyatura social múltiple: unos pobladores que *sientan* su Derecho como algo propio, peculiar y distintivo; unos juristas prácticos capaces de adaptar las diversas técnicas jurídicas a unas necesidades concretas, y unos políticos eficaces que plasmen los usos colectivos ya justificados en un texto normativo (7).

3. *La dimensión normativa*

Como datos estrictamente normativos cabe señalar aquí:

- La normativa castellana implantada ex artículo 13 del Código Civil en su redacción de 1889.
- El lento proceso recopilador, que no desemboca en el previsible Apéndice Foral.
- Un proceso de elaboración de la vigente Compilación, cuyas notas son la rapidez, la escasa técnica y el influjo decisorio de Madrid.
- La aparición en 1961 de la actual COMPILACION, con las características de ser un texto de elaboración compleja, de autoría múltiple, de contenido fragmentario (no forma un verdadero «sistema normativo», cual las de Aragón o Navarra), de buena sistemática en el orden conceptual, de interpretación difícil en cuanto al Derecho supletorio y de aplicación práctica poco conocida dada la escasez de litigios sobre las instituciones recogidas en la Compilación.
- La fase actual de desarrollo, ejecución y comentario de la Constitución de 1978, con una previsible «armonización» del proceso autonómico (8).
- La falta de decantación o cristalización de toda la labor de

(7) Parece hoy por hoy suficiente el dato que subsigue a los efectos de calificar la concienciación de los políticos de las islas en orden a su responsabilidad histórico-política *actual*: hoy —día 27 de octubre de 1981—, la «Comisión de Juristas», que fue creada por Real Decreto 1007, de 22 de mayo de 1981, *todavía no ha sido convocada ni constituida en forma*. En prensa este trabajo, debo informar que la citada Comisión fue *constituida* el 5 de noviembre de 1981.

(8) Como efecto directo del conocido «Informe GARCÍA DE ENTERRÍA», se habla y se lleva al Congreso un *proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico* —la famosa LOAPA—. Hasta el momento, tanto el citado «Informe» como el «proyecto» de ley han sido elaborados exclusivamente por administrativistas. La necesidad de una tarea inter-disciplinaria de diversos especialistas —y no tan sólo administrativistas— para depurar los comentarios al texto constitucional, la puse de relieve en mi citada comunicación *La competencia legislativa*, págs. 80-81.

los comentaristas del texto constitucional, y la consiguiente necesidad de una tarea interdisciplinaria, de equipo, que analice los criterios diversos en la materia.

B) PERSPECTIVAS POSIBLES DE ENFOQUE

He analizado en otro lugar la aporía constitucional que motiva esta aportación y sus distintos y posibles enfoques sectoriales, que motivan distintas perspectivas (9). No me corresponde aquí y ahora pasar revista a todas y cada una de ellas, tarea que ya hice entonces, ni tampoco intento siquiera jerarquizar tales perspectivas, sino que su orden de presentación es a efectos meramente expositivos y dialécticos.

Una exposición abreviada de aquel análisis mío puede hacerse en la forma siguiente, agrupando sintéticamente los resultados a que llevan los análisis desde los puntos de vista del Derecho constitucional, de la Historia del Derecho, del Derecho civil y del Derecho administrativo. Insisto en que estas proposiciones aquí presentadas vienen a ser el resumen de un más amplio análisis de los autores de cada rama del Derecho.

1. *La perspectiva desde el Derecho constitucional*

- Se teoriza acerca de la *quaestio nominis* (Estado unitario v. Estado federal).
- Se postula un «Estado de las Autonomías», cuya noción exacta parece que nadie quiere presentar (10).
- Se intenta caracterizar el nuevo tipo de Estado que resulta de la Constitución y de su título VIII en base a los criterios de

(9) Así, en mi estudio *Los Derechos forales en el Estado de las Autonomías*, conferencia pronunciada el 24 de noviembre de 1980 en la Institución Fernando el Católico, de Zaragoza: epígrafe II, apartado final.

(10) Se presenta esta noción como innovación por G. PECES BARBA: «El Estado de Autonomías», artículo en el diario *El País* del 7 de diciembre de 1979. Es interesante el cambio introducido por el profesor FERRANDO BADÍA, que de «Estado federal» pasa a ser «Estado autonómico»: v. *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 141 y sigs., esp. págs. 158 y sigs. y 308 y sigs.

Enormemente significativo es el hecho de la ausencia de un debate parlamentario en orden a la llamada «potestad legislativa de las Comunidades Autónomas»; así, en GONZÁLEZ NAVARRO: «Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones», en la obra *La Constitución y las fuentes del Derecho*, vol. II, págs. 1027 y sigs., esp. págs. 1063 y sigs.

la autodeterminación, de la distribución territorial del poder político y de la regionalización del Estado (11).

○ Se presenta la nueva noción de «Comunidad Autónoma» como panacea y/o remedio taumatúrgico, y se insiste en que se trata del Estado mismo, ya que son *partes* del Estado, con notas de ser «políticas», populares, democráticas y que conllevan el principio de plenitud (12).

2. *La perspectiva desde la Historia del Derecho*

○ Los autores anteriores a la Constitución que disertan sobre temas de los Derechos forales apenas rozan este punto, con las notables salvedades de lo que cabría llamar la «Escuela aragonesa». Nombres como los de MONEVA PUJOL, PALÁ MEDIANO, LACRUZ BERDEJO, etc., deben citarse aquí. Como también a LALLINDE, FONT RIUS, ROCA SASTRE y tantos otros cuya relación sería ahora interminable.

○ Los autores posteriores a la Constitución que, en cuanto a una posición de *historiadores del Derecho*, han tratado de este tema lo contemplan desde diversidad de posturas. Aquí tan sólo quiero aludir esquemáticamente a una muestra de posturas o enfoques *globales* y a la alusión de una postura *radical*.

○ La postura que llamo radical es la de contraponer Constitución e Historia (13), ya que el texto constitucional aquí comentado reconoce una realidad *previa* a la Constitución y recoge tópicos históricos, cuales son los Derechos forales.

○ Las posturas que llamo globales, o bien se centran en el análisis de la codificación en España y en el germen carlista de lo «foral» (14), o bien en un encuadre de la cuestión dentro del sistema de fuentes del Derecho nacional contemporáneo.

(11) Así, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA: «Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado», en revista *Sistema*, núms. 38-39, octubre de 1980, págs. 257 y sigs.

(12) Así, GONZÁLEZ CASANOVA: «El Estado de las Comunidades Autónomas», en revista *Sistema*, núms. 38-39, octubre de 1980, págs. 219 y sigs. *El mismo*: «Teoría del Estado y Derecho constitucional», Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1980, páginas 522 y 523 y sigs.

(13) Así, B. CLAVERO SALVADOR: «Presencia política de la Historia: Nacionalidades y autonomías en la Constitución», en revista *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, págs. 37 y sigs.

(14) V. la cuidada e interesante exposición que hace F. TOMÁS VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 417 y 472 y sigs., 500 y sigs. y 571 y sigs.

○ Una consecuencia notable de los enfoques desde la Historia del Derecho es la adopción del método *historicista* al tratar de instituciones de las regiones forales (15).

3. La perspectiva desde el Derecho civil

○ Se constata sorprendentemente la ausencia de los grandes maestros civilistas al repasar los nombres de los autores que han estudiado este tema.

○ Se observa las notables aportaciones de la doctrina foralista a la interpretación del artículo 149-1-8.º de la Constitución, como se puede comprobar al repasar el volumen colectivo dirigido por E. LINDE PANIAGUA, ya citado (16).

○ Debe resaltarse la específica aportación de la joven doctrina civilista (C. LASARTE), que de una manera casi exhaustiva efectúa un completísimo análisis sectorial (17).

○ Cabe observar, finalmente, la enorme riqueza y complejidad de algunos problemas pendientes de adecuado tratamiento. Así, verbi gracia, entre otros, los siguientes:

○○ La interrelación Código Civil y Derechos forales después de 1978.

○○ La interrelación entre Constitución y regionalización del Derecho privado.

○○ La incidencia de la Constitución respecto de las Compilaciones de los Derechos forales.

○○ La de la intercomunicación entre Derecho público-Derecho privado a través de las Compilaciones forales.

○○ La de si la existencia del Derecho foral es requisito de atribución de competencias civiles a las Comunidades Autónomas.

(15) Muy numerosa sería la relación de los foralistas que se sirven de este canon hermenéutico. En la doctrina catalana, tras el magisterio de ROCA SASTRE, cabe citar a FIGA FAURA, PINTO RUIZ, FAUS ESTEVE, PUIG FERRIOL, ROCA TRÍAS, etc. En otras regiones, v. gr., los nombres de CELAYA IBARRA, GARCÍA GRANERO, NAGORE YARNOZ, y la escuela aragonesa —bajo el magisterio de LACRUZ BERDEJO— con los nombres de DELGADO ECHEVERRÍA, MERINO HERNÁNDEZ, A. CRISTÓBAL MONTES, etc. Me he ocupado de este tema en mi libro *Comentarios a la Compilación de Baleares*, dir. ALBALADEJO, tomo XXXI, volumen 2.º, págs. 7 y sigs. y concordantes, respecto de cada tema y/o institución comentada.

(16) V. LINDE y otros: *Materiales* ..., cit., pág. 803. Entre los años 1979-1980 cita sólo siete autores: de entre ellos, calculo que más de la mitad de los mencionados estarán presentes en este CONGRESO.

(17) V. C. LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

- oo La necesaria distinción entre insuficiencia normativa de una Compilación y el tema de la «hetero-integración».
- oo La cuestión de la determinación del *ámbito material de aplicación* de cada Compilación.
- oo La cuestión de la sucesión de ordenamientos en un Derecho foral: texto compilado actual, promulgación de otro texto nuevo, reformas parciales o totales del texto, etcétera.
- oo La cuestión de la expansión de ordenamientos forales: con el tema inacabado del «Derecho interregional», etc.

4. *La perspectiva desde el Derecho administrativo*

- o Se toman como datos de hecho una serie de postulados previos extraídos del común sentir de la doctrina administrativa: a ellos me refiero en el apartado C) que subsigue.
- o Se da por sentado, de entre tales postulados, el de la existencia de una verdadera y propia competencia legislativa en materia civil en aquellas regiones con Derecho foral.
- o El perfil estructural va ligado al régimen de «preautonomía» hoy vigente en BALEARES, y lleva incapsulado el tema de la recién creada «COMISION DE JURISTAS» y sus posibles tareas.
- o El perfil funcional del tema, ligado a la dinámica legislativa, impone el pasar revista a todo el Derecho propio de las islas y demanda un análisis de las posibles competencias.
- o El tema de las competencias *exclusivas* de cada Comunidad Autónoma exige una *previa* labor de determinación del ámbito de aplicación del Derecho privado propio, esto es, la fijación de lo que LASARTE llama los supuestos institucionales comprendidos *dentro* de la Compilación. En las relaciones internormativas «Derecho estatal-Derecho de la Comunidad Autónoma», debe regir el principio de separación competencial. Es un tema de «teoría de las normas», a resolver con técnicas de Derecho público.
- o El tema de las competencias *concurrentes o compartidas* es también un tema de «teoría de las normas» a resolver con las técnicas de Derecho público. Es fundamental recordar que la cuestión de «la supletoriedad del Derecho del Estado» (art. 149-3 de la Constitución) va conectado con este tema de las competen-

cias concurrentes —no con las exclusivas, a regir por el principio de separación competencial—: son básicas las técnicas de la isomorfía y de la autointegración normativa (18).

C) POSTULADOS PREVIOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Hace algún tiempo entendía yo que estos postulados venían a ser un necesario punto de partida para comenzar a clarificar las inacabables distinciones doctrinales. El que pasaran a ser un punto de llegada sentido por la común convicción jurídica patria no pasaba de ser pura intuición mía entonces, intuición que el famoso «Informe ENTERRIA» ha hecho realidad y va a devenir en una Ley orgánica (la LOAPA).

Dichos postulados se reducen esquemáticamente a los siguientes:

- Las Comunidades Autónomas (título VIII, capítulo III, de la Constitución) *deben* ser sustancialmente idénticas, sin perjuicio del proceso de acceso a la autonomía ex artículo 143 o artículo 151.
- El modelo adoptado en la Constitución remite a los futuros Estatutos de Autonomía.
- Los Estatutos están sujetos a las limitaciones constitucionales: limitaciones explícitas en el artículo 149 de la Constitución, implícitas en la técnica de las leyes «orgánicas» y derivadas de los principios generales constitucionales (19).
- Los Estatutos de Autonomía, una vez aprobados y sancionados por el Rey, forman parte integrante del Ordenamiento jurídico del Estado español.
- El Ordenamiento jurídico general del Estado español forma un único sistema o conjunto normativo, y dentro del mismo existen una serie de microsistemas o subconjuntos normativos. Dentro de cada microsistema —con o sin Estatuto de Autonomía— opera exclusivamente el principio de competencia.
- La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas —no deducida de los debates parlamentarios, ni explícita en el texto constitucional— es inducida e inducible por la técnica del «consenso» y quizá llegue a ser un principio general constitucional.

(18) V. mi estudio *La competencia legislativa...*, cit., págs. 100 y sigs. Para una comprensión del tema, v. VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Ed. Sección Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1968, págs. 444 y sigs. y 475 y sigs.

(19) Así, en S. MUÑOZ MACHADO: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 31 y sigs., esp. 34 y 36 y sigs.

- La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas debe tener los mismos límites constitucionales señalados para los Estatutos y, *además*, los derivados del juego del principio de competencia (20).
- Las leyes regionales deben tener idéntica naturaleza que las leyes estatales (21).
- La situación de «preautonomía», en tanto que provisional e interina, o desemboca en autonomía o se diluye.
- La fase actual en BALEARES de inseguridad e indeterminación normativa pasa necesariamente por la creada más *non nata* COMISION DE JURISTAS. De dicha Comisión deben emanar las proposiciones de ley elevadas al Gobierno para la solución de los numerosos puntos conflictivos actuales.

D) EL PLANTEAMIENTO GENÉRICO DEL TEMA POR LA PONENCIA

La cuidada exposición del tema por parte de la PONENCIA parece basarse en el pensamiento e investigaciones anteriores del profesor DELGADO ECHEVERRÍA. Se toma como punto histórico de partida la situación producida en España tras el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946. Se analiza con detenimiento el contenido de las actas de sesiones en orden a los debates parlamentarios sobre el artículo de la Constitución aquí examinado. Se estudian los precedentes del texto constitucional de la República de 1931. Se parte del propio dato normativo constitucional, y tras los pertinentes incisos hermenéuticos, se esbozan algunas conclusiones primarias. Se constata la garantía constitucional de la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes y se sujetan los Derechos llamados forales al imperio de la Constitución.

En el planteamiento de la PONENCIA es detectable el uso de un doble canon interpretativo: el historicista y el normativo-positivista. La interpretación del texto constitucional queda enmarcada dentro de una perspectiva voluntariamente limitada o sectorial, cual es la de un enfoque preponderante civilista.

Los resultados a que llega esta investigación de la PONENCIA se traducen en una serie de *conclusiones* que, a mi modo de ver, y en lo que a BALEARES respecta, son perfectamente aceptables y asimilables en su integridad. Con pequeñas matizaciones, a las que aludiré seguidamente.

(20) Así, en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Ed. Civitas, tomo I, Madrid, 1980. págs. 275 y sigs., esp. 279 y sigs.; v. también MUÑOZ MACHADO: *Las potestades* .. cit., págs. 72 y sigs

(21) V. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 262 y sigs., esp. 264; v. también MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 62 y sigs

E) MI POSICIÓN

En primer lugar, la coincidencia más o menos completa del tema objeto de esta PONENCIA con anteriores estudios y/o aportaciones del comunicante que suscribe, alguna publicada y otras no, hace necesario el que trate de evitar repeticiones inútiles y me remita a trabajos míos precedentes.

En segundo lugar, la previa calificación de la PONENCIA como sectorialmente limitada, desde la exclusiva perspectiva *civilista*, no me lleva a una descalificación de la misma y de sus resultados. La dicha perspectiva y las conclusiones las acepto y asumo en su totalidad.

En tercer lugar, las peculiaridades del Derecho civil de las BALEARES —cuyas concordancias y elementos diferenciales con el Derecho de ARAGON tuve el honor de examinar en su día (22)— imponen una serie de matizaciones al conjunto de la PONENCIA, bien en el orden de los conceptos y de las perspectivas, bien en cuanto al juego de los sistemas normativos.

En cuarto lugar, tales matizaciones antes aludidas parece que podrían reconducirse a la distinción básica para mi exposición subsiguiente, tomada de la doctrina alemana: de un lado, lo que cabe llamar el núcleo fijo conceptual, la zona de certeza (el DERECHO PROPIO DE BALEARES), y de otro lado, el halo conceptual, la zona de incertidumbre (la NORMATIVA CONSTITUCIONAL). En el primer caso (COMPILACION) hay un *Begriffkern*, en tanto que en el segundo caso (art. 149-1-8.º de la CONSTITUCION) hay un *Begriffshof*.

II. EL TEMA DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Entro aquí en la zona de incertidumbre conceptual aludida.

Anteriormente me he referido —al examinar la dimensión normativa del tema— a la fase actual de desarrollo del texto constitucional y a la necesidad de decantación de toda la labor de los comentaristas de la Consitución. Dije en otro lugar que era una cuestión inacabada e inacabable.

También me he referido anteriormente a los distintos enfoques posibles, con puntos de vista a veces distintos y no siempre conciliables. La egolatría de la doctrina, proverbial, quizá sería merecedora de una revisión.

(22) Así, en mi conferencia en Zaragoza, *Los Derechos forales en el Estado de las Autonomías*, citada en nota 9: epígrafe II.

Por otra parte, también me he referido en otro lugar a la prevalencia de los puntos de vista publicistas en este tema. Dada la propia configuración del ordenamiento jurídico patrio como un conjunto normativo basado en la Constitución, todos los sectores o subconjuntos ordenados *dentro* del conjunto normativo están sujetos a las técnicas de Derecho público, en especial las del Derecho administrativo.

Finalmente, también me he referido en otro lugar a la necesidad de una labor interdisciplinaria que proceda sin prisas a una depuración de la interpretación de esta normativa constitucional. Con el riesgo de que si no lo queremos hacer los propios interesados en esta problemática, quizá nos la veamos impuesta desde fuera por el Poder central. Que ello no es ninguna utopía nos lo demuestra la propia aparición de la ya famosa LOAPA: una de sus previsibles consecuencias pudiera ser la que eufemísticamente podría denominarse «armonización de los derechos civiles coexistentes».

A modo de *resumen*, la incertidumbre del tema de la normativa constitucional derivaría: o de la diversidad de perspectivas que no conducen a una unidad de interpretación, o del desconocimiento general por los juristas —a salvo los administrativistas— de las técnicas de Derecho administrativo, o de la inexistencia de un trabajo cuidadoso en equipo, cual el de los *Rapport* de la práctica jurídica anglosajona.

III. EL TEMA DEL DERECHO PROPIO DE BALEARES

Entro ahora en la zona aludida de certeza conceptual.

Sin embargo, esa pretendida y aparente *certeza* va tan sólo referida al concepto COMPILACION. Y aun así, con ciertas matizaciones, a las que seguidamente aludiré.

La certeza va diluyéndose a medida que nos vayamos alejando de ese núcleo conceptual que forma el concepto *Compilación*. Se entra así en una serie de necesarios distinguos, cuya importancia para la práctica jurídica es trascendental. A ellos me refiero a continuación.

1. LA CONFLUENCIA DE SISTEMAS NORMATIVOS

Hablaba de un concepto de COMPILACION bastante claro, en el que cabe una certeza primaria. Me remito al sentir general de la doctrina foralista sobre el tema.

Un poco menos de certidumbre existe acerca de cuál sea el exacto *contenido* de la *Compilación*, de otro modo denominado como «ámbito

material de aplicación del Derecho civil de Baleares» o como «supuestos institucionales comprendidos por la Compilación». Parece bastante cierto que las instituciones existentes hoy en día *dentro* de la Compilación —régimen económico-matrimonial, heredamientos, derecho sucesorio, derechos reales, contratos y revisión de la Compilación— forman el contenido que cabría llamar «primario». Parece también evidente, al menos para nuestra mejor doctrina actual foralista (23), que cabe defender la existencia de un contenido del Derecho propio foral que está *fuera* de la Compilación: es lo que podría llamarse contenido «secundario» o «implícito». A ello me refiero más adelante.

Bastante menos certidumbre se da cuando se trata de fijar el alcance exacto de las posibles reformas o revisión del texto compilado vigente, así como de su determinación. Luego trato de ello.

Mucha menos certidumbre existe cuando se trata del tema de la supletoriedad del Derecho y/o de la integración normativa.

Apenas hay certidumbre y sí mucha inseguridad cuando se trata de fijar el alcance exacto e incidencia del vigente texto constitucional y/o de las reformas sucesivas del Código Civil *sobre* el texto compilado actual.

Ninguna certidumbre e indeterminación total en orden a los temas del Derecho de la Comunidad Europea —supranacional— y de la universalización y homogeneización del Derecho.

2. LOS SECTORES NORMATIVOS BÁSICOS

De entre los posibles enfoques examinados, me detengo aquí en aquellos dos ámbitos o sectores normativos que entiendo son fundamentales para la correcta delimitación de esta investigación: de un lado, el privatista, y de otro lado, el publicista.

a) *Ambito normativo privatista*

Este sector normativo básico comprende los temas siguientes:

- El contenido del Derecho civil propio de Baleares.
- La reforma o revisión de la vigente Compilación.
- El Derecho supletorio para las instituciones compiladas.
- La homogeneización y/o universalización del Derecho civil: y su efecto, la unificación del Derecho civil del Estado español.

(23) V. PUIG FERRIOL y Roca Trías: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, tomo I, págs. 166 y sigs. Con mayor detalle en E. Roca Trías: *L'Estatut i el Dret civil*, ponencia a las «Jornades sobre l'Estatut de Catalunya», en el vol. cit., págs. 27 y sigs.

Cada uno de los temas referidos pueden y deben resolverse atendiendo a los criterios y pautas señalados por la doctrina especializada en cada caso, y en especial en función de las directrices que antes he señalado.

b) *Ambito normativo publicista*

Este sector normativo básico está caracterizado por la nota de prevalencia de las técnicas de Derecho público sobre el habitual *modus operandi* de la doctrina civilista. Como dato de inevitable conexión, habrá que estar a los *presupuestos ideales*, que precedentemente he señalado como «postulados previos cual punto de partida», en ep. I-ap. C).

Parece conveniente aludir de nuevo a la tópica distinción entre los perfiles estructural y funcional en este sector.

1. *Perfil estructural*

La elaboración normativa pasa necesariamente por un organismo técnico adecuado. *En fase de autonomía plena* corresponderá al Parlamento u órgano legislativo de la Comunidad Autónoma. *En fase de preautonomía* —caso de BALEARES y aun de otras regiones forales—, el organismo técnico viene a ser la denominada COMISION DE JURISTAS, creada por Real Decreto de 22 de mayo de 1981, y la vía a utilizar parece será la de las *proposiciones de ley* a elevar al Gobierno.

2. *Perfil funcional*

De este perfil, relacionado con el aspecto o dimensión *dinámica* en este sector normativo, me he ocupado con amplitud y rigor en un trabajo mío anterior, al que me remito (24).

De las posibles *competencias legislativas* —excluyendo en este lugar las transferidas y las compartidas— interesa tan sólo el tema de las competencias *exclusivas*, esto es, las que específicamente son delimitadoras del ámbito normativo propio del Derecho de las islas Baleares. La extensión al *contenido* primario y secundario de la Compilación, antes referidos, es aquí el elemento clave para la interpretación.

(24) Así, en mi comunicación *La competencia legislativa*, cit., págs. 87 y sigs.

Una vez *determinado* con exactitud el ámbito de aplicación del Derecho privado propio, solamente nos restan dos temas:

- o El de la supletoriedad del Derecho estatal.
- o El de las relaciones internormativas (Derecho estatal-Derecho de la Comunidad Autónoma).

El tema de la supletoriedad del Derecho estatal no juega por principio en cuanto a las competencias exclusivas: es asunto relativo a las competencias *concurrentes o compartidas*.

El tema de las relaciones internormativas pertenece de pleno a la «teoría de las normas»: en él rige plenamente el principio administrativo de separación competencial.

IV. RECAPITULACION PARCIAL

Examinados los presupuestos convenientes para la correcta investigación del tema objeto de esta primera PONENCIA, anticipada mi posición acerca del tema y deslindadas con algún detalle las zonas de certidumbre e incertidumbre que enmarcan los conceptos básicos ligados al enunciado genérico del tema, parece ahora conveniente hacer un alto y reconsiderar alguna de las proposiciones más relevantes halladas en este *iter* investigador, en la forma que sigue:

1.^a La formación consuetudinaria de un Derecho privado autóctono de las islas, en cuyo contexto global aparece diferenciado con fuerza propia el Derecho de las Pitiusas.

2.^a La incidencia notable de los cambios sociales en cuanto a la eficacia del Derecho de las islas.

3.^a La delicada apoyatura social múltiple en que se fundamenta el proceso consuetudinario de elaboración del Derecho de las islas.

4.^a El proceso compilador fragmentario, que desemboca en una Compilación calificada como débil y poco técnica.

5.^a La fase de desarrollo de la Constitución de 1978, de posible final de «armonización» autonómica, falta de una depuración de la obra de comentarios al texto constitucional.

6.^a Examinadas tan sólo cuatro de las posibles perspectivas del tema, parece que no conducen a una *unidad* de interpretación.

7.^a Parece necesario tomar como punto de partida una serie

de postulados previos en orden a puntos clave, cuales los de Comunidades Autónomas, Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales, Ordenamiento jurídico general del Estado español, potestad estatutaria, leyes regionales, etc.

8.^a Parece que el tema de *la normativa constitucional* entra dentro de lo que cabe llamar zona de incertidumbre conceptual, cuyas causas son múltiples.

9.^a Parece que el tema del *Derecho propio de Baleares* entra dentro de lo que cabe llamar zona de certeza conceptual, cuya certeza se va diluyendo de más a menos según el intérprete se va alejando del núcleo fijo —*Compilación*—. Dicha zona de certeza se mantiene y prevalece como sistema normativo específico frente a cualquier otro sistema normativo ajeno en los casos de colisión o confluencia de sistemas normativos: en base y razón a la llamada autointegración normativa.

10.^a Parece que el ámbito *privatista* gira alrededor de la determinación del contenido del Derecho propio, siendo el ámbito *publicista* prevalente por el peso específico del Derecho público. A resaltar la mayor importancia de la *dimensión dinámica* frente a la *estática*, y dentro de ella, el tema de las posibles competencias legislativas y, a su vez, dentro de él, las competencias *exclusivas*.

V. LA PRACTICA JURIDICA ANTE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL TEMA

Bastaría con la exposición precedente —precisados los presupuestos de la investigación y sus perspectivas y postulados previos, y deslindadas las dos zonas que enmarcan el núcleo del concepto y su halo indeterminado, con la subsiguiente recapitulación *parcial*— para dejar aquí ultimada una bastante completa investigación *teórica* del enunciado del tema de la PONENCIA.

Sin embargo, el análisis no queda completo si no se desciende al terreno *práctico*, al campo de los hechos de la vida diaria, que nos va poniendo ante los ojos la multiforme presentación de la realidad social circundante. De esta manera cabe examinar con cierto rigor, si bien en forma esquemática por el tono de este trabajo, la incidencia práctica del tema en orden a la colisión o confluencia de sistemas normativos. Paso así al estudio necesariamente breve del juego de conexiones posibles: Código Civil-Compilación, reformas del Código-Compilación, Constitución-Compilación y revisión de la Compilación. En cada uno de los

supuestos de colisión de sistemas normativos habrá que aplicar los principios generales deducibles de la teoría de las normas y, en su caso, las técnicas de Derecho público.

A) CÓDIGO CIVIL Y COMPILACIÓN

Las relaciones entre el Código Civil y cada una de las Compilaciones de Derecho civil especial o foral no parece que hayan cambiado por el hecho de la aprobación de la Constitución de 1978. Habrá que remitirse a las exposiciones de nuestros civilistas y tratadistas de Derecho común y, en su caso, con las matizaciones derivadas de los comentarios de los autores foralistas (25).

Ahora bien, una cosa es la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos civiles dentro del Estado español, y otra cosa es el tema del Derecho supletorio de cada Compilación (26).

Cada Compilación, entendida como sistema normativo peculiar, tiene su específico procedimiento de autointegración. Procedimiento que no sólo no ha variado, sino que tras la Constitución de 1978 se reafirma que la interrelación Código Civil-Compilación viene regida por el principio típico de Derecho público de la separación competencial: o de otro modo dicho, no rige aquí el principio de jerarquía normativa.

En definitiva, Código Civil y Compilaciones siguen en el mismo plano de igualdad, ya establecido en la reforma de 1974 del Título Preliminar y reafirmado explícitamente en la Constitución.

B) REFORMAS DEL CÓDIGO Y COMPILACIÓN

Bastaría aquí una repetición de lo expuesto en el apartado A) precedente. En tanto el sector normativo *reformado* esté contenido *dentro* del texto del Código Civil, parece que deberá serle de aplicación la misma idea anterior que rige las relaciones internormativas entre ambos sectores del Ordenamiento general del Estado. En definitiva, la situación sería igual a la existente *antes* de 1978.

Sin embargo, de lo dicho cabría hacer una distinción que estimo de importancia, como sigue: si las reformas del Código obedecen a motivaciones más o menos técnicas, o si las reformas provienen del imperativo

(25) En orden al valor del Código Civil como Derecho Común, v. LALAGUNA: «Ambito territorial de aplicación del Código Civil», en *R. D. P.* 1977, págs. 311 y siguientes; C. LASARTE, *op. cit.*, págs. 105 y sigs.

(26) Me he ocupado de ello, en cuanto a BALEARES, en mi libro *Comentarios a la Compilación*, cit., págs. 12 y 212, 373 y 429 y sigs.

constitucional. En el primer caso, parece que valdría la misma argumentación antes dicha. En el segundo caso, al tratarse de un texto constitucional y de su real *desarrollo* posterior por una ley «reformadora» del Código, parece que la solución ya no puede ser la misma. Habrá que estar a la eficacia de la Constitución y a la vigencia del texto foral respectivo, lo que impone algunas precisiones.

Si de la confluencia entre el texto reformado del Código por la virtualidad constitucional y el texto de la Compilación resultase una incompatibilidad total o un rechazo foral grave al mandato de la Constitución, el supuesto hace tránsito al apartado C) que subsigue.

Si de la confluencia o colisión aparece cierta compatibilidad entre el texto reformado y el texto de la Compilación, parece que habrá que mantener en lo posible la virtualidad de la autointegración normativa foral y atender a los principios forales, que en su caso podrían ser objeto de revisión. Lo que nos lleva al apartado D) subsiguiente (27).

En el momento presente tenemos ya en vigor dos LEYES que han reformado una sustancial parte del viejo Código de 1889: la Ley número 11, de 13 de mayo de 1981 (reformadora de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, y parte del derecho sucesorio y otros puntos numerosos), y la Ley número 30, de 7 de julio de 1981 (reforma el matrimonio y su disolución). La incidencia de una y otra ley en el ámbito foral es ciertamente grave y preocupante, y la problemática suscitada no puede ahora despacharse en pocas líneas, dado que esta *comunicación* tan sólo trata de presentar a modo de ideas directrices que ayuden al jurista práctico. Con todo, sí quisiera hacer algunas puntualizaciones, al menos para el Derecho de BALEARES, indicando algunos *puntos conflictivos* que estimo deberán ser objeto de solución rápida por la recién creada COMISION DE JURISTAS. Tales puntos se pueden reducir a los siguientes: filiación, patria potestad, defensor judicial, estatuto primario del régimen económico matrimonial, disolución de la sociedad de gananciales por convenio y divorcio. Algunas precisiones al respecto se pueden efectuar, en un intento breve de apuntar más las cuestiones que una solución que el investigador no siempre puede dar.

Entre los temas aludidos y los principios forales puede haber colisiones, en la forma que sigue:

1. *Filiación extramatrimonial*.—Una referencia completa de las posiciones contrapuestas doctrinales me llevaría muy lejos, y de ahí que me remita a la recientísima obra de E. FOSAR

(27) En el mismo sentido, v. DISCURSO del entonces Ministro de Justicia ante el Senado el 31 de marzo de 1981 al presentar el Proyecto de ley de reforma del Código Civil en tema de patria potestad, etc.

BENLLOCH en la que se da cumplida noticia de lo que significa el principio de igualdad de los hijos ante la ley (28). Para el concreto caso de BALEARES, y en base a algunos sondeos entre los profesionales del Derecho, no parece existan obstáculos institucionales que se opongan a la plena operatividad y aplicación de la reforma en tema de filiación. Claro que todo lo relativo a este tema será materia a estudiar por la COMISION DE JURISTAS.

2. *Patria potestad*.—En esta materia, no tan inocente y pacífica como podría suponerse, hay un par de peculiaridades que quiero señalar. La *primera* es la derivada de la aplicación a rajuatbla del *nuevo artículo 166* —que prohíbe a los padres renunciar... sin autorización judicial—, ya que una aplicación indiscriminada puede originar el dejar sin efecto y vacías de contenido dos instituciones forales isleñas de tanta solera e importancia práctica como la «definición» mallorquina y el «finiquito» de legítima pitiuso: a mi modo de ver, el rechazo foral es absoluto y definitivo, de tal manera que no cabe la vigencia de la nueva norma entre nosotros. La *segunda* es la referente a la figura del defensor judicial, regulada hoy en el *nuevo artículo 163*: figura absolutamente incompatible con la naturaleza del régimen de separación de bienes, con la praxis forense en las Pitiusas y con la costumbre foral, que —del mismo modo que antes de la reforma, como expuse en otro lugar (29)— debe seguir siendo prevalente al texto del Código.

3. *Estatuto primario del régimen económico matrimonial*. Es éste un tema a estudiar por la COMISION DE JURISTAS. Parece mayoritaria la opinión doctrinal que ha estudiado este punto, en el sentido de que debe ser de aplicación general en toda España la normativa nueva de los *artículos 1.318 a 1.322*. A mi juicio, habrá que compatibilizar en cada caso la regla con los principios generales forales en este punto: al menos, para BALEARES no creo existan dificultades notorias que impidan su aplicación.

4. *Disolución de la sociedad de gananciales caso de capítulos postnupciales con cambio a otro régimen*.—La nueva norma del *artículo 1.392-4.º* establece dicha disolución, copiando

(28) V. FOSAR BENLLOCH: *Estudios de Derecho de Familia*. Tomo I: *La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, págs. 233 y siguientes, 277 y 286. V. también LINDE PANIAGUA: «Principio constitucional de igualdad y su aplicación al derecho civil foral», en *Boletín Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.226, de 5-1-1981, pág. 3.

(29) Así, en mi libro *Comentarios...*, cit., pág. 53.

con absurdo mimetismo similar norma del Code francés y recogiendo la al parecer mayoritaria opinión doctrinal. A mi juicio, y lo expuse en otro lugar antes de la reforma (30), dicha solución es totalmente innecesaria si el paso es a un régimen de separación de bienes —supuesto bien frecuente en BALEARES, como muestra la práctica diaria—, y mucho más absurdo sería exigir en un caso tal la *liquidación* del régimen matrimonial antiguo. El tema queda así meramente apuntado en este lugar.

5. *Divorcio*.—Es de suponer que la polémica surgirá en determinadas regiones forales en cuanto a este punto. Creo suficiente aquí la remisión a los argumentos de la PONENCIA y, en su caso, a la cuidada exposición de la reciente obra de FOSAR BENLLOCH. En lo que a BALEARES respecta, parece que el tema no va a preocupar demasiado, y me consta haberse dictado varias sentencias de divorcio.

C) CONSTITUCIÓN DE 1978 Y COMPILACIÓN

Bastará en este lugar una somera referencia a los grandes tratadistas que se han ocupado de desarrollar y comentar adecuadamente el texto constitucional, y entre ellos la autorizada opinión del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (31), con su conocida tesis de la interpretación *ex constitutione* de todas y cada una de las instituciones y parcelas del Ordenamiento jurídico general del Estado español. Las distinciones entre valor normativo y valor programático de la Constitución y sus conexiones con el Derecho de familia, se exponen recientemente en la obra dicha de FOSAR BENLLOCH (32). Para todos aquellos supuestos *genéricos* de oposición y/o incompatibilidad entre Constitución-Compilación foral, los criterios deben inducirse de la doctrina que comenta el texto constitucional, a la que me remito. Para el supuesto *específico* de BALEARES, entiendo necesario presentar algunos grupos de cuestiones en la forma que sigue, unas derivadas de algunas discriminaciones subsistentes en el texto compilado y otras que procederán de la existencia de competencias concurrentes o compartidas.

(30) Así, en mi libro *Comentarios* ..., cit., pág. 96

(31) V. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en *A. D. C.*, abril-septiembre 1979, pág. 291 (luego, reproducido como capítulo en *Curso de Derecho Administrativo*, cit., tomo I, pág. 53, y en la obra colectiva dirigida por él mismo y PREDIERI: *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 97 y sigs.).

(32) V. FOSAR, *op. cit.*, págs. 114 y sigs., y 140 y sigs.

1. *Las discriminaciones del texto compilado y su adaptación a la Constitución*

En otro lugar me he ocupado de alguna de estas discriminaciones (33), que entiendo son materia de trabajo para la creada COMISION DE JURISTAS.

Son los puntos relativos a la normativa compilada sobre:

- Legítima de los hijos no matrimoniales.
- Normas feudales en los alodios (art. 63).

Parece obvia la necesidad de adaptación de los textos compilados a la normativa constitucional.

2. *Las competencias concurrentes o compartidas: en especial, la supletoriedad del Derecho estatal*

Los puntos conflictivos han sido examinados con solvencia y exhaustividad por la PONENCIA y por nuestra joven doctrina civilista (ROCA TRÍAS, DELGADO ECHEVERRÍA, C. LASARTE), y a sus atinadas observaciones debo remitirme aquí.

Baste tan sólo apuntar algunas peculiaridades de la praxis en el Derecho civil de BALEARES, que ya puse de relieve en otra ocasión (34), y que son como sigue:

- *Aplicación y eficacia de las normas jurídicas:*

El punto relativo a la *interpretación* de las instituciones recogidas en la Compilación, debe regirse por el criterio historicista señalado en el artículo 2-2.º de la Compilación.

- *Ordenación de los Registros:*

Debe subsistir la tradicional práctica registral en las Pitiusas, en orden a la constatación registral de las expresiones legitimarias ex artículo 82 de la Compilación.

Podría defenderse la arcadia de notas y menciones urbanísticas recogidas en el «Protocolo sobre Urbanismo», que comen-

(33) Así, en mi conferencia *La revisión de la Compilación* el día 4 de junio de 1981, en Palma de Mallorca, en el Colegio Notarial de Baleares: epígrafe V, sobre el tema revisión.

(34) Así, en mi comunicación a las «Jornadas sobre l'Estatut de Catalunya», nombrada *La competencia legislativa*. , ya citada, págs. 95 y sigs., especialmente págs. 97, 98 y 99.

zó a regir desde enero de 1981 —tal y como lo predije casi un año antes en Barcelona—.

○ *Determinación de las fuentes de Derecho:*

A ello me refería en mi comunicación a las «Jornadas sobre l'Estatut de Catalunya»: perfectamente defendible y viable.

○ *Supletoriedad del Derecho del Estado:*

A este tema me he referido ampliamente en mi citada comunicación (35). La doctrina administrativista es muy clara y contundente: tan sólo en tema de competencias *concurrentes* o *compartidas* cabe acudir a tal supletoriedad del Derecho del Estado.

El tema va íntimamente coligado al concepto de «ley marco» tomado prestado de la doctrina italiana (36). Lo que de ninguna manera cabe imaginar es la identificación entre «ley marco» y Código Civil, ya que por principio, la «ley marco» viene después desarrollada por una ley posterior. Lo que sí sería altamente peligroso para la integridad de los actuales derechos forales sería un proyecto de nuevo Código Civil al socaire de una «Ley de Bases», cual la del año 1882, y que en virtud de tal autorización legislativa se hiciera el desarrollo de las Bases con olvido o desprecio de los Derechos forales.

D) REVISIÓN DE LA COMPILACIÓN

De este tema me he ocupado en otro lugar dirigiéndome a los juristas insulares, por lo que no parece prudente detenerme ahora en él (37).

Es un tema que está entrelazado con diversas materias, casi todas ellas de Derecho público, y presidido básicamente por la idea directriz de la *auto-integración* normativa.

Al aspecto *genérico* me había referido tiempo atrás (38), en tanto que del aspecto *específico* del tema me he ocupado muy recientemente indicando el proceso de revisión y sus fases inmediata y futura (39).

En definitiva, la revisión de la Compilación viene ya impuesta —ade-

(35) Así, en dicha comunicación citada en nota 34 precedente, pág. 95. Véase también MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 92 y sigs.

(36) V. en MUÑOZ MACHADO, *op. et loc. cit.* en nota 35

(37) Así, en mi conferencia en Palma de Mallorca, citada en nota 33: epígrafe V.

(38) Así, en mi comentario a la DISPOSICIÓN ADICIONAL de la Compilación, bastante detenido, en mi libro *Comentarios*, cit., págs. 598 y sigs.

(39) Así, en mi conferencia citada en nota 33: epígrafe V.

más de la incidencia de la Constitución y de los desajustes tras las reformas parciales del Código Civil— por el propio contexto compilador que predeterminaba un resultado poco feliz. Los cambios sociales, por otro lado, demandan un texto compilado más acorde con la práctica de las islas y las reales necesidades de sus pobladores.

Recapitulación parcial

Todo este epígrafe cabría resumirlo en las siguientes consideraciones conclusivas:

1.^a La relación Código-Compilación sigue igual que antes.

2.^a La relación reformas del Código-Compilación, si en un principio no afectan de pleno al texto compilado, sí incidirán en este caso de ser *a consecuencia* de la aparición de la Constitución de 1978: va a darse un examen caso por caso de tales incidencias.

3.^a La relación Constitución-Compilación va a regirse por el principio de la interpretación *ex constitutione*, y caso de litigios en competencias «compartidas» habrá que estar a las técnicas de Derecho público y a la auto-integración.

4.^a La revisión de la Compilación va a depender de que para BALEARES exista aprobado Estatuto de Autonomía, y en su proceso habrá fases de cierta complejidad.

VI. EL RESULTADO DE ESTA INVESTIGACION DEL TEMA

1. *El cotejo con las conclusiones de la PONENCIA*

Tratándose de una comunicación presentada a este Congreso, creo oportuno proceder a un examen comparativo de alguno de los resultados de mi investigación con los obtenidos por la PONENCIA oficial. De un tal cotejo se desprende lo siguiente:

- Una identidad entre las conclusiones números 1-2-7 de la PONENCIA y algunos puntos de mi exposición.
- La número 3 la doy como presupuesto, o sea, también es compartida.
- La número 4 la comparto plenamente.
- Las números 5-6 no son objeto de atención por mi parte, por entender que no es éste el lugar.

En resumen, apenas diferencias y absoluta identidad de medios y de fines con la PONENCIA oficial.

2. A MODO DE CONCLUSIONES

De este apresurado y apretado análisis cabe obtener alguna idea resultante que entiendo válida, como sigue:

- 1.^a La coincidencia práctica con la PONENCIA en sus conclusiones.
- 2.^a La exclusión de los temas de la unificación civil patria y de la pluralidad de ordenamientos civiles, por mi parte.
- 3.^a Las múltiples perspectivas que no llevan a una interpretación unitaria del texto constitucional.
- 4.^a La distinción, en el enunciado del TEMA de la PONENCIA, de las zonas de certeza e incertidumbre conceptuales.
- 5.^a Las varias colisiones posibles y los criterios a aplicar.
- 6.^a La preponderancia de las técnicas del Derecho público.
- 7.^a La necesidad de una interpretación *uniforme* del texto constitucional.

VII. CONCLUSIONES FINALES

Bien delimitados los presupuestos de esta investigación, bastante deslindadas las dos zonas en orden a la normativa constitucional y al Derecho propio de Baleares, examinados sucintamente algunos puntos conflictivos ante la práctica jurídica y ya cotejados estos resultados con los de la PONENCIA, parece oportuno finalizar esta exposición sentando las siguientes *conclusiones*:

- 1.^a La conveniencia de acudir al método historicista y de examinar las diversas perspectivas al enfocar este tema.
- 2.^a La confluencia de sistemas normativos y sus colisiones se rigen por los principios de la «Teoría de las normas».
- 3.^a El análisis *privatista* del tema, exhaustivo, ha hecho aflorar una serie de problemas pendientes de resolver.
- 4.^a El análisis *publicista* del tema debe ser prevalente, con las técnicas de Derecho público y el principio interpretativo *ex constitutione*.

5.^a La conveniencia de señalar las zonas de certeza del tema.

6.^a La angustia de un incierto futuro, pendiente de los políticos y de la posible «armonización» (LOAPA).

7.^a La necesidad de un trabajo interdisciplinario (¿consenso?).

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

NOTA IMPORTANTE.—Esta REVISTA tenía y tiene el propósito de ofrecer una amplia reseña e información detallada de lo que fue el trascendente «Congreso Nacional de Derecho Civil» celebrado en Zaragoza en octubre de 1981.

A falta de un importante documento de las sesiones finales del citado Congreso, nuestro habitual colaborador don JOSÉ CERDÁ GIMENO nos anticipa lo que fueron las CONCLUSIONES FINALES del Congreso. Se aclara que las votaciones fueron en base al minucioso Reglamento del propio Congreso.

CONCLUSIONES sobre la PONENCIA: «Artículo 149-1-8 de la Constitución», adoptadas por el CONGRESO DE JURISCONSULTOS SOBRE LOS DERECHOS CIVILES TERRITORIALES EN LA CONSTITUCION. Zaragoza, 29 octubre-1 noviembre 1981

♦ ♦ ♦

1. Las Comunidades autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente, y así lo han hecho las hasta ahora constituidas. Las leyes que al efecto emanen de las Comunidades autónomas, dentro del ámbito de su competencia, tienen el mismo rango y fuerza que las leyes de las Cortes Generales, y están sólo sujetas a la Constitución y a los preceptos de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

2. La competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar. Los Derechos civiles forales o especiales constituyen cada uno un sistema del que la correspondiente legislación, e incluso la histórica, no es sino expresión parcial, informada por principios peculiares que le proporcionan

posibilidades de autointegración. Hasta donde lleguen estos principios informadores, llega la competencia legislativa de las Comunidades autónomas.

3. Las Comunidades autónomas podrán desarrollar el Derecho hoy vigente acomodándolo a las nuevas y cambiantes necesidades de la sociedad, con la misma libertad con que las Cortes Generales pueden alterar y modificar el Código Civil.

4. Se propugna que todos los territorios con Derecho civil propio puedan disponer de su futuro a través de sus órganos legislativos libremente elegidos, evitándose de este modo una desigualdad injustificada.

Aun antes de contar con órganos legislativos, lo procedente es que no se impongan a ningún territorio con Derecho civil propio cambios en el mismo distintos de los que voluntariamente acepte.

5. La Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndolo no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor.

La Constitución de 1978, a diferencia de otras anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil.

6. A largo plazo —como conviene a una cuestión que los siglos han ido configurando, y en muchos sentidos complicando— sólo la libre manifestación de la voluntad de los pueblos de España con Derecho civil propio, permitirá la unificación del Derecho civil en cuanto sea oportuno en cada momento histórico.

7. La Constitución es garantía y límite de los Derechos civiles forales o especiales, como lo es del resto del Ordenamiento jurídico español.

Las leyes de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil están subordinadas a los preceptos constitucionales y sujetas al control de constitucionalidad, en los mismos términos que las emanadas de las Cortes Generales. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto de cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella alcanza a las Compilaciones vigentes, del mismo modo que a las demás leyes españolas.

* * *

Dicha PONENCIA fue aprobada por:

35 votos a favor.

3 votos en contra.

11 abstenciones.

CONCLUSIONES sobre la PONENCIA DE «VECINDAD CIVIL»

* * *

Conclusión primera.—Partiendo del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, que se deriva de los artículos 14 y 32 de la vigente Constitución, debe desaparecer de la legislación el criterio de que la mujer casada adquiere necesariamente la vecindad civil de su marido.

De otra parte, sobre la base del criterio de unidad familiar, que igualmente emana la Constitución, es aconsejable establecer criterios objetivos tendentes al logro de una unidad de vecindad civil en el seno del matrimonio.

Se respetará, en todo caso, la libre determinación de los cónyuges para mantener cada uno su propia vecindad civil, o para acogerse uno de ellos, libremente, a la vecindad del otro.

Conclusión segunda.—La vecindad civil de los hijos menores será la común de ambos padres. Si es ésta distinta, determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, igual para todos los hijos, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de acuerdo, conviene establecer criterios objetivos.

Los hijos menores que, con consentimiento de sus padres, vivan con independencia de ellos, podrán tener vecindad civil distinta de la de sus progenitores.

Se entiende que la vecindad civil de los hijos menores deriva directamente de la patria potestad y del *ius sanguinis*, salvo, respecto de este último, en aquellos casos —hijos de padres desconocidos— en que sea imposible su aplicación.

Conclusión tercera.—Para el supuesto de matrimonios con diferente vecindad civil, en defecto de pacto, su régimen económico será determinado mediante criterios objetivos.

Conclusión cuarta.—La vecindad civil del extranjero que se naturaliza español debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad entre todos los sistemas jurídico-privados territoriales, incluido el del Código Civil.

Los extranjeros que se naturalicen españoles adquirirán la vecindad civil correspondiente al punto de conexión que haya sido causa determinante de la concesión de la nacionalidad. Para los supuestos de naturalización por carta de gracia, el extranjero gozará de un derecho de opción para elegir libremente cualquier vecindad civil.

Conclusión quinta.—Deben conservarse los criterios del Código Civil sobre adquisición y pérdida de la vecindad civil, completados con la posibilidad de recuperar la vecindad de origen que se haya perdido auto-

mática o voluntariamente, mediante un procedimiento sencillo y flexible que no exija nueva residencia en el territorio de origen.

Conclusión sexta.—Existen suficientes argumentos para concluir que el tema de la vecindad civil no puede ser de la competencia legislativa de las diferentes Comunidades autónomas españolas, sino que, por el contrario, debe ser de la competencia del Estado.

Conclusión séptima.—Se hace necesaria la promulgación de una ley general, válida para todo el territorio español, en la que, con criterios de igualdad para todas las Comunidades españolas, se regule lo concerniente a la vecindad civil. Una ley en cuya elaboración tengan participación todos los territorios con Derecho civil propio.

Sin embargo, y para evitar los problemas que produciría una regulación aislada de la vecindad civil, consideramos que dicha regulación debe producirse en el marco de una ley general de conflictos de Derecho interregional, cuya urgencia ya fue señalada por el Congreso de 1946 y es reiterada aspiración de todos los juristas preocupados por los Derechos civiles territoriales o forales.

◊ ◊ ◊

Dicha PONENCIA fue aprobada por:

38 votos a favor.

0 en contra.

11 abstenciones.

N O T A S

Arrendamiento de local para garaje, interpretación de Ley y otras cuestiones (Notas a propósito de la Resolución de 5 de octubre de 1981)

I

Afirmaba recientemente AZPITARTE CAMY (1) que si hasta hace pocos años el deseo y el problema de cada español era tener su coche, hoy el deseo y el problema es el de tener donde aparcarlo, deseo y problema que se acucian con ese «signo de los nuevos tiempos» en que parece haberse convertido la inseguridad ciudadana.

Por ello la problemática jurídica de los garajes viene llamada a convertirse en tema de moda para los comentaristas (2). Ciertamente será más compleja al conectarlos con los regímenes de Propiedad Horizontal, pero tampoco van a ser menores los que deriven de poner en relación los negocios jurídicos que los tengan por objeto con unas leyes civiles que se dictaron sin que a sus autores pasara siquiera por la mente el mero hecho de la existencia de aquéllos.

Una de estas cuestiones es, sin duda, la del arrendamiento de los garajes, que plantea como primera y principal la de si deben quedar sujetos a la Ley especial de Arrendamientos Urbanos o al Código Civil (con las notables diferencias de régimen que conlleva la aplicación de una u otro). Pero es claro que la gama de supuestos que pueden presentarse en la práctica exige un análisis de cada caso para hallar una respuesta concreta.

(1) *R. D. N.*, enero-marzo 1979.

(2) Ya CHICO (*R. C. D. I.*, 1977, pág. 835), hablando del actual momento de nuestra Legislación Hipotecaria, señala como uno de sus principales problemas el referente a la constatación registral de los garajes.

En este propósito cabe decir que los supuestos pensables pueden encajar —al menos básicamente— en alguno de los siguientes apartados:

I. *Hay casos en que la ubicación del vehículo se realiza en un solar (cercado o no) habilitado al efecto.*—El propósito del propietario es, normalmente, obtener cierta rentabilidad económica en el período que media entre el derribo del edificio y su reconstrucción, y suele ser relativamente frecuente en ciudades de gran congestión de tráfico. En tales supuestos es evidente que ni la relación con el propietario del solar que lo cede en arrendamiento para aquella finalidad, ni la que se traba (bien que casi instantáneamente) con el propietario del vehículo, pueden estimarse sujetas a la Ley especial de Arrendamientos, pues —aparte no existir «edificación habitable»— la existencia en el segundo caso de una obligación de «custodia» o bien se eleva a la categoría de «concausa» del arrendamiento (convirtiéndolo en complejo), o bien se erige en causa principal del negocio (lo que lo transforma en depósito) (3).

II. *En otros, en cambio, la ubicación del vehículo se realiza en un local «ad hoc».*—Esta es la hipótesis más frecuente, siendo diversos también los supuestos que pueden distinguirse:

A) *Cabe, en primer lugar, que el local se arriende para que el arrendatario establezca su propia industria de garaje,* lo que, evidentemente, sujeta la relación entre el propietario y el arrendatario en la órbita de la Ley especial (4).

B) *Pero puede también ocurrir que el objeto del arrendamiento sea una industria de garaje preexistente,* en cuyo caso dicha relación se sujeta al ámbito normativo del Derecho común.

Determinar cuándo estamos ante un arrendamiento de industria o de local es una cuestión de hecho que deberá ser analizada en cada caso concreto. En este punto, el casuismo de nuestra jurisprudencia es extraordinario: en líneas generales, parece haber acuerdo en que el arrendamiento de industria exige que con el local se entreguen todos los *elementos necesarios para su explotación* (Sentencias de 1 de julio de 1960 y 15 de marzo de 1961); que *la industria sea preexistente a la celebración del contrato* (Sentencia de 21 de abril de 1949), y que *lo que se arriende esté debidamente organizado* (Sentencias de 23 de marzo de 1946 y 13 de noviembre de 1963), incluso cuando los elementos integrantes de esa

(3) Ciertamente obligación de custodia existe en todos los contratos en que hay obligación de entregar una cosa, pero sólo en el depósito esa obligación se eleva a la categoría de causa principal del contrato.

(4) Sentencia de 12 de marzo de 1952. También MUÑOZ GONZÁLEZ: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 196, y RODRÍGUEZ SOLANO: *Pretor*, 1953.

organización sean rudimentarios e imperfectos. En otro orden de cosas, la jurisprudencia ha considerado *indiferente el cumplimiento de las prescripciones fiscales* (Sentencia de 17 de marzo de 1950), así como el que el arrendatario lleve a efecto *mejoras en las instalaciones* (Sentencia de 6 de febrero de 1960) (5). Y se ha llegado a considerar presunción contraria al arrendamiento de industria la *falta de inventario de sus elementos* (Sentencias de 29 de abril de 1953 y 23 de diciembre de 1954) e incluso la inexistencia de contrato escrito (Sentencia de 4 de julio de 1959). De todas formas, advierte MOTOS GUIRAO (6) que la interpretación de esta jurisprudencia apenas sí admite generalización, precisamente por el casuismo que la caracteriza.

De todas formas, en cualquiera de los casos citados es claro que la relación que media entre el titular del local (sea cual fuere su título) y el propietario del vehículo que desea ubicarlo en él, tampoco puede acogerse al ámbito de aplicación de la Ley especial; en la mayoría de los casos, la presencia del elemento «custodia» hará de la figura —como antes veíamos— un arrendamiento complejo o un depósito, según los casos (y ello con independencia de que se arriende una cabina fija entre las varias existentes o bien que el contrato tenga por objeto la guarda del coche sin ocupar un espacio determinado). Para el caso —químicamente puro y casi académico— en que se constituya un auténtico arrendamiento de cosa faltan razones, como más adelante se verá, para acoger la figura al ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C) *Cabe, por último, que lo perseguido por el arrendatario del local sea custodiar en él su propio vehículo*, y dentro de este apartado habría, a su vez, que subdistinguir diversas hipótesis:

a) *En primer lugar, puede darse el caso de que el arrendamiento constituya un negocio «a se»*, con individualidad plena e independiente, por tanto, de otro tipo de relación (es el caso contemplado por la Resolución de 5 de octubre de 1981).

b) *Pero puede también ocurrir que ese arrendamiento sea una relación subordinada y secundaria respecto de otra principal*. En este caso hay que ver en qué forma y medida el régimen del garaje viene dado por

(5) Sobre si el arrendamiento *ad meliorandum* se sujeta o no a la LAU, hay que determinar si estamos o no ante un verdadero contrato complejo o ante una mera unión —puramente formal— de contratos y —dentro del primer caso— si los pactos «desnaturalizadores» son de importancia principal o secundarios. Sólo hay contrato complejo cuando ese pacto «anómalo» forme parte integrante del contrato a nivel de elemento principal del mismo. De ahí que la Jurisprudencia parezca contradictoria, pues ha de resolver a la vista de cada caso concreto, sin que apenas puedan generalizarse sus fallos.

(6) «El arrendamiento de la empresa», *Estudios homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo I.

el del elemento «principal», al que en cierta medida sirve o va ligado. Y para ello podrían distinguirse dos tipos o especies de vinculación:

En primer lugar, podríamos hablar de una *vinculación objetiva*, derivada básicamente de la conexión establecida entre el garaje y la vivienda en los Estatutos de la Propiedad Horizontal. En tales casos, y en principio, siempre que entre la plaza de garaje y el elemento principal (sea vivienda o local de negocio) haya lo que AZPITARTE CAMY denomina «situación de plena vinculación», el elemento principal determinará el régimen normativo del accesorio (7).

Por el contrario, en los casos en que no exista dicha vinculación habrá que resolver el problema interpretando los términos del contrato para averiguar si la intención de los contratantes ha sido la de aplicar al elemento secundario el régimen del principal (*vinculación funcional*) o, por el contrario, considerar que se trata de dos contratos distintos e independientes. Es, por tanto, una cuestión de interpretación que habrá de resolverse por la aplicación de las reglas generales de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. No obstante, puede defenderse la idea de que —en última instancia— la duda insoluble deberá resolverse a favor de la aplicación del Derecho común, habida cuenta su carácter expansivo (8).

Un interesante caso de lo que hemos venido en denominar «vinculación funcional» se plantea en relación con las cocheras arrendadas para la custodia de vehículos que, en sí mismos, constituyen el «establecimiento» de la industria mercantil de su titular; nos referimos al caso de que el garaje se arriende para acoger al vehículo destinado a taxi o al reparto de mercaderías, por ejemplo. ¿Cabría estimar que tal hecho basta para que dicha relación quede sujeta a la Ley especial de Arrendamientos?

Al amparo de la legislación anterior, la postura del Tribunal Supremo fue favorable a acoger la figura dentro del marco de dicha ley. Así, la Sentencia de 9 de octubre de 1952 señaló que el arrendamiento de un local destinado a cochera para depósito de un taxímetro debe reputarse vivienda (?), y en fuerza de tal ficción lo engloba en el ámbito de aquélla. Por su parte, la de 3 de febrero de 1954 determinó que el «arrendamiento de una cochera o garaje cuyo uso se cede tan sólo para que el arrendatario pueda guardar en el mismo sus propios vehículos, *sin que conste que éstos constituyan elemento de una industria a que aquél se dedique,*

(7) Según este autor existe situación de «plena vinculación» cuando se configura el garaje como elemento común, como anejo proindiviso de las viviendas y locales, como elemento procomunal, etc. *Op. cit.*, pág. 31.

(8) También MUÑOZ GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ SOLANO, quien aduce que no podrá romperse la unidad contractual, y menos en perjuicio del arrendatario,

no tiene el concepto de local de negocio, conforme al artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque no se ejerce con la guarda de vehículos propios una actividad industrial o mercantil» (9).

Más recientemente, una Sentencia de 14 de mayo de 1974 se refirió a un supuesto de arrendamiento de un local destinado a custodiar un ómnibus de servicio de pasajeros, que ha dejado de usarse por haberse trasladado a otro lugar. El Tribunal Supremo resuelve aplicando las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre no uso de local arrendado, con lo que implícitamente admite que el supuesto se acoge a la misma.

En la jurisprudencia menor, una de la Audiencia de Burgos de 6 de febrero de 1960, se refería a un caso de arrendamiento, concertado por el marido, de un local destinado a custodiar un vehículo matriculado a nombre de la esposa (titular igualmente de la tarjeta de transporte), y lo resolvió aplicando el Código Civil por el hecho de hallarse desvinculados el arrendamiento y el negocio de transportes. Con ello, al mismo tiempo, se adopta cierta toma de postura acerca del carácter «privativo o ganancial» de los arrendamientos concertados por persona casada, y su régimen frente al propietario de la vivienda o local (10).

No obstante, el criterio reseñado parece a todas luces excesivo. No parece, en efecto, defendible que idéntica relación pueda acogerse a una u otra normativa (con las considerables diferencias de régimen y la onerosidad que tiene para el arrendador el régimen especial), por un hecho nacido de la exclusiva voluntad del arrendatario, pues con ello quedaría a su arbitrio determinar el régimen aplicable al contrato custodiando su propio vehículo o el de su «industria», o, al menos, haría muy difícil esa determinación si alterna la guarda de uno y otro. En tal caso, efectivamente, tendríamos que concluir que la finalidad puramente individual de uno de los contratantes acabaría equiparándose a la «causa motivo determinante», que por definición ha de ser precisamente común a ambos (11). En suma, el destino sólo podrá servir para acoger la relación a la Ley especial cuando haya sido expresamente consentido por ambos contratantes, bien *ex verbis* o por hechos concluyentes.

En este sentido, la Sentencia de 25 de enero de 1957 —en la tesitura de investigar si un local determinado fue arrendado para la guarda de

(9) También ATARD en *Pretor*, núm. 61.

(10) También contemplan casos de vinculación funcional las Sentencias de 22 de octubre de 1951 y 25 de enero de 1955.

(11) «El propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría de presupuesto básico de su negocio.» DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, tomo II, pág. 102. También la Sentencia de 23 de noviembre de 1961 ve en la causa «la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad».

vehículos propios del arrendatario o a los destinados a la industria de éste— aplicó las normas de interpretación contractual para determinar la «intención o voluntad común de los contratantes», a la que considera «única causa de vinculación contractual», y acudió para determinarla a los «actos posteriores» al contrato, pues «los actos de consumación persistentes, en forma reiteradamente aceptada por el acreedor, constituyen pieza con poder tan significativo, al menos, como el del acto inicial de la relación jurídica de él nacida».

(También existe «vinculación funcional», en el sentido de que hablamos, en el caso de las personas que tienen derecho a aparcar su vehículo en una zona especialmente habilitada de la empresa en que prestan sus servicios, en el aparcamiento del vehículo en el hotel en que el viajero se hospeda, etc.)

II

La Resolución de 5 de octubre de 1981 contempla precisamente el supuesto II, C, *a*, del esquema anterior. Se trata, pues, de un arrendamiento que constituye un negocio *a se*, individualizado plenamente e independiente de otro tipo de relación, y en el que no se dan ni la que hemos denominado «vinculación objetiva» (pues se trata del local aislado) ni la «funcional» (pues se trata de la custodia de un vehículo de uso particular). Habiendo sido objeto de venta a un tercero, el Registrador sostuvo la procedencia de las notificaciones prevenidas por la Ley de Arrendamientos Urbanos para el tanteo, formalidades omitidas por el funcionario autorizante, y recurrente ante la negativa de aquél a inscribir.

La cuestión decisiva se reduce, pues, a perfilar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley especial para determinar si aquella relación encaja o no en su seno.

En este propósito, lo que desde luego debe empezar por descartarse es la cómoda simetría que lleva a concluir que todo arrendamiento que tenga por objeto un inmueble «urbano» (sito en la urbe) está de suyo sujeto a la legislación especial (prejuicio extendido en la práctica más de lo que pudiera pensarse). Una vez hecho esto, una segunda consideración impone asimismo pensar que la «especialidad» de la Ley exige la precisa delimitación de su ámbito de aplicación, y que todo lo que escape del mismo debe sujetarse a la normativa del Código Civil precisamente por el carácter de Derecho común que tienen sus disposiciones.

Centrado así el problema, todo se reduce a una pura cuestión de interpretación de normas, que debe resolverse por los conductos que el artículo 3 del Código Civil suministra. En este sentido, tanto el Notario recurrente como el Presidente de la Audiencia ponen especial énfasis

en el valor interpretativo del «sentido propio de las palabras» (sentido éste que, como dice CASTRO (12), es «el más inmediato a su texto, el que de modo más directo resulta de las reglas del buen hablar»).

Por el contrario, la Dirección General atiende primordialmente al «sentido finalista» de la norma, criterio que resplandece claramente en los cuatro considerandos que emplea.

En aras de lo expuesto parece conveniente hacer ciertas precisiones sobre tales elementos interpretativos, poniéndolos en conexión con el caso que estudiamos:

1. *El «sentido propio de las palabras» como medio de interpretación de las normas.*—Analizando con objetividad los propios términos de la Ley parece en principio claro que el ámbito de aplicación de ésta viene determinado básicamente por su objeto —que ha de ser precisamente «edificación habitable»— y su peculiar destino —«vivienda» o «local de negocio»—. Es, en cambio, indiferente la situación geográfica de la vivienda o local, pues, en rigor, nada hay que impida la aplicación de la ley a viviendas o locales por el mero hecho de hallarse en el extrarradio o en despoblado (13).

Por ello, y puesto que se trata de ver cuál es el «sentido propio» de tales palabras, justo será que dediquemos a la cuestión unos momentos. Pero antes —y como previa a la apuntada— se plantea todavía la de determinar si tales términos han de entenderse en sentido técnico-jurídico o si, por el contrario, se trata de meras determinaciones sociales cuyo significado venga resuelto por el Diccionario y no por el Aranzadi (14).

CASTÁN (15), hablando en términos generales, dice que «cuando se trata de términos jurídicos suele opinarse por los autores —aunque algunos mantienen el criterio opuesto— que debe ser preferido el sentido técnico, pues ha de presumirse que el legislador expresa su pensamiento en los términos más propios»; pero advierte acto seguido que en nuestro

(12) *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 467.

(13) Contra este criterio afirma ILLESCAS (*El arrendamiento de local de negocio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978, pág. 41) que «el objeto del contrato ha de consistir en una finca urbana, lo que implica... que la finca se encuentre dentro de los límites de una urbe o ciudad». No obstante, atenúa este criterio al sostener que «el segundo rango —edificación habitable— sostenido por la Ley... hace superar el clásico sistema romano de distinción entre fincas rústicas y urbanas, no en razón de su emplazamiento, sino de su edificación».

(14) Cuestión importante, pues, por ejemplo, la Legislación suele dar normas de infraestructura bastante más rigurosas que los derivados de la noción vulgar de habitabilidad. Baste señalar que las establecidas como «mínimas» en el Decreto 3877/70, de 19 de diciembre, pueden considerarse en algún caso —y no precisamente en relación a niveles ínfimos de renta— como lujo.

(15) *Derecho Civil español, común y foral*, tomo I, pág. 531.

Ordenamiento, donde el tecnicismo está muy poco elaborado, ha de procederse en este punto con gran cautela.

Veamos ahora la cuestión en relación a los vocablos concretos propuestos:

a) Por regla general, los autores suelen estimar que la determinación del concepto de «edificación habitable» es meramente fáctica. Así, ILLESCAS (16) subraya que la Ley de Arrendamientos Urbanos maneja un concepto amplísimo de edificación habitable, que abarca desde el edificio de gran *standing* y avanzada tecnología y mantenimiento, hasta la pobre chabola en cuya construcción ni siquiera se ha utilizado mampostería.

En la misma línea, MUÑOZ GONZÁLEZ considera que el requisito de la habitabilidad es una circunstancia de hecho, apreciable solamente por el juzgador de instancia atendiendo a la prueba practicada, sobre todo —dice— la de inspección ocular. (Aunque, por cierto, una Sentencia de 20 de diciembre de 1955 se basó en el dictamen de un perito, que dictaminó la insuficiencia de habitabilidad de una edificación provisional para habilitar un negocio de carpintería) (17).

Por su parte, la jurisprudencia adopta un criterio flexible orientado precisamente en la misma línea que se acaba de exponer. Su determinación viene dada en función del objeto arrendado, pues exige condiciones más rigurosas para las viviendas que para los locales de negocio, y en éstos se muestra más o menos rigurosa según el destino que haya de dárseles, pero en general se la considera como cuestión meramente fáctica. Así, la Sentencia de 5 de junio de 1957, después de destacar que la exigencia de tratarse de edificación habitable se refiere tanto a las viviendas como a los locales, aclara, respecto de éstos, que la habitabilidad no puede significar la concurrencia de condiciones que una vivienda exige, bastando para que se dé tal cualidad que el local arrendado reúna las de seguridad, higiene y protección contra los accidentes atmosféricos indispensables para el cumplimiento de las finalidades a que el local sea destinado. Y concluye considerando «habitable» (para almacén de carbón) un cobertizo formado por cubiertas de teja apoyado en unas pilastras.

b) Menos dudas suscita, en cambio, el hecho de que la noción de «vivienda» debe ser precisamente —pues no cabe otra— la que la realidad social suministra, esto es, aquella edificación habitable que tiene por objeto la morada de personas (por lo que debe considerarse inadmisibles considerar como tal el arrendamiento de un local destinado a cochera para custodia de un taxímetro, como hizo la Sentencia de 9 de octubre de 1952).

(16) *Op. cit.*, pág. 43.

(17) En el mismo sentido, GULLÓN: *Derecho Civil. Contratos en especial*, página 121.

c) Los problemas apuntados no se plantean, en cambio, respecto de la expresión «local de negocio». Puesto que el legislador determina qué debe entenderse por tal, parece evidente que su «definición» vincula al intérprete, que debe seguirla, al menos, «a los efectos de la ley», sin perjuicio, por tanto, de que «a otros efectos» pueda, y acaso convenga, seguir otra distinta (18).

El criterio adoptado es considerar como tal «aquella edificación habitable cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el ejercerse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo» (art. 1, 1.º, de la Ley).

Como puede verse, se trata de una definición legal de valor normativo y alcance delimitativo: no quiere decirse, por tanto, que todo local de negocio responda (o deba responder) a esa definición, sino sólo que para que un local de negocio quede sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos debe reunir esas características. A *contrario sensu*, todo local que no reúna las características expresadas (y las reúna todas) podrá ciertamente ser local de negocio a otros efectos, pero no al de quedar sujeto a aquella normativa.

Recapitulando, por tanto, bastaría con pensar que aunque el garaje pueda tener la consideración de «edificación habitable» (por la interpretación flexible que del término hace la jurisprudencia), es claro que por no encajar en la noción —vulgar— de vivienda, ni en la —técnico jurídica— de local de negocio, el arrendamiento que lo tenga por objeto no puede comprenderse dentro de la normativa de la Ley especial.

d) No obstante, la aplicación refleja que de sus normas hace la Ley a los «almacenes» y «depósitos» exige que nos detengamos brevemente en este punto.

Por de pronto, no sólo la Ley de Arrendamientos Urbanos no suministra un concepto de «almacén» o «depósito», sino que ni siquiera nuestro Ordenamiento positivo proporciona datos para determinar incluso si se trata de realidades distintas o de dos modos de expresar una misma cosa. En el Código Civil, el artículo 1.582 se refiere al caso de que se arriende una «tienda, o almacén, o establecimiento industrial», con muebles. Por su parte, el Código de Comercio (art. 85), «a los efectos de la prescripción de derecho a favor del comprador de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público», reputa como tales los que establezcan los comerciantes inscritos, así como los establecidos por los no

(18) «Con reiteración, casi obstinadamente, el Tribunal Supremo proclama la autonomía del concepto de arrendamiento de industria o negocio definido en el artículo 3, 1, de la Ley arrendaticia porque la industria o negocio recogido *ex lege* no se identifican con el concepto de empresa a efectos del Derecho Mercantil, ni con los de establecimiento o fábrica, ni aun con el propio de industria a efectos fiscales.» MOTOS GUIRAO, *op. cit.*

inscritos, en ciertas circunstancias, estableciendo, por último —a propósito de los almacenes generales—, ciertas normas que poco interesan a nuestro propósito.

Y el problema se plantea porque la noción vulgar tampoco resulta precisamente clara:

1. El Registrador en su informe defiende una *idea amplia del término*, al señalar que «almacén es el edificio donde se guardan o venden géneros, y depósito el lugar o paraje donde se depositan cosas, por lo que la relación existente entre los vocablos 'cochera' y 'depósito o almacén' es una relación de especie y género, siendo el objeto depositado o almacenado el que especifica al género».

2. Por el contrario, el Notario recurrente defiende una *acepción estricta*, acogida igualmente en el auto presidencial cuando expresa que «en correcta interpretación gramatical, la guarda de un coche propio no compagina ni se corresponde con el sentido con que legalmente se usan las palabras 'depósitos o almacenes', como lo revela que en la práctica nunca se llama a un garaje depósito o almacén».

Ambas posturas son legítimas, defendibles y en cierto sentido perfectamente lógicas, puesto que raras veces una palabra admite sólo un sentido preciso y unívoco. ORTEGA, que ha tratado brillantemente lo que él denomina «el vagabundo sentido de las palabras», señala que «no hay tal vez una sola palabra en la lengua que no tenga varias significaciones: casi siempre tiene muchas»; pero advierte que entre estas significaciones los lingüistas suelen distinguir una que llaman la significación o *sentido «fuerte»*, que «es siempre el más preciso, el más concreto... (y)... tangible», que debe ser precisamente (y así lo cree CASTRO) el sentido en que debe considerarse redactada una disposición, pues no parece normal que el legislador haya empleado —para definir una realidad— uno de los sentidos menos usuales de la misma.

No debe, pues, caber duda en que si bien el concepto que nos ocupa también admite ese «vagabundeo», la «primera significación», la «más simple, trivial y que está más a mano» (por decirlo con palabras del propio ORTEGA) (19) es la que lo caracteriza como un tipo especial de establecimiento mercantil, que coadyuva no al «cambio» de los bienes, sino a su «custodia».

Pero veamos los restantes mecanismos de interpretación.

II. *El «espíritu y finalidad» de la norma.*—La observación de la realidad social muestra que los empresarios, a la hora de establecer su negocio, cuidan especialmente el emplazamiento de aquéllos como factor

(19) «Idea del Teatro», *Obras Completas*.

decisivo de su éxito comercial. Es por ello lógico que aspiren a conservar la «plusvalía» que supone esa especial ubicación y la clientela consolidada. Paralelamente, el interés del propietario del inmueble será hacer suya esa «plusvalía» utilizando personalmente el negocio —ya prestigiado— o bien arrendándolo en mejores condiciones a su anterior titular o a otro competidor.

El conflicto de intereses así suscitado lo ha ido resolviendo el legislador a través del tiempo a favor de los arrendatarios, para lo cual ha dictado una legislación «especial» que deroga los privilegios de los arrendadores en puntos concretos, en aras de las expresadas finalidades (20).

En este sentido, dice CÁMARA (21) que la razón jurídica en que se funda la protección al arrendatario de locales de negocio, no es otra que tutelar la estabilidad de su empresa y otorgarle una compensación por el mayor valor que merced al ejercicio de su actividad haya podido obtener el local, añadiendo que si bien estas ideas no siempre están perfectamente desarrolladas en la ley son, «sin ningún género de dudas, las que inspiran la protección que se dispensa al arrendatario de locales de negocio».

Queda, por tanto, claro que la *ratio* de la protección no viene dada sólo por el «objeto» de la relación ni por la «titularidad» que se ostente, sino, y fundamentalmente, por el sello que en aquél deja éste con su actividad. Ciertamente que la ley se ocupa del tema sólo en relación al local «arrendado», pero ello se debe a que si es el propietario el titular del negocio, la tutela jurídica con que cuenta es ya por sí sola lo suficientemente fuerte (por la pervivencia del carácter absoluto del derecho de propiedad) como para hacer ociosa otra especial.

En la línea apuntada se mueve —por cierto, que casi exclusivamente— la Dirección General. Se considera que «la finalidad fundamental de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos es la de proteger el hogar familiar —caso de arrendamiento de viviendas— o la de garantizar el desenvolvimiento de un patrimonio mercantil —caso de arrendamiento de local de negocio—. Se piensa que «el propósito legislativo de extender su previsión protectora a los edificios y locales arrendados, como almacenes y depósitos, tiene su fundamento... en estar relacionados con el patrimonio mercantil y constituir parte de su dinámica», y se concluye en que «hay que entender excluidos de esta legislación el arrendamiento de aquellos locales ajenos a toda actividad industrial o comercial».

(20) Arranca esa protección en nuestro sistema de un Decreto de Alquileres de 29 de diciembre de 1931, y tiene como manifestación más característica el derecho de traspaso que —bien mirado— viene a consagrar al arrendatario como verdadero titular de la «plusvalía» por él creada, si bien se protegen igualmente los legítimos intereses del dueño del local mediante especiales compensaciones (incremento de renta y participación en el precio del traspaso)

(21) *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 15.

III. *Los «antecedentes históricos y legislativos»*.—Lo anteriormente expuesto tiene interés también por la incidencia que los antecedentes históricos y legislativos de la norma tienen en su interpretación.

La cuestión tiene una importancia especial, puesto que —como informaba el Registrador— «el artículo 5 se reforma con la ley vigente, incluyendo en su ámbito los arrendamientos de depósitos y almacenes *en todo caso*, a diferencia de la legislación anterior, en que se exigía el ejercicio de una industria o comercio». Y ello porque lo mismo puede entenderse que el cambio de texto implica un cambio de voluntad en el legislador, o bien que se trata tan sólo de un modo de expresar, con otras palabras, un mismo pensamiento.

Precisamente, la cuestión que se plantea es determinar a qué se refiere la locución «en todo caso» que contiene el artículo 5-2-2 de la Ley especial:

a) Una primera interpretación, en línea defendida por el Registrador, es la de entender que lo que con ella se quiere expresar es que los almacenes y depósitos, sean de la clase que sean, y con indiferencia de la actividad que en ellos se realice (incluso si no se desempeña ninguna), se sujetan a la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

b) Pero cabe otra, acaso más conforme con el sentido literal del precepto, cual es la de considerar que lo que éste quiere decir es que los «depósitos y almacenes» se regulan «*siempre*» por las normas del contrato de *arrendamiento de local*, incluso cuando el arrendatario sea una de las personas mencionadas en el artículo 4-2, cuyos arrendamientos de local se rigen por las normas aplicables al *arrendamiento de vivienda* (salvo, por tanto, cuando lo arrendado por ellas sea un almacén o depósito que, «en todo caso», esto es, con independencia de la persona de su propietario, se someten a las normas del arrendamiento de local).

En definitiva, la norma querría decir esto: como excepción a la regla de que los arrendamientos concertados por la Iglesia católica, Estado, provincia, municipio (y demás que menciona), se rigen por las normas del contrato de inquilinato (donde no existe traspaso), el de «depósitos y almacenes» ocupados por aquéllas se rige «en todo caso» (es decir, aunque en ellos no se ejerzan actividades económicas) por las normas aplicables al arrendamiento de local.

Bien entendido, lo expuesto es corolario de lo que hablábamos sobre protección de la propiedad comercial en líneas anteriores. Tratándose de organismos sin finalidad lucrativa, que no desempeñan actividad mercantil, no es pensable aplicar normas pensadas en proteger una «plusvalía» que por definición no va a darse. Sólo cuando el local se destine a «almacén o depósito» es pensable que esa «plusvalía» pueda existir en

algún grado, y por eso en tales casos se aplica «siempre» la normativa propia de los locales. Entender el adverbio desconectado del razonamiento parece fuera de la realidad.

(Tanto el auto presidencial como la resolución declararon no ser aplicables al caso debatido las prescripciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estimándolo sujeto al Código Civil.)

FRANCISCO DE A. GARCÍA SERRANO
Notario

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
JUAN DE MOLINA JUYOL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

IDENTIFICACION DE FINCA SOBRE EL TERRENO: SE EXIGE EL PREVIO DESLINDE PARA REIVINDICAR, CUANDO LA UBICACION DE LA FINCA ES IMPRECISA, PERO CABE DECLARAR EL DOMINIO TAL COMO ESTA DESCRITA. EL REGISTRO POR SI SOLO NO PRODUCE IDENTIFICACION REAL SOBRE EL TERRENO DE LA FINCA. NO CABE APRECIAR MALA FE DEL QUE EDIFICA. ACCESION INVERTIDA. CONDENA EN COSTAS. LEGITIMACION REGISTRAL: PARRAFO 2.º DEL 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. FE PUBLICA REGISTRAL: LA BUENA FE DEL TERCERO SE PRESUME (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Don Fernando A. M. formuló demanda contra don Juan G. F., la Cofradía de Pescadores de R., don José Antonio A. L., don Severino B. B., don Antonio A. A. y don Antonio S. A., y contra el Instituto Social de la Marina de L., sobre declaración de propiedad, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase: 1.º Que la finca descrita en la demanda, de quince metros de frente por veinte de fondo, o sea, trescientos metros cuadrados, es propiedad del demandante. 2.º Que cuanto se ha edificado o realizado en dicha finca, lo ha sido de mala fe por cada uno de los demandados. 3.º Que se han producido daños y perjuicios al demandante, viniendo obligados los demandados conjuntamente y solidariamente al pago de los mismos en favor de aquél, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. 4.º Que todos los demandados vienen obligados a hacer suelta, dejación o entrega a disposición del demandante de la finca descrita en la demanda, con cuanto se ha edificado o realizado en la misma.

Los demandados contestan negando que el actor sea dueño de la finca y que habían adquirido las viviendas por compra al Instituto Social de la Marina de L., también demandado, hallándose inscritas a nombre de cada adquirente. El demandado don Juan G. F. alegó especialmente que él no posee ni disfruta la finca objeto del pleito, pues se ha limitado

a contratar con el Instituto Social de la Marina la construcción de catorce viviendas de protección oficial para pescadores. Por su parte, la Cofradía de Pescadores de R. alegó que ella no posee ni ha poseído jamás la finca de que el actor se dice titular dueño, que el Instituto Social de la Marina fue el vendedor de las indicadas viviendas y, en consecuencia, que no procedía traer al pleito a la Cofradía. El Instituto Social de la Marina contestó a la demanda alegando la falta de identificación de la finca que el actor describe en la demanda como suya, dada la imprecisa descripción de linderos de la misma.

El Juez de Primera Instancia de Mondoñedo dictó sentencia desestimando la demanda, sin hacer expresa condena en costas.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia revocando la del Juzgado, estimando la demanda e imponiendo las costas causadas en Primera Instancia al Instituto Social de la Marina, sin hacer especial declaración respecto a las originadas en la alzada.

Los adquirentes de las viviendas y la Cofradía Sindical de Pescadores fundamentan su recurso de casación principalmente en la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, así como en la no aplicación del artículo 34, párrafos 1.º y 2.º, de la misma ley, puesto que eran terceros de buena fe con título inscrito en el Registro, sin que el actor haya demandado previamente o a la vez la nulidad o cancelación de las inscripciones de compra de las viviendas. Además, destacan la aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Civil, puesto que estos demandados no han edificado en terreno ajeno de mala fe, sino que a lo sumo eso podría predicarse exclusivamente del Instituto Social de la Marina, pero no de los pescadores que compraron las viviendas.

El Instituto Social de la Marina de L. funda su recurso de casación en los siguientes motivos: 1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, en especial la escritura pública que cita respecto a una imprecisión de linderos. 2.º Error de derecho en la apreciación de la prueba documental auténtica, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código Civil. 3.º No aplicación del artículo 348 del Código Civil y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo relativa a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria. 4.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la escritura pública que también cita. 5.º Error de derecho en la apreciación de la prueba documental que también cita. 6.º No aplicación del artículo 434 del Código Civil en relación con los artículos 433, 435, 436 y 1.950 del mismo y doctrina legal de Tribunal Supremo, puesto que la buena fe se presume, debiendo probarse haber actuado de mala fe. 7.º Aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Civil y jurisprudencia relativa a estos preceptos. 8.º No aplicación del principio general de derecho relativo a la figura jurídica denominada «Accesión Invertida» o «Construcción Extralimitada», aplicable en defecto de ley o de costumbre, conforme al artículo 1.º, número 4, del Código Civil, reconocido por Sentencias de 31 de mayo de 1949, 26 de febrero de 1961 y 17 de junio de 1961, pues en el presente caso se trataría, a lo sumo, de tal supuesto. 9.º No aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1900 y 8 de julio de 1911, por incongruencia de la sentencia respecto a las costas de Primera Instancia. 10.º Error de hecho en la apreciación de la prueba que cita. 11.º Error de

derecho en la apreciación de la prueba documental que cita. 12.º Aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil en relación con el 1.089 y con la doctrina legal del Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso, resumiéndose su doctrina en los siguientes puntos:

1.º En cuanto al requisito de identificación de la finca, a efectos de la acción reivindicatoria, se señala que al no estar concretada la ubicación de la misma sobre el terreno, es necesario que exista un previo deslinde de ella y la colindante para que se pueda reivindicar el todo o parte de tal finca. Ahora bien, la falta de este deslinde no impide la declaración del dominio de la finca inscrita a favor del actor, pues está dentro de su patrimonio.

2.º El Registro por sí solo no produce verdadera identificación de la finca inscrita sobre el terreno, al ser su contenido jurídico.

3.º Al no estar deslindadas las fincas en cuestión, no cabe apreciar mala fe del demandado que construyó, pues la edificación no se hace a sabiendas de que no debía hacerla.

4.º Caso de haber existido ocupación parcial de finca ajena, al construir, una vez sabido este extremo a través del correspondiente deslinde, se plantearía la cuestión de la accesión invertida o construcción extralimitada.

5.º Basada la condena en costas en la apreciación de mala fe, al descartarse ésta en casación, debe decaer también la condena en costas.

6.º Teniendo los demandados inscritos sus títulos adquisitivos de las viviendas, el demandante debió demandar previamente o a la vez la nulidad o cancelación correspondiente, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, sin que pueda excluirse la aplicación de este precepto alegando que los demandados en reconvención no solicitaron la nulidad de la inscripción del título del actor, ya que la exigencia del precepto se refiere al actor.

7.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece a favor del tercer adquirente la presunción de buena fe, presunción que debe mantenerse en este caso, al no haber tenido la convicción de la inexactitud o vicios excluyentes de la buena fe hipotecaria.

8.º La cuestión de la mala fe en la accesión por parte del edificante no puede mezclarse con la diferente cuestión de la buena o mala fe de los adquirentes de los pisos.

Considerandos de la sentencia.—Los «considerandos» de la primera sentencia se transcriben a continuación:

Considerando que un orden lógico impone que deba examinarse, en primer lugar, el recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, puesto que de la solución que éste deba merecer pende, en definitiva, el que corresponderá al interpuesto con independencia por don José Antonio Álvarez-Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Álvarez Álvarez, don Agustín Seco Álvarez y la Cofradía de Pescadores de Ribadeo, al venir vinculados éstos a la actividad constructiva que dio origen a las pretensiones formuladas por don Fernando Alonso Mencía en la súplica del inicial escrito de demanda y que la recurrida sentencia acoge.

Considerando que tratando de los motivos primero y segundo en que

se soporta el mencionado recurso ejercitado por el Instituto Social de la Marina, formulados ambos al amparo de lo dispuesto en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con fundamento, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, y más concretamente y en especial de las escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, con las respectivas certificaciones registradas de inscripción, que constan a los folios 374 a 430 de los autos, así como también de la escritura pública de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve de extinción de comunidad, suscrita por don Fernando Alonso Mencía, certificación de la finca a que se refiere esta escritura y el acta notarial de fecha cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos, que obran a los folios uno a siete, nueve y diez y trece y catorce de los autos, y en error de derecho, también en la apreciación de la prueba documental, y más concretamente y en especial la citada escritura pública de extinción de comunidad de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (folios uno a siete) y acta notarial de cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos (folios trece y catorce), con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a la prueba de documentos públicos, en relación con la restante prueba documental mencionada en el aspecto del alegado error de hecho y pericial practicada en autos, es de tener en cuenta: A) Que la sentencia recurrida para llegar a la solución de identificación de la parcela que se describe en el hecho primero del escrito de demanda inicial, a que afecta la declaración de dominio con efecto y alcance reivindicatorio formulada por don Fernando Alonso Mencía, valora, entre otros medios obrantes en el pleito, que no concreta, la inscripción de la propiedad del Instituto Social de la Marina, la inscripción del actor y los dictámenes periciales practicados (considerando segundo de la meritada resolución impugnada). B) Que la identificación de una finca, a efectos reivindicatorios, cuando se trate, como en el presente caso ocurre, de discusión de emplazamiento o ubicación con relación a otra colindante y cuando su dominio viene amparado por titulación documentada con subsiguiente inscripción registral, es una actividad probatoria tendente a la determinación por los medios de prueba adecuados en derecho y singularmente la pericial, de tener que acudir a esta manifestación constatada, no solamente de su realidad física, sí que también, y fundamentalmente, su indubitado emplazamiento o ubicación relativa con referencia a las colindantes en vista de sus linderos escriturados, es decir, su exacta configuración topográfica. C) Que a la parcela en cuestión, en la indicada estructura pública de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve de extinción de comunidad, suscrita por don Antonio y don Fernando Alonso Mencía, y que éste establece como título tendente a justificar el dominio que invoca, se fijan como linderos «sur e izquierda camino de las Barreiras y los otros dos vientos con el resto de la finca de que procedía», y en inscripción registral, producida como consecuencia de dicha escritura pública, en que asimismo se apoya el demandante como base de su pretensión atributiva de dominio, con efecto y alcance reivindicatorio, coincidente con la descripción dada a dicha parcela, se le asignan como linderos «sur o izquierda camino de las Barreiras,

norte, este y oeste la finca de que formaba parte, hoy perteneciente al Ayuntamiento de Ribadeo». D) Que mediante las referidas escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, el Ayuntamiento de Ribadeo hizo cesión gratuita, con el fin de construcción de viviendas para pescadores de la villa de Ribadeo, a favor del aludido Instituto, de dos parcelas en el mismo barrio de Gibraltar, del término de Ribadeo, en el que se han realizado las construcciones afectadas por la litis entablada, una de seiscientos sesenta metros cuadrados y otra de novecientos metros cuadrados, o sea, por un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, la segunda designada lindando por el norte con el camino que conduce al Grupo de Viviendas San Miguel y la primera precisamente actualizada en lindero también del viento norte con el citado Grupo de Viviendas San Miguel y parcela de don Antonio y don Fernando Alonso Mencía (referida escritura pública de veintinueve de abril de mil novecientos setenta). E) Que las parcelas a que se contraen los precedentes epígrafes C) y D) proceden de una finca matriz de la que fueron segregados. F) Que el demandante don Fernando Alonso Mencía, previamente o a la vez de ejercitar la acción contradictoria de dominio de que se trata, no entabló demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones registrales afectantes a los mencionados demandados.

Considerando que la exposición fáctica enunciada en el precedente conduce a la estimación de los referidos dos primeros motivos en que se fundamenta el recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, porque bien se considere la delimitación dada a la parcela reivindicada por don Fernando Alonso Mencía por la escritura de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, o ya la asignada en la inscripción registral de ella derivada, coincidente con la establecida en el hecho primero de la demanda, que, en definitiva, es la a tomar en consideración por remitirse a él las indicadas pretensiones reivindicatorias, postuladas en la súplica del escrito rector de demanda, es lo cierto que procediendo de una finca matriz común, como también la colindante cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo al Instituto Social de la Marina a fines de construcción de viviendas sociales para pescadores de la localidad, con asignación referida en precisión delimitadora al citado hecho primero de la demanda solamente con relación a uno de sus cuatro vientos —el afectante al camino de las Barreiras—, pero indeterminado en cuanto a los tres restantes, e incluso sin adecuada precisión en donde venga delimitada su longitud de quince metros con respecto a tal camino, pues que su extensión posibilita situarla hipotéticamente en diversas zonas del mismo, unido a su colindancia también imprecisa en orden a lo adjudicado por cesión al Instituto Social de la Marina, hace que si puede ciertamente identificarse la parcela controvertida como realmente existente en el aspecto físico, cual reconoce la sentencia recurrida, no pueda ser adecuadamente determinada en su exacto emplazamiento o ubicación relativa, o sea, precisada topográficamente en la expresada zona de colindancia con el mencionado terreno cedido al Instituto Social de la Marina, en tanto no se lleve a cabo deslinde, no efectuado hasta ahora, que concrete, dentro de la finca matriz de procedencia y con base en las segregaciones en ella practicadas y lo que en su caso quede de su aspecto originario, hasta donde alcanza la

exacta zona delimitadora entre tal parcela del demandante don Fernando Alonso Mencía y la del Instituto Social de la Marina, esto es, se precise topográficamente la situación relativa sobre el terreno de cada una, pues solamente así es como podrá determinarse tanto si dicho Instituto, con la actividad constructiva que realizó en la finca que le fue cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo a los fines expresados, ha ocupado la del citado demandante, como, en caso afirmativo, la extensión que efectivamente haya sido ocupada, y cuyo preciso deslinde si bien en tanto no se lleve a cabo no impide el reconocimiento del dominio en favor del aludido demandante de la parcela cuestionada, pues ciertamente figura en su patrimonio, si imposibilita, de hecho y jurídicamente, toda pretensión reivindicatoria de todo o parte de ella, y concretamente con relación al Instituto Social de la Marina en orden a lo por ella construido en la expresada parcela colindante que le fue cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo, toda vez que la expresión genérica delimitadora de la finca que el repetido demandante reclama por tres de sus vientos, tal como se describe en la demanda inicial, «con la finca de que formaba parte hoy perteneciente al Ayuntamiento de Ribadeo», puesto en conexión con la ambigüedad de su exacto emplazamiento o ubicación, o sea, determinación real topográfica, en relación con el camino de las Barreiras con que delimita en uno de sus vientos, dada la extensión de aquél, implica apreciación de real existencia, pero no de exacto emplazamiento o ubicación, en el aspecto relativo, con relación a las heredades colindantes, necesariamente requerido para entender identificación a fines de reivindicación, puesto que, de una parte, como tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de cuatro de mayo de mil novecientos veintiocho, el pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas, y concretamente la zona de situación de ellos, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde, donde teniendo presentes los correspondientes títulos quede perfectamente delimitada y, por consiguiente, identificada real y jurídicamente cada finca, y con más precisión su adecuado emplazamiento o ubicación sobre el terreno, y, de otra parte, por la sencilla razón de que, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias de dieciocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho, veinticuatro de febrero y veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y seis, si efectivamente el problema de identificación es de los atribuidos, por su carácter fáctico, a la competencia exclusiva del juzgador, sin embargo, es revisable por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando existan documentos auténticos, tenidos en cuenta como presupuesto para la emisión del dictamen pericial para su logro, que acrediten, por sí solos, sin acudir a mayores razonamientos, y por simple comparación, un resultado distinto del admitido por el Tribunal de Instancia, cual sucede en el presente caso, en que, según viene dicho, la propia titulación aportada por el demandante, en apoyo de su pretensión reivindicatoria, pone claramente de manifiesto, sin duda alguna, que falta la precisión delimitadora documental para poder determinar pericialmente con su base el correcto emplazamiento o ubicación relativa de la parcela del demandante, o sea, su precisión topográfica, al requerirse previo deslinde al respecto y, por tanto, hacer irrelevante al particular las manifesta-

ciones periciales producidas con fundamento en tales documentos, al no ser base adecuada éstos para precisar los linderos, y consiguiente situación sobre el terreno de la finca en cuestión, sin ese previo necesario deslinde; cuya práctica lo ponen de manifiesto los propios dictámenes periciales emitidos tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora de Instancia, pues en contra de mantener uniformidad de emplazamiento o ubicación, y correspondiente determinación topográfica reveladora de su situación exacta sobre el terreno, precisamente discrepan en ella en apreciación subjetiva de la documental con cuyo fundamento han sido emitidos, al asignar dos de ellos distinta superficie de edificación de la meritada parcela discutida —cien metros cuadrados según un informe pericial, en contra de diecisiete metros cuadrados que se fija en otro—, para incluso un tercero expresar que nada ha sido ocupado, lo que, una vez más sea dicho, da claramente a entender que en la actividad de apreciación de los documentos con base en los que se trató de situar sobre el terreno la meritada parcela no se actúa con exactitud, al faltar ésta en la delimitación periférica de tales documentos mientras no se practique el indicado preciso deslinde al respecto, lo que en manera alguna supone invasión de la libre valoración que de la prueba pericial incumbe a la Sala sentenciadora de instancia, dado que lo apreciado en tal sentido es meramente la inseguridad de la indicada documentación con cuya base y fundamento emiten su informe los peritos, y que hacen inconsistente y meramente hipotético su aserto desde el momento que la actividad identificadora que aprecian toma como causa determinante dichos documentos, y su subjetiva apreciación del alcance de éstos, en rebase de su función, al no comprender ésta la determinación de la eficacia, alcance y efectos de la prueba documental aportada por las partes, habida cuenta que el proceso identificador, cuando se trata de lograr con fundamento en titularidad dominical documentada, consiste simplemente en la mera proyección de lo consignado en los correspondientes documentos, en manifestación indubitada de éstos en sus referidos aspectos de eficacia, alcance y efectos, con la realidad, en tendencia al restablecimiento de ésta a aquéllos y tenida en cuenta al ser otorgados.

Considerando que a lo expuesto en nada obstan las circunstancias consignadas por la Sala sentenciadora de Instancia en los considerandos segundo y cuarto de la sentencia recurrida, para llegar a la solución identificadora que ésta acoge, de que la finca en cuestión figura inscrita en el Registro de la Propiedad con los indicados linderos y a que el Instituto Social de la Marina haya ocupado una superficie de novecientos ochenta metros cuadrados, excediendo de los seiscientos sesenta metros cuadrados que se fijan a terreno cedido por el Ayuntamiento de Ribadeo; lo primero porque el Registro, por sí solo, no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando, en consecuencia, la realidad física y concreta situación sobre el terreno de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no concordar con la realidad existente, y lo segundo a causa de que las escrituras de cesión, a que se viene haciendo referencia, efectuada por el Ayuntamiento de Ribadeo al Instituto Social de la Marina, comprende no solamente los expresados seiscientos sesenta metros cuadrados, sino también otros novecientos veinticuatro metros cuadrados, que hacen un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, que en tanto no se determine,

mediante la correspondiente práctica de deslinde, afecte a la finca del demandante, no puede ser tomado en consideración.

Considerando que la estimación de los dos primeros motivos del recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, conduce necesariamente a la también estimación del tercero, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante de este Tribunal relativa a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, porque si, como se establece en la Sentencia de dos de abril de mil novecientos veintinueve, para la identificación de una cosa no es bastante que se describa en el título presentado con la demanda de reivindicación, sino que se requiere que la finca se determine por los cuatro puntos cardinales, claro es que éstos deben venir determinados exactamente y con toda precisión, y al no estarlo, por requerir un previo deslinde al efecto, falta el cumplimiento del requisito de la identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicación derivada de la aplicación del precitado artículo trescientos cuarenta y ocho y, por tanto, de la detentación por el demandado, también exigible al particular, en este caso el Instituto Social de la Marina, ya que si puede estimarse identificada la parcela de que se trata en su realidad física, no sucede lo mismo en cuanto a su exacto emplazamiento o ubicación, o sea, en cuanto a su determinación topográfica y consiguiente situación sobre el terreno, que en tanto no se efectúe, mediante el preciso previo deslinde, determina no pueda conocerse si la pretendida detentación se ha producido.

Considerando que los mismos razonamientos expuestos en los precedentes llevan asimismo a la acogida de los motivos cuarto y quinto, planteados ambos al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la documental obrante en autos, y más concretamente de las escrituras públicas antes relacionadas, con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a a prueba de documentos públicos, porque bajo un aspecto de la cuestión, deduciéndose de tales documentos la indeterminación del exacto emplazamiento o ubicación de la parcela de que se trata —lo que ya fue apreciado en anteriores juicios de interdicto y de proceso entablado con base en el artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria—, por requerirse un previo deslinde, excluye posibilidad de apreciación de mala fe, de hecho y jurídicamente, en el ámbito constructivo en cuestión, dado que esa precisión de deslinde para determinar si se construyó en terreno propio o ajeno revela situación excluyente de mala fe, al requerir éste al respecto la indubitada constancia de que el terreno sobre el que se construye sea ajeno; con lo que el simple requerimiento notarial efectuado con anterioridad a aquellos especiales procedimientos y, por tanto, sin adecuada constatación de los hechos en que se soporta, es ineficaz para generarla, puesto que la declaración de mala fe que contemplan los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, contraria a la presunción que por modo general previene el artículo cuatrocientos treinta y cuatro del mismo Cuerpo legal (sentencia de esta Sala de cinco de junio de mil ochocientos no-

venta y cuatro), requiere que la edificación de que se viene haciendo referencia se hubiese realizado a sabiendas de que no había derecho a hacerla, es decir, como se pone de manifiesto en Sentencia de esta Sala de diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, que exista conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, o con más precisión que lo hacía con certeza y plena conciencia, en actuar doloso o negligente grave o específico de que construía a sabiendas de que lo hacía en terreno ajeno, como revelan los indicados artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres, lo que en manera alguna cabe apreciar cuando después de tal requerimiento se han producido resoluciones judiciales no reconocedoras de exacta pertenencia del terreno que se dice ocupado, que si ciertamente podía conducir fuese aconsejable al Instituto Social de la Marina extremase su actuar para constatar su titulación, en comportamiento diligente, en orden a la posesión que posibilitaba, no es suficiente para generar estado de mala fe requeridora de constancia de no actuar sobre lo que le correspondía, toda vez que tal situación jurídica no emana de meras posibilidades de titularidad, con proyección posesoria alegada por una persona —en este caso, el demandante don Fernando Alonso Mencía—, en tanto no lo acredite con constatación deslindadora, hasta ahora no producida, conducente a la exacta determinación del emplazamiento o ubicación de su terreno, o sea, mediante su precisión topográfica, y, por tanto, su situación de enclave sobre el terreno, a que fue remitido por el precitado proceso interdictal y del artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria; y, bajo otro aspecto, por la ya expresada razón de que la construcción de novecientos ochenta metros cuadrados no es por sí sola eficaz para revelar extralimitación cuando al Instituto Social de la Marina le fue cedido por el Ayuntamiento de Ribadeo, en la zona en cuestión, a los expresados fines constructivos, no solamente seiscientos sesenta metros cuadrados, sino también otros novecientos veinticuatro metros cuadrados, o sea, un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, como revelan las escrituras en que se fundamentan los motivos cuarto y quinto ahora examinados.

Considerando que la procedencia de los motivos sexto y séptimo, que se amparan en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la referida Ley de Trámites Civil, con fundamento el sexto en violación, consecuencia de no aplicación del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código Civil, en relación con los artículos cuatrocientos treinta y tres, cuatrocientos treinta y cinco y mil novecientos cincuenta del mismo ordenamiento jurídico, y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante de esta Sala, y el séptimo en aplicación indebida de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil y doctrina jurisprudencial que se cita, surge simplemente de tener en cuenta el reconocimiento de no constancia indubitada de construcción en terreno ajeno, por precisarse para saber si efectivamente lo es un previo deslinde y consiguiente ausencia de mala fe en el Instituto Social de la Marina apreciado al examinar los motivos cuarto y quinto del recurso por tal organismo ejercitado, ya que faltando aquella situación jurídica, que sirva de apoyo a dichos artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, no pueden deducirse las consecuencias de éstos, en ortodoxa aplicación del principio lógico, con proyección jurídica, de que faltando el antecedente no puede darse el consiguiente.

Considerando que, por otra parte, y en el supuesto de que una vez practicado el referido deslinde previo para determinar el exacto emplazamiento o ubicación de la parcela de terreno a que se contrae la controversia en cuestión, y preciso para determinar si el Instituto Social de la Marina, en su dicha actividad constructiva ocupó o no tal parcela, y en su caso la extensión en que se haya producido, habida cuenta que no se reconoce producido con mala fe, según queda razonado, de revelarse ocupación parcial de lo edificado, no conduciría a la secuencia pretendida por el demandante don Fernando Alonso Mencía de pérdida del edificante de lo edificado en favor de aquél, sino que plantearía el problema de si estaba o no en un supuesto de accesión invertida o construcción extralimitada, cuyo reconocimiento y regulación viene prevenido en la orientación dada en Sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, veintiséis de febrero y diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, al considerar, ante la falta de regulación legal específica, la solución indemnizatoria del valor del terreno ocupado, por la notoriedad de superior valor de o construido en relación con el suelo, al estimarse acorde con los principios esenciales de la justicia, sancionados por los Códigos modernos, superando la rigurosa aplicación que hacía el Derecho romano de la regla «superficie solo cedit», con la consecuencia de que se apreciase la facultad, no satisfactoria, de exigir al constructor que derribara la edificación; y cuya solución de accesión invertida o extralimitada no puede ser examinada ni, por tanto, apreciada en el actual debate jurídico, al no haber sido concretamente planteada en el curso del juicio, y concretamente en sus escritos rectores, y tratarse, en consecuencia, de una cuestión nueva en casación, y por ello no examinable en éste, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, veintidós de mayo de mil novecientos treinta y cinco y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres; aparte, en primer lugar, que al plantearse la litis en cuestión bajo las tesis radicales del demandante de haber construido el Instituto Social de la Marina de mala fe sobre terreno que dice corresponderle exclusivamente, y del demandado de haberlo hecho sobre terreno propio, y no poder apreciarse si efectivamente dicho Instituto invadió o no terreno del citado demandante, y en qué proporción en su caso, por requerirse para ello el previo deslinde, tantas veces mencionado, siempre faltaría el presupuesto esencial para apreciar si se daba el supuesto de accesión invertida; en segundo lugar, porque lo vedaría el principio de congruencia, impuesto por el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en tercer lugar, debido a que, a efectos meramente dialécticos, de darse los supuestos precisos aludidos para apreciar la accesión invertida o extralimitada y poder hipotéticamente ser apreciado en la presente fase procesal, llevaría no al mantenimiento de la sentencia recurrida, sino al supuesto contrario, por darse entonces la violación, por no aplicación, de la doctrina legal que se denuncia en el motivo octavo, ejercitado por el precitado Instituto Social de la Marina, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que en cuanto al motivo noveno del invocado recurso de casación formulado por el Instituto Social de la Marina, amparado asimismo el número primero de la tan citada Ley de Trámites Civil, con fundamento en violación, por consecuencia de no aplicación, del artículo tres-

cientos cincuenta y nueve de dicho ordenamiento jurídico procesal, en relación con las sentencias que se citan, es de reconocer su inconsistencia y consiguiente desestimación, porque en materia de recurso de apelación que vaya genéricamente contra las declaraciones de la sentencia de Primera Instancia, desestimatoria de las pretensiones formuladas en el juicio por el recurrente, ejercitadas en toda su amplitud, como en el presente caso ha sucedido, y, por tanto, sin exclusión del concreto particular de costas, que el demandante había expresamente solicitado fuesen impuestos a los demandados, y de las que la recurrida sentencia no hace especial declaración, la amplitud de la alzada, en caso de revocación de la resolución impugnada, posibilita hacer nueva declaración sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas en la fase procesal de Primera Instancia por el recurrente, al no vedarlo el principio de congruencia impuesto por el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, según tiene declarado esta Sala, en Sentencias, entre otras, de veintisiete de febrero de mil novecientos diecinueve, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, once de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve y veintitrés de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, apelada la sentencia en su integridad, se transfiere al juzgador de Segunda Instancia el conocimiento íntegro y pleno, y, por tanto, con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis.

Considerando que, en cambio, en el referido aspecto de costas procede la estimación de los motivos décimo, undécimo y duodécimo en que se soporta el tan meritado recurso de casación interpuesto por el Instituto Social de la Marina, al amparo los décimo y undécimo en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tantas veces citada Ley de Enjuiciamiento Civil, y el duodécimo en el número primero del mismo precepto procesal, fundamentados, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la documental obrante en autos, y más concretamente y en especial de las escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, sobre cesión gratuita, otorgada por el Ayuntamiento de Ribadeo, de determinadas fincas para construcción de viviendas sociales para los pescadores de la villa, en relación con acta notarial de cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos; error de derecho, con base en las mismas escrituras públicas antes relacionadas, con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a la prueba de documentos públicos, y aplicación indebida del artículo mil novecientos dos, en relación con el mil ochenta y nueve, ambos del Código Civil, y en concordancia con la doctrina legal que se cita, puesto que si, según se deduce del contenido de los precedentes considerandos, en valoración de la prueba documental relacionada como base de dichos motivos décimo, undécimo y duodécimo, en concordancia con la doctrina legal que se cita, el demandante don Fernando Alonso Mencía, como ya había sido considerado en procesos de interdicto y del artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria precedentes, no identificó adecuadamente, en su aspecto de exacto emplazamiento o ubicación, al ser precisado de un previo deslinde que lo posibilite la parcela cuestionada, o más precisa su configuración

topográfica, o sea, consiguiente exacta situación sobre el terreno, impidiendo la viabilidad de la pretensión reivindicatoria ahora formulada, lo que unido a las demás apreciaciones consignadas en el curso de los anteriores considerandos conduce a la no apreciación de situación de mala fe constructiva, que lleva a la estimación de motivos fundamentadores del recurso ahora examinado, y en su virtud a casar la sentencia recurrida, determina la improcedencia de la condena en costas que ésta establece contra el Instituto Social de la Marina; de una parte, porque dimanando tal apreciación en orden a los gastos del proceso, según se deduce del último de los considerandos de la indicada resolución impugnada, de apreciar «notoria mala fe en el Instituto Social de la Marina», claro es que rechazada tal apreciación falta la base fundamentadora de dicha condena en costas y, en consecuencia, ésta no debe ser mantenida; y, de otra parte, a causa de que la reparación de daños emanantes en la aplicación del artículo mil novecientos dos del Código Civil, en concordancia con el mil ochenta y nueve del mismo Cuerpo legal, que, en esencia y definitiva, es soporte de toda condena de costas, requiere el mantenimiento de una situación de culpa o negligencia en el condenado, que ciertamente no puede apreciarse cuando por defectos identificadores de la finca que el demandante se atribuye, en cuanto a su emplazamiento o ubicación, no se puede precisar si el Instituto Social de la Marina ocupó o no tal finca ni, por tanto, si su actuar constructivo es o no culposo o negligente, dado que si por consecuencia del preciso deslinde a realizar resulta que en nada se excedió dicho Instituto, evidentemente que ninguna culpa o negligencia cabe atribuirle, pues que quien construye en terreno exclusivamente suyo actúa en uso de un legítimo derecho, y si efectivamente el exceso se produce, sus consecuencias habrán de ser no las instadas por el demandante en la súplica del inicial escrito de demanda, sino las derivadas simplemente de la extralimitación que resultare producida.

Considerando que en lo referente al recurso de casación ejercitado por don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez, don Antonio Seco Alvarez y la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, y en lo que afecta a los motivos primero, segundo, tercero y cuarto, que se formulan exclusivamente referidos a los cuatro primeros relacionados recurrentes, es de tener en cuenta: A) Que los precitados demandados recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez adquirieron las viviendas a que se contrae la demanda en cuestión mediante escrituras públicas de compraventa otorgadas, respectivamente, a su favor, por el Instituto Social de la Marina, bajo la fe del Notario don Gervasio Dositeo Fernández-López, el diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, con subsiguiente inscripción registral a nombre de los mencionados adquirentes el cuatro de julio de mil novecientos setenta y seis. B) Que la demanda rectora del juicio declarativo de mayor cuantía, generante del presente recurso, formulada por don Fernando Alonso Mencía, si bien lleva fecha de trece de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, fue presentada el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis. C) Que la sentencia recurrida ninguna manifestación hace a que los precitados don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez hubiesen adquirido de mala fe las referidas viviendas.

Considerando que aun sin tener en cuenta la solución dada al recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, precedentemente examinado, conducente a su estimación por acogida de motivos en que el mismo se ampara, y el alcance y efectos que produce en orden a los precitados recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez, la falta de identificación, en orden al aspecto de emplazamiento o ubicación de la parcela a que se contrae el inicial escrito de demanda, en relación con la edificación construida por el Instituto Social de la Marina a la que corresponden las fincas adquiridas por dichos cuatro demandados, y a la carencia de mala fe constructiva en dicho Instituto, es lo cierto que la exposición fáctica consignada en el anterior considerando conduce a la estimación del primero de los motivos a que en él se hace referencia por los referidos recurrentes adquirentes de las mencionadas viviendas, que, con amparo en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba documental consistente en las cuatro escrituras de compraventa de cuatro viviendas de protección oficial, todas ellas de fecha diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, otorgadas por el Instituto Social de la Marina, a favor de los cuatro relacionados recurrentes, ante el Notario don Gervasio Dositeo Fernández-López, e inscritas en el Registro de la Propiedad de Ribadeo en fecha cuatro de febrero de mil novecientos setenta y seis (folios ciento dos a ciento treinta y tres de la primera pieza de los autos), por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, que se cita como infringido, puesto que la recurrida sentencia al omitir y silenciar totalmente dichas escrituras públicas, de las que no hace ninguna mención ni consideración, olvida la normativa que aquel precepto legal contiene de que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, así como contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros, y que en el supuesto contemplado tienen esencial trascendencia para determinar la situación jurídico registral, su alcance y efectos, en orden a los relacionados cuatro recurrentes.

Considerando que la indicada circunstancia de que los demandados recurrentes don José Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez hayan adquirido por el vínculo jurídico de compraventa las cuatro viviendas afectadas por la litis en cuestión, con subsiguiente inscripción registral a su nombre, sin que el demandante don Fernando Alonso Mencía, al ejercitar la demanda reivindicatoria que a tales viviendas alcanza, previamente, o a la vez, hubiese entablado demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, produce clara violación, por no aplicación, de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria y jurisprudencia a él aplicable que se cita, que impone el cumplimiento de tal exigencia, según proclaman las Sentencias de esta Sala de seis de marzo de mil novecientos veintitrés, veintiuno de febrero de mil novecientos veinticuatro, dos de enero de mil novecientos cuarenta y seis, nueve de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, once de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, entre otras, llevando,

en consecuencia, a la estimación del segundo de los motivos del recurso que ahora se viene examinando, y mayormente por surtir sus efectos los asientos registrales mientras los Tribunales no declaren su inexactitud o acuerden su cancelación; sin que a ello quepa objetar, en contra de lo alegado en el acto de la vista de este recurso por la dirección técnica del recurrido don Fernando Alonso Mencía, que los indicados recurrentes adquirentes no hubiesen instado, por vía de reconvención, en el juicio de que se trata, la nulidad o cancelación de la inscripción registral existente de la finca en cuestión de dicho recurrido demandante, puesto que tal exigencia viene establecida por dicho párrafo segundo del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, a cargo de quien ejercite acción contradictoria de dominio —en este caso, el citado demandante recurrido que la ejercitó— y no al de quien sea demandado —en este caso, los referidos recurrentes demandados adquirentes.

Considerando que también es de acoger el motivo tercero, en que asimismo se soporta el recurso formulado con afectación a los recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez, que éstos amparan en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo treinta y cuatro, párrafos primero y segundo, de la Ley Hipotecaria y jurisprudencia aplicable al referido precepto que se cita, porque acreditado que dichos recurrentes han adquirido, sin constancia de que no lo fuere de buena fe, al no establecerse como probado que conociesen inexactitud en el Registro, a título oneroso, concretamente por vínculo jurídico de compraventa, las cuatro viviendas mencionadas, afectadas por la litis de que se trata, del Instituto Social de la Marina, que aparece en el Registro con facultades para transmitir las con posterior inscripción en el mismo a nombre de los tan citados demandantes recurrentes adquirentes, provee a éstos, en orden a tales viviendas, de la consideración de terceros hipotecarios de buena fe, con el consiguiente carácter de terceros registrales protegidos, que tanto se tratase de adquisición del veredadero dueño como en el de adquisición producida *a non domino*, generan irrevindicabilidad con respecto a los adquirentes protegidos, como tiene reiteradamente declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de cinco de febrero de mil ochocientos ochenta y tres, veintiséis de junio y once de octubre de mil novecientos uno, cuatro de diciembre de mil novecientos quince, seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta, trece de mayo de mil novecientos cincuenta y siete y veintiocho de enero de mil novecientos sesenta, por lo que al no haberlo entendido así la Sala sentenciadora de Instancia produce clara infracción de los invocados párrafos primero y segundo del artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria; y más si se tiene en cuenta, de una parte, que la presunción de buena fe que en tal precepto se acoge, aunque es de índole *iuris tantum*, precisa para su destrucción la justificación, no reconocida en el supuesto examinado, de que los tan repetidos demandados recurrentes adquirentes tuviesen la convicción de la existencia de inexactitud o de vicios excluyentes de buena fe hipotecaria, según proclama la Sentencia de esta Sala de treinta de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro; y, de otra parte, por la sencilla razón de que cuando la sentencia recurrida se refiere

a un aspecto de mala fe, lo hace refiriéndose exclusivamente al demandado Instituto Social de la Marina, y no a los demás, cuando en el punto segundo de su fallo expresa «que cuanto se ha realizado o edificado en dicha finca, lo ha sido de mala fe, perdiéndolo todos y cada uno de los demandados», pues ello es el explícito reconocimiento de que la mala fe se atribuye por dicha sentencia recurrida al que construyó —en este caso, el meritado Instituto Social de la Marina que lo efectuó— y no a los que adquirieron del constructor —en este caso, los relacionados cuatro demandados recurrentes adquirentes.

Considerando que lo prevenido en los precedentes considerandos, unido a que los tantas veces aludidos recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez no hubiesen sido los constructores de las viviendas de que se viene haciendo mención, sino sus adquirentes con la consideración de terceros hipotecarios protegidos, excluye que les sea aplicable lo normado en los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, ya que la figura de accesión que estos preceptos contemplan parten del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten con relación al edificante —en caso, como el presente, de afectar a edificación— y que, además, haya actuado de mala fe, pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos, y, en consecuencia, con aspecto de buena fe inherente, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora de Instancia revela la aplicación indebida de dichos artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, cuya infracción se denuncia al amparo del número séptimo de la tan repetida Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que tratando del recurso a que se contraen los considerandos que anteceden, y en lo que afecta exclusivamente a la entidad recurrente Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, los motivos quinto, sexto y séptimo, que le sirven de base, fundamentados: el quinto, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en error de hecho en la apreciación de la prueba documental concretada en la escritura pública de fecha catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, de cesión gratuita de dos parcelas por el Ayuntamiento de Ribadeo a favor del Instituto Social de la Marina para construcción de viviendas sociales para pescadores de la localidad, otorgada ante el Notario don José María Mosquera Marino, en la escritura pública de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete, de prórroga de dicha cesión, otorgada ante el mismo Notario, y de la escritura pública de fecha veintinueve de abril de mil novecientos setenta, de nueva cesión gratuita otorgada por el propio Ayuntamiento, a favor del Instituto, de las mismas fincas, esta última ante el Notario don Gervasio Dosíteo Fernández, con las respectivas certificaciones registrales de inscripción (folios trescientos setenta y cuatro a cuatrocientos treinta de pieza separada de los autos en cuestión), así como de la escritura pública de fecha catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, de extinción de comunidad suscrita por don Antonio y don Fernando Alonso Mencía y certificación registral de la finca a que se refiere esta escritura, y los sexto y séptimo, ambos con base en el número primero del expresado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites Civil, respectivamente, por violación, consecuencia de no aplicación,

del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil y doctrina jurisprudencial que se cita, y aplicación indebida de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, y aun prescindiendo también del alcance y efectos con relación a dicha entidad recurrente Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, de los aspectos de ausencia de identificación del aspecto de emplazamiento o ubicación de la parcela discutida y de la no apreciación de mala fe a que se refiere el recurso ejercitado por el Instituto Social de la Marina, su desestimación surge con solamente tener en cuenta que si tales documentos están pregonando, sin duda alguna, que la titularidad dominical de la finca en cuestión viene asignada inicialmente al Instituto Social de la Marina, que luego transmitió las viviendas construidas por el mismo a los antes relacionados demandados don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez, sin que la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo jamás fuese dueña de finca o parcela alguna colindante con la que es objeto de reivindicación, ni fue quien edificó o construyó las viviendas o, en consecuencia, poseyó o detentó terreno alguno que pudiera haber afectado a la finca que se reivindica, necesariamente conduce a que la referida entidad Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo carezca de legitimación pasiva para ser demandada, y concretamente para ser dirigida contra ella la demanda con efecto reivindicatorio de que se trata, con base en el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, ni tampoco le alcance los efectos de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del mismo Cuerpo legal sustantivo, que, como ya anteriormente viene dicho, alcanza exclusivamente al que hubiere edificado —en este caso, el Instituto Social de la Marina.

Considerando que, en consecuencia, ante la procedencia de los siete motivos en que se ampara el recurso de casación ejercitados por don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez, don Antonio Seco Alvarez y la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, y la también procedencia del formulado por el Instituto Social de la Marina, por consecuencia de los motivos acogidos de los en que se fundamenta, y en su virtud estimarse que en la sentencia recurrida se ha cometido infracción de ley en que aquellos motivos se amparan, es de declarar haber lugar a casar la sentencia de que se trata, sin hacer pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido, por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de Primera y Segunda Instancia, y procediendo dictar por separado la sentencia que corresponda sobre los extremos del pleito respecto de los cuales recae la casación; todo ello cual previene el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima en parte la demanda, en el sentido de declarar que la finca descrita en el hecho primero de la demanda es de la propiedad del actor, y desestima las demás pretensiones insertas en la súplica de la demanda, absolviendo de las mismas a los demandados, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en Primera y Segunda Instancia por no apreciarse temeridad ni mala fe jurídica.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

TEORIA DEL TITULO Y EL MODO: AMBITO DE LA MISMA EN RELACION CON EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO RUSTICO PROTEGIDO.—TRADITIO «BREVI MANU» POR INTERVERSION POSESORIA O CAMBIO EN EL CONCEPTO POSESORIO.—DERECHO DE ABOLORIO DE LA COMPILACION DE ARAGON EN RELACION CON EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO: EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—Por Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971, se declaró bien ejercitado el derecho de acceso a la propiedad rústica por parte de un arrendatario y bien hecha la consignación del precio realizada por éste, por lo que condenó a los dueños de la finca a consentir tal derecho y al otorgamiento de la escritura pública de venta de la finca. Antes que tuviera lugar la definitiva ejecución de la sentencia, los demandados en aquel pleito ofrecieron la venta de la finca litigiosa a un pariente, presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por dicho arrendatario. El citado pariente aceptó el ofrecimiento y obtuvo a su favor escritura de venta, ofreciendo una cantidad en concepto de precio y otra en concepto de indemnización al arrendatario mediante acta notarial, no aceptando éste tal ofrecimiento, por lo que se procedió a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, sin el previo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a tal consignación. En la escritura de venta se hizo constar que se ejercitaba un derecho preferente de abolorio conforme a la Compilación de Aragón y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario, reconocido por el Tribunal Supremo, cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del titular del derecho de abolorio.

Don José María S. A., formuló demanda contra don Julio E. C., arrendatario, y otros, suplicando se dictara sentencia por la que se declare: a) Bien ejercitado con arreglo a la ley por el mismo su derecho de abolorio sobre la finca, que cultivaba en arriendo el demandado. b) Que este derecho de abolorio o a la saca es preferente al acceso reconocido a don Julio E. C. por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971. c) Que es válida y eficaz la escritura pública otorgada a su favor el 9 de febrero de 1973 y la inscripción registral a que dio lugar, siendo el único propietario en pleno dominio de la finca en la actualidad. d) Que el demandado don Julio E. C. no ostenta derecho alguno que le faculte para seguir poseyendo la finca, debiendo desalojarla y dejarla a la libre disposición del demandante.

Don Julio E. C. contestó a la demanda formulando reconvención, alegando, entre otras cosas, que la escritura pública otorgada a favor del actor es inexistente en derecho, o en otro caso nula o ineficaz e inválida, habiendo sido simulada en fraude de ley, o en otro caso, que se otorgó con abuso de derecho y con la finalidad exclusiva o preferente de contravenir lo ordenado en Sentencia firme del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971, faltando, además, la tradición por ostentar don Julio E. C., en el momento de su otorgamiento, la posesión real y material de la finca a título de dueño en virtud de su consumado acceso a la propiedad.

A este pleito fueron acumulados los autos seguidos por don Julio E. C., como demandante, contra don José María S. A. y los que otorgaron a su favor la escritura, como demandados.

El Juez de Primera Instancia de Zaragoza número uno dictó sentencia estimando la demanda entablada por don José María S. A., declarando bien ejercitado el derecho de abolorio y que es preferente al derecho del arrendatario, desestimando la demanda y reconvención formulada por este último.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia revocando totalmente la del Juzgado, declarando la nulidad de la escritura de compraventa y la consiguiente inscripción registral, por lo que son ineficaces para enervar el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario declarado por el Tribunal Supremo.

Don José María S. A. interpone recurso de casación por infracción de ley, por los siguientes motivos: 1.º No aplicación de los artículos 609, segundo párrafo, y 1.095, segundo párrafo, ambos del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras muchas, en las sentencias que cita, en relación con los artículos 149-1 y 152 de la Compilación de Aragón, y artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria. 2.º Interpretación errónea del artículo 150, número 1, de la Compilación de Aragón, y del artículo 96, número 8, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que son aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, esenciales para la decisión del recurso de que se trata, no desvirtuados por la parte recurrente, los siguientes: A) Que este Tribunal, en Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, declaró bien ejercitado, en tiempo y forma, por el entonces demandante don Julio E. C., en su cualidad de arrendatario, el derecho al acceso de la propiedad rústica de la finca litigiosa, y bien hecha la consignación del precio realizada por aquél, por lo que se condenó a los entonces demandados don Joaquín, doña María Presentación, doña Rosa y doña Victoria de V. A. a consentir tal derecho ejercitado y al otorgamiento de la escritura pública de venta de la finca referida. B) Que dichos entonces demandados notificaron, mediante acta notarial de veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y dos, a don José María S. A., demandante en la litis de que dimana el recurso ahora examinado, la sentencia aludida, al tiempo que le ofrecían la venta de la finca litigiosa, como presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por el referido colono en el pleito en que recayó la mencionada Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno. C) Que el aludido don José María S. A. aceptó aquel ofrecimiento y entregó al Notario autorizante la suma de noventa y una mil trescientas pesetas, de cuyo importe sesenta mil ochocientos sesenta y seis pesetas con sesenta céntimos correspondían al pago del precio y las restantes treinta y tres mil cuatrocientas treinta y tres pesetas con cuarenta céntimos (*sic*) en concepto de indemnización para el arrendatario, suma que le fue ofrecida a éste mediante acta notarial en la que no se le hizo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a su consignación. D) Que el meritado arrendatario no aceptó el ofrecimen-

to retirando los oferentes de la Notaría la cantidad ofrecida y, sin previo anuncio, procedieron a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, que fue declarado contencioso por oposición, sin que posteriormente haya recaído resolución judicial alguna declarando bien hecha la consignación. E) Que el nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres, los señores V. A. otorgaron escritura de venta a favor de don José María S. A., en la que se hizo constar que éste ejercitaba un derecho preferente de abolorio y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad, reconocido por este Tribunal, por el ofrecimiento de la cantidad expresada y subsiguiente consignación en el indicado expediente de jurisdicción voluntaria, y cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del actor. F) Que instada por el precitado arrendatario don Julio E. C. la ejecución de la tan aludida sentencia del Tribunal Supremo, por la que se reconoció el derecho al acceso de la propiedad, se opusieron a ello los relacionados señores V. A., en base de que el actor había ejercitado su derecho preferente de abolorio y le habían vendido la finca en escritura pública inscrita, dando lugar a incidente en el que recayó la Sentencia de tres de abril de mil novecientos setenta y seis, por la que este Tribunal desestimó la pretensión de los oponentes y se mantiene plenamente su Resolución de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, sin perjuicio de que quien pudiera tener interés ejercitara las acciones de que se creyera asistido en el proceso adecuado a la naturaleza de las mismas.

Considerando que si ciertamente el ordenamiento jurídico español, recogiendo el sentido de la teoría clásica de la necesidad del título y el modo como elementos que han de concurrir, conjunta o consecutivamente, para la adquisición de los derechos reales, construida por los romanistas sobre la base de los textos del *corpus iuris justiniano*, determinantes de que *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur* (Código, Libro II, Título III, Ley 20), y *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa prae asserit propter quam traditio sequeretur* (Digesto, Libro XLI, Título I, Fragmento 31), y reflejada concretamente en el párrafo primero del artículo seiscientos nueve del Código Civil y párrafo segundo del artículo mil noventa y cinco del mismo Cuerpo legal, establece la distinción entre el título y el modo, en el sentido de disponer que no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta haya sido entregada al acreedor, al no regir el principio de la tradición *solo consensu*; sin embargo, tal teoría, de una parte, ha de entenderse referida a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquirir distintos de la enajenación voluntaria por medio del contrato, pues hay casos como el de la hipoteca, en el que se exige solamente la inscripción (art. mil ochocientos setenta y cinco del Código Civil), el de las servidumbres negativas (en las que, por su propia naturaleza, no cabe acto alguno de transferencia) y el de acceso a la propiedad (que sanciona el art. noventa y seis del Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos aprobado por Decreto de veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve), que quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición, pues que ésta se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición ficta, generada por el fenómeno jurídico denominado «intervención posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu*,

que confiere al poseedor por un determinado vínculo jurídico —en este caso, por el de arrendatario— una posterior causa de poseer —en el supuesto actual, por titularidad atributiva de dominio por causa de acceso a la propiedad judicialmente reconocida y declarada—, aunque con proyección real y concretamente con relación a terceros, requiera el complemento del otorgamiento de escritura pública, y de otra parte, ésta, en cuanto es mera consecuencia de una situación de hecho y jurídica de acceso legal a la propiedad, equiparable en sus consecuencias y efectos a una venta forzosa, aunque se entendiere, como pretende el recurrente, carente de alcance real mientras dicha escritura no se otorgue, en manera alguna puede impedir el efecto estrictamente obligacional que produce dicho derecho de acceso a la propiedad reconocido por sentencia firme en favor del arrendatario don Julio E. C., y ahora recurrido, en la indicada naturaleza que tiene equiparable a forzosa compraventa, porque reconocida la obligación de entrega por el arrendador al arrendatario, en título de transmisión dominical, de la finca afectada por el mencionado reconocido derecho de acceso a la propiedad, con asignación e incluso consignación por el accedente de la correspondiente cantidad a entregar, indudablemente crea un acto obligacional con prevalencia en tal aspecto.

Considerando que sentado lo anterior conduce a la inconsistencia del primero de los motivos en que se soporta el recurso de que se trata, fundamentado, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida violación, por no aplicación, de los artículos seiscientos nueve, segundo párrafo, y mil noventa y cinco, segundo párrafo, del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan, en relación con los artículos ciento cuarenta y nueve, uno, y ciento cincuenta y dos de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y artículos treinta y nueve y cuarenta de la Ley Hipotecaria, tanto porque al evidenciarse tradición, en el indicado carácter ficta, por intervención posesoria, según queda precedentemente expuesto, en favor del recurrido don Julio E. C., sobre la finca en cuestión, por consecuencia del derecho de acceso a la propiedad a él reconocido por sentencia firme, ninguna violación, por inaplicación, ha cometido la Sala sentenciadora de Instancia de la normativa sancionada en los indicados artículos seiscientos nueve, segundo párrafo, y mil noventa y cinco, segundo párrafo, del Código Civil, y sentencias citadas en su relación, sino, por el contrario, se ha acomodado a ella; cuanto porque producida la expresada tradición, y en su virtud reconocido por el órgano jurisdiccional *a quo* el derecho obligacional de dominio en favor del arrendatario recurrente, tampoco se evidencia violación de los artículos ciento cuarenta y nueve, uno, y ciento cincuenta y dos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y artículos treinta y nueve y cuarenta de la Ley Hipotecaria en relación con dichos artículos del Código Civil, puesto que la sentencia recurrida, de una parte, no niega las circunstancias que para el derecho de abolitorio establecen dichos preceptos de la expresada Compilación, sino el no haber cumplido el recurrente en forma las condiciones exigidas para su ejercicio, y, de otra parte, la aplicación por dicha resolución impugnada de lo regulado en los meritados preceptos hipotecarios tiene causa en la inviabilidad reconocida también en ella de la transmisión efectuada en favor de dicho recurrente y que motivó el acceso a su nombre de la finca en cuestión en el Registro de la Propiedad, lo que es de mantener en tanto no se desvirtúe eficazmente tal inviabilidad.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo segundo, que, con amparo también en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta el recurrente en interpretación errónea del artículo ciento cincuenta, uno, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y del artículo noventa y seis, ocho, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, porque al reconocerse en la tan mencionada sentencia recurrida, sin desvirtuación por el cauce adecuado, que el ejercitante del derecho de abolorio don José María S. A., ahora recurrente, no entregó directamente al arrendatario que accedió a la propiedad de la finca cuestionada las sesenta mil seiscientas sesenta y seis pesetas con setenta céntimos del precio, más las treinta mil cuatrocientas treinta y tres pesetas con cuarenta céntimos (*sic*) de la indemnización dentro del término de los treinta días siguientes a contar de la notificación, determina que la Sala sentenciadora de Instancia, estableciendo ese aspecto fáctico no desvirtuado, sino incluso aceptado por el recurrente como base de su argumentación, al rechazar el derecho de abolorio planteado por el precitado recurrente no interpretó erróneamente tales preceptos de la Compilación aludida y del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sino que los aplicó correctamente, si se tiene en cuenta que al prevenir el artículo ciento cincuenta, uno, de la expresada Compilación del Derecho Civil de Aragón, que el ejercicio del derecho de abolorio se efectuará «entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar de la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento de venta, con expresión, en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato», y establecer el artículo noventa y seis, ocho, del referido Reglamento regulador de la materia de arrendamientos rústicos, que el pariente que ejercite el retracto gentilicio —en este caso, en su especialidad de abolorio— «deberá abonar al arrendatario, además de las cantidades que señala el artículo mil quinientos dieciocho del Código Civil, el importe de la indemnización que el arrendador hubiere tenido que abonar al colono por haber enervado el derecho de acceso a la propiedad», es claramente significativo que tal exigencia de entrega o consignación de precio y demás conceptos a que dichos preceptos legales aluden hay que entenderlo referido con relación al arrendatario, y no con el arrendador, tanto porque éste, al producirse el reconocimiento judicial firme del derecho del primero al acceso a la propiedad de la finca afectada, y haberse consignado la cantidad correspondiente al respecto por el accedente —como en este caso ha ocurrido—, ya quedó legalmente desvinculado de la titularidad dominical, en la que no tiene más intervención que la de formalizar la escritura de transmisión que aquel derecho de acceso implica, cuanto porque, a todo evento, el derecho de abolorio al ser en realidad y en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral, produce estrictamente entre el retrayente —el titular del citado derecho de abolorio don José María S. A.— y el retraído —el titular del derecho al acceso de la propiedad reconocido por sentencia firme don Julio E. C.— las relaciones económicas derivadas del ejercicio del correspondiente derecho de recobro inherente a tal singular derecho de retracto legal de abolorio, dado que así lo pone específicamente de manifiesto el precitado artículo noventa y seis, ocho, del meritado Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en concordancia con el artículo ciento cincuenta, uno, de la repetida Compilación Aragonesa, como genéricamente los artículos mil quinientos veintiuno y mil quinientos

veinticinco, éste en conexión con los mil quinientos once y mil quinientos dieciocho, del Código Civil, en lo aplicable al caso, al sancionar que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación de pago», de tal modo que «en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos mil quinientos once y mil quinientos dieciocho», previsores, respectivamente, de que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones» y de que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: Primero. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. Segundo. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida», consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero —en este caso, del arrendador que quedó privado de derecho dominical por efectividad del derecho de acceso a la propiedad—, dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia acerca de la teoría del título y el modo y de la tradición está llena de contradicciones, hasta el punto de que el comentarista no sabe cuál es la doctrina que hay que deducir de la misma.

Fijémonos en el «considerando» segundo, para comprobar estas contradicciones. Por un lado, se nos dice que la teoría del título y el modo no se aplica en ciertos casos, citando entre ellos, el de acceso a la propiedad del arrendatario, y diciendo que esos casos «quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición». Nada que objetar a esta primera declaración, pues se adapta a la doctrina dominante, que en general excluye, tanto la hipoteca como las servidumbres negativas, de la necesidad de la tradición. Lógicamente, los derechos reales de adquisición, en cuanto tales derechos *a* adquirir, no deben necesitar el requisito de la tradición.

Pero nada más decir esto, la sentencia presupone que es necesaria la tradición, pues dice que ésta «se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición ficta, generada por el fenómeno jurídico denominado «intervención posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu*. Esta frase no sólo no enlaza bien con la anterior que acaba de expresar la sentencia, sino que supone un salto de perspectiva, confundiendo, al parecer las distintas fases del derecho de adquisición, pues ahora se refiere, al parecer, a la fase de consumación del derecho, en que lógicamente tiene que haber tradición, pues estamos ante un supuesto normal de adquisición de la propiedad. Pero en lugar de diferenciar las dos fases del derecho, la sentencia muestra gran confusión, diciendo al mismo tiempo que estamos ante una excepción de la teoría del título y el modo, y que la tradición se produce *brevi manu* por «intervención posesoria». Obsérvese que ésta es una forma de tradición perfectamente admisible y no significa ninguna excepción a la teoría del título y el modo.

Hasta ahora tenemos esas declaraciones contradictorias. Pero la confusión sube de punto cuando nada más decir lo anterior acerca de la «tradición ficta» y de la «intervención posesoria», se nos dice que estamos ante un acto obligacional, pues para la proyección real, y concretamente

con relación a terceros, se requiere el complemento del otorgamiento de la escritura pública. Pues bien, si estamos ante un acto obligacional, es que no ha habido tradición ni tampoco en forma de *traditio «brevi manu»*, a no ser que se entienda que hay diversos grados de tradición y que la única que produce efectos reales es la tradición mediante escritura pública. Naturalmente, así entraríamos en un terreno en el que estamos totalmente de acuerdo, pues basta leer la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 para admitir estas conclusiones, a lo que sirve de ayuda la interpretación de LACRUZ y ALBALADEJO acerca del artículo 1.462. Pero como esto nada tiene que ver con el caso planteado en esta sentencia, que, por otra parte, no se refiere ni tiene por qué referirse a ese problema, es por lo que nos permitimos señalar estas contradicciones de la misma, desde nuestra personal perspectiva, con la única finalidad de orientar al lector en esta materia, y sin entrar a discutir el fondo del problema, pues nos hemos detenido en el aspecto técnico de la exposición de la teoría del título y el modo.

J. M. G. G.

ACCION DE DESLINDE: CORRESPONDE A TODO PROPIETARIO EXISTIENDO CONFUSION DE LIMITES ENTRE LAS FINCAS, SIN QUE EL TRAZADO DE UN CAMINO DE SEPARACION ENTRE LAS FINCAS REALIZADO POR EL DEMANDADO SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ACTOR EXCLUYA LA ACCION DE DESLINDE.—DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO: NO SE PRODUCE CUANDO SE EJERCITA LA ACCION DE DESLINDE CONFORME A UN PRECEPTO LEGAL, SIN TRASPASAR LA BUENA FE Y LA EQUIDAD, SIENDO EXCEPCIONAL Y RESTRICTIVA LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—Don Antonio G. G. formuló demanda contra los cónyuges don José M. C. y doña Cecilia-René T. R., pretendiendo el deslinde de sus propiedades en relación con la finca de los demandados, suplicando se dictara sentencia por la que se reconozca al actor, como propietario de la finca rústica compuesta por las cuatro parcelas descritas en la demanda, el derecho a deslindar y amojonar la misma en aquella parte de su perímetro que confina con la finca rústica de los demandados, y a que el demandante pueda cerrar o cercar su finca por el lugar o línea que resulte del deslinde y amojonamiento que se solicita.

La parte demandada se opone alegando que es improcedente el deslinde por existir ya la línea divisoria entre las fincas, que es un camino construido por la linde, pretendiendo en realidad el actor reivindicar un trozo de terreno propiedad de los demandados.

El Juez de Primera Instancia de Cieza dictó sentencia desestimando la demanda, pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que estimó la demanda.

Los demandados interponen recurso de casación fundándose en la doctrina de que no es viable la acción de deslinde cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, sin confusión de linderos; en la infracción por interpretación errónea del artículo 384 del Código Civil; en la infracción por aplicación indebida de este artículo 384, y en no

aplicación del artículo 7 del Código Civil, relativo al abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la sentencia recurrida fundamenta su criterio estimatorio de la demanda de deslinde: *a)* en tratarse, a través de esta acción, del ejercicio de una inviolable facultad sustancialmente unida al derecho de propiedad por derivarse del mismo, siendo «totalmente imposible rechazar de plano dicha petición»; *b)* aunque la petición realizada de una forma abstracta sobre el derecho a deslindar, dada la redacción del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, «es siempre atendible», procediendo sentar en el curso del juicio las bases imprescindibles para después marcar y señalar con arreglo a derecho la línea de separación de los predios contiguos según las pruebas realizadas; *c)* en que la línea controvertida discurre por el eje longitudinal de un camino, que no es público, construido unilateralmente a su costa por el demandado porque le convenía para un mejor aprovechamiento de su finca, y al hacerlo así invadió parte del fundo que pertenece al actual recurrido sin contar con su permiso; *d)* en que el referido camino, construido sin el consentimiento del actor, separa una pequeña porción de la finca del actor, ubicada en su extremo sur, que ha sido separada del resto por el referido camino, habiendo desaparecido todo vestigio o señal de la antigua línea separatoria de las propiedades de los litigantes; *e)* en que la línea divisoria, que antes respetaba el ángulo del extremo sur de la finca, discurre por la del actor, y no puede convertirse en señal inatacable del verdadero perímetro de las fincas afectadas; *f)* por todo ello, la Sala de Instancia declara el derecho del actual recurrido a deslindar, a amojonar y, en su caso, cercar la parcela de su propiedad en la línea que la separa de la finca del recurrente, línea que ha de fijarse en ejecución de sentencia y que deberá discurrir, al menos, si no resulta otra cosa, por el eje longitudinal que divide en dos partes simétricas el camino existente, «y así respecto al ángulo o esquina ya citado, que hay en el extremo sur de la parcela».

Considerando que la acción de deslinde, que ofrece semejanza con la antigua *actio finium regundorum*, se concede en el Código Civil (artículo trescientos ochenta y cuatro) a «todo» propietario; habiendo concretado esta Sala en sus Sentencias, sobre todo en las de dos de abril de mil novecientos sesenta y cinco y veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y siete, que requiere como supuestos fundamentales la titularidad dominical respectiva por parte del actor y demandado sobre los predios colindantes, y la confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia; de modo que la acción no es viable cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados; y desde otro punto de vista, la finalidad de identificación de la cosa sobre la que se proyecta el poder jurídico derivado del derecho de propiedad ha revelado evidentes afinidades de la de deslinde con la acción reivindicativa, aunque no se confunda con ella, pues si puede deducirse la conjunción con la reivindicatoria, y comporta al mismo tiempo la acción de deslinde un valor declarativo de derechos dominicales ya existentes en una zona de terreno incierta, objetiva o subjetivamente; es decir, que la procedencia del deslinde no puede quedar

impedida por la unilateral actuación de uno de ellos, puesto que estas circunstancias denotan aquella incertidumbre.

Considerando que la doctrina expuesta hace desestimable el primero de los motivos de este recurso, en el que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la no aplicación de la jurisprudencia de esta Sala que se dice recogida en las sentencias que cita, según la cual no procede la acción de deslinde cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, pues se precisa para su viabilidad que entre una y otra finca haya confusión de linderos; y no es admisible este razonamiento porque contraviene, en primer lugar, la apreciación conjunta de la prueba que hace la Sala de Instancia, la que llega a la conclusión de que, en cuanto a la línea divisoria, hay una evidente controversia determinada fundamentalmente por el trazado del camino entre ambos inmuebles, realizado por el recurrente prescindiendo del consentimiento del ahora recurrido y por invadir en un extremo de los confines la finca del mismo recurrido, lo que indudablemente origina una confusión de límites que requiere un nuevo trazado de la línea con participación de los dos propietarios interesados, y prescindiendo de que la línea resulte definitiva coincida o no con la actual; y, en segundo lugar, es insostenible que el recurrente, que actuó para la construcción del camino por su propia y libre voluntad sin requerir asentimiento alguno de su colindante, pretenda que éste le reintegre de unos gastos que dice haber hecho y le reproche no haber acudido a otras medidas legales, como el interdicto de obra nueva y no a la acción de deslinde que la ley sin discriminar confiere a «todo propietario», en especial cuando el colindante pretende unilateralmente fijar la línea divisoria y además trata de impedir que la varíe en lo que le perjudique.

Considerando que en los motivos segundo y tercero, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega, respectivamente, la infracción por interpretación errónea y por aplicación indebida del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, motivos que deben ser también desestimados en cuanto que la sentencia recurrida al reconocer de una manera absoluta el derecho de deslinde a todo propietario no contraviene la norma que se dice erróneamente interpretada, ya que tal declaración la hace evidentemente sobre las premisas fácticas que por apreciación conjunta de la prueba estructuró, de la que se deduce una situación de litigio y controversia entre derechos subjetivos que no puede decidirse admitiendo sin variación la línea divisoria trazada por uno de los colindantes en perjuicio del otro; de donde deriva, a su vez, la recta aplicación que la Sala de Instancia hizo del artículo citado, trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, sobre una resultancia de hecho apreciada según sus soberanas facultades, no controvertidas ni debidamente impugnadas en este recurso extraordinario, de la que en modo alguno puede deducirse que la línea divisoria en litigio se hallare perfectamente identificada y reconocida.

Considerando que no habiendo superado la fase de admisión el cuarto de los motivos de este recurso, procede el examen del quinto y último, alegado también al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos, acusando la no aplicación del artículo séptimo del Código Civil, que prescribe el abuso de derecho o su ejercicio antisocial, y al respecto es de observar que el ejercicio de la acción de deslinde de predios

rústicos contemplada en esta litis se fundamentó en lo dispuesto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, y ha sido esimada por el Tribunal *a quo* previa una apreciación conjunta de la prueba, que puso de relieve que el ejercicio del derecho discutido no fue contrario a la buena fe y a la equidad, y en tales circunstancias no se dan los requisitos del abuso del derecho cuando sin traspasar los límites de aquellos máximos principios de buena fe y equidad se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer un derecho protegido por la ley, sin intención alguna de dañar; siendo de añadir que, como ya ha declarado esta Sala (Sentencias de cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve y siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro), la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo; por todo ello también este motivo debe decaer y con ello ser desestimada la totalidad del recurso.

J. M. G. G.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS MUROS SON SIEMPRE ELEMENTOS COMUNES, YA SE TRATE DE PAREDES MAESTRAS O DE SUSTENTACION, O DE PAREDES DIVISORIAS QUE NO SEAN DE CARGA, POR LO QUE LA DEMOLICION DE LAS MISMAS PARA PONER UN LOCAL EN COMUNICACION CON EL DE OTRO EDIFICIO COLINDANTE EXIGE LA VOLUNTAD UNANIME DE LOS PROPIETARIOS DE LA COMUNIDAD.—RECURSO DE CASACION: NECESIDAD DE PRECISION Y CLARIDAD EN LA CITA DE PRECEPTOS (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—La comunidad de propietarios de un conjunto urbano formuló demanda contra don Amador P. G., exponiendo que el demandado, que había adquirido un local de dicho conjunto, instaló en el mismo una cafetería, ampliándolo a base de suprimir por demolición el muro perimetral externo o pared fondo del conjunto urbano comunicándole con otro local perteneciente a otra comunidad, todo ello sin el consentimiento de la comunidad actora, a pesar de que el muro es elemento común del inmueble. Por tanto, suplica se dicte sentencia en la que se declare: a) Que el muro de cerramiento existente al fondo del local tiene el carácter de elemento común de la comunidad de propietarios demandante. b) Que al haber sido realizada la supresión por demolición de dicho muro sin la preceptiva autorización de la junta de propietarios, tal obra debe ser calificada de ilícita y clandestina, y en su consecuencia, se condene al demandado a reponer dicho muro de cerramiento o pared perimetral de la finca a la situación anterior, cesando en la comunicación con el local perteneciente al inmueble de la propiedad ajena a esta comunidad actora, condenándole igualmente a que se indemnice a la misma en la cantidad que se señale en ejecución de sentencia por todos los daños y perjuicios que traiga consigo la ilícita obra realizada, hasta la reposición de las cosas a la situación y estado jurídico anterior.

El demandado se opone alegando que las obras realizadas consistieron únicamente en tirar un tabique, a fin de unir dos locales contiguos, que

si bien pertenecen a distintos inmuebles, eran de la propiedad del demandado, sin alterar para nada el respectivo estado de cada uno de ellos, siendo incierto que se alterara el sosiego y tranquilidad del complejo.

El Juez de Primera Instancia de León número dos dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba; por falta de aplicación del artículo 16-1 de la Ley de Propiedad Horizontal en correlación con los 12, 13 y 14 de la propia ley; por interpretación errónea del artículo 11 de la ley citada en relación con el artículo 9.º de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, al no tratarse de la desaparición de un muro que afecte a las demás fincas, ni a la estructura, seguridad, salubridad y estética general del conjunto, sino que se trata de un simple tabique de ladrillo que separaba ambos locales.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso.

En el «considerando» primero se dice que «la técnica rigorista de la casación no consiente la cita en bloque de preceptos sustantivos sin la concreta indicación de cuál de ellos, en qué párrafo y en qué concepto se ha producido vulneración».

En el segundo «considerando» se insiste en la misma idea respecto al motivo segundo del recurso.

En el «considerando» tercero se dice lo siguiente:

«Considerando que el motivo tercero, amparado, como el precedente, en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva, aduce interpretación errónea del artículo 11 de la citada ley especial, en relación con el noveno de los Estatutos que rigen la 'Comunidad de Propietarios del Conjunto Urbano S. D.', y ha de ser asimismo rechazado, ya que además de la manifiesta improcedencia de citar como norma vulnerada unos pactos privados cuya posible incorrecta interpretación tendría que ser censurada con apoyo en el articulado del Código Civil referente a la exégesis contractual, claro está que los 'muros' son siempre elementos comunes según el artículo 396 del propio Código sustantivo, se trate de paredes maestras o de sustentación, o sean paredes divisorias o de separación, en cuanto la función de las segundas es la delimitadora del espacio correspondiente al edificio, marcando el perímetro con relación a otro distinto, por lo cual aunque el muro demolido por el recurrente para poner en comunicación los locales de negocio de su propiedad integrados en dos fincas urbanas bien diferenciadas no era verdaderamente una pared de carga, sí constituía un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina, por lo que no podía ser derruido sin la indispensable concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios, tal como exige el artículo 11 en relación con la norma primera del artículo 16, preceptos de los que prescindió el recurrente, propasándose a la eliminación del tabique a su antojo y sin recabar anuencia alguna.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LAS ADQUISICIONES DE INMUEBLES POR EXTRANJEROS, REGULADAS POR LA LEY DE 23 DE OCTUBRE DE 1935, SOLO PRECISARAN AUTORIZACION DEL MINISTERIO DE LA GUERRA CUANDO ESTEN SITUADOS FUERA DE POBLADO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente se ordena bajo sanción de nulidad de pleno derecho que «deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan, a favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935», con lo que la delimitación geográfica de aplicabilidad de la norma ha de hacerse a la vista de la citada Ley y del Decreto de 1936, las cuales disposiciones señalan que es necesaria la previa autorización del Ministerio de la Guerra para que las entidades o individuos extranjeros puedan adquirir en las zonas que establece, cualquier obra, finca o terreno, es exigible siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas.

COMENTARIO.—Actualmente el Reglamento de 10 de febrero de 1978 para la ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, establece en su artículo 37 que en las zonas de acceso restringido a la propiedad, entre las que quedan incluidas todas las islas de soberanía nacional, según el artículo 32 del propio Reglamento, quedan sujetas al requisito de la autorización militar la adquisición por extranjeros de fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, y las obras y construcciones de cualquier clase.

El artículo 38 del mismo Reglamento exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior las zonas que se declaren de interés turístico nacional.

SEGURO DE VEHICULOS: SI ESTAN INCLUIDAS LAS PERSONAS TRANSPORTADAS NO PROCEDE EXCLUIR A LOS FAMILIARES DEL ASEGURADO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El segundo motivo expuesto por el recurrente por el concepto de violación por inaplicación del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, cuyo precepto, que impone el deber de estar al sentido literal de las cláusulas del contrato cuando sus términos son claros, ha de considerarse ciertamente omitido por la sentencia recurrida, la cual ante la póliza de seguros de vehículos a motor suscrita por los interesados, vigente en el momento de producirse el accidente del que deriva la responsabilidad civil demandada, entendió que el contrato que la misma documenta si bien garantiza, por expresa inclusión en su condicionado particular, la responsabilidad civil frente a terceras personas transportadas, no alcanza a los familiares del asegurado, tesis inadmisible a la vista de la clara literalidad del contrato en cuestión, el cual en su condicionado particular, bajo la rúbrica «Garantías a cubrir», consigna en el casillero correspondiente en «personas transportadas» la expresión global «incluidas», utilizando así un incondicionado término cuyo sentido

gramatical y lógico se aviene mal con la salvedad que respecto de los familiares, igualmente transportados, establece la sentencia recurrida, en interpretación que por pugnar con los términos literales del contrato, procede reputar contraria al mandato del artículo 1.281.

EN LA VENTA «A CARTA DE GRACIA», EL COMPRADOR NO ADQUIERE EL DOMINIO RESPECTO AL ENAJENANTE (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La venta a carta de gracia, acogida en el Derecho catalán, que nació en su día de la falta entonces de una organización hipotecaria como hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, y cuyo desarrollo se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio, mediante *empenyament*, obtener dinero cediendo fincas, con la esperanza de recuperarlas; es un convenio determinante de una venta dependiente del vendedor, cuya naturaleza, en definitiva, viene a ser significativa de una situación que transmite al comprador sólo derecho interino, y nunca el de dominio respecto al enajenante, aunque sí respecto a terceros que no resulten amparados registralmente.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE LEASING. DIFERENCIAS CON EL ARRENDAMIENTO NORMAL (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras, antes bien, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos a los que se debe reconducir a unidad esencial, el parecer más autorizado y mayoritario lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme.

Carente el contrato de *leasing* en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil; pero sí aparece regulado en otros órdenes, como es el *leasing* automovilístico, al que se refiere la Circular de la Dirección General de Tráfico de 16 de febrero de 1974, y en el ámbito fiscal, los Reglamentos de 3 de diciembre de 1971 y 10 de enero de 1972, que describen la operación como arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas, que deberán incluir una opción de compra a su favor al término del arrendamiento.

A diferencia del denominado «*leasing* operativo», que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el «*leasing* financiero» o

leasing propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual», rebasan el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía del *leasing*.

Mientras que en el *leasing* operativo la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el *leasing* financiero todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etcétera, del bien financiado, corren a cuenta del usuario.

J. Q. S.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—INTERPRETACION DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD A LA QUE SE APORTA UN NEGOCIO (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime Santos Briz, no da lugar al recurso de casación por infracción de ley, de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número tres, sentando la siguiente doctrina:

Considerando que en el primero de los motivos del recurso, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa error de hecho en la apreciación de la prueba «acreditado —se dice— por los documentos obrantes a los folios cuarenta y seis a sesenta y uno de los autos», formulación que denota una imprecisión evidente al referirse a dieciséis documentos sin discriminar, y aunque en el desarrollo del motivo se concreta el supuesto error del Tribunal *a quo* al derivado de la interpretación de la escritura pública de constitución de sociedad de catorce de julio de mil novecientos setenta y tres, el motivo ha de ser desestimado: *a)* porque el documento especialmente invocado fue interpretado por la sentencia recurrida, y por ello no tiene a los efectos de este recurso extraordinario el carácter de auténtico, pues fue objeto de discusión en el pleito y tenido en cuenta por la Sala de Instancia (Sentencias, entre otras, de ocho de abril de mil novecientos sesenta y nueve, veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno, siete de febrero de mil novecientos setenta y dos y tres y seis de junio de mil novecientos setenta y cuatro; *b)* aunque no fuera así, el documento invocado a efectos de casación no acredita error alguno que resulte de su mera lectura y, por otro lado, el fallo impugnado llega a la estimación de la demanda por el conjunto de las pruebas practicadas en la litis y no podría separarse el citado documento de ese conjunto para ser combatido aisladamente (sentencia de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y siete y treinta y uno de diciembre de mil nove-

cientos sesenta y ocho); c) tampoco se cita a qué cláusula del documento referido corresponde el supuesto error de hecho cometido por la Sala que se halle en contradicción palmaria con lo afirmado por aquélla (Sentencia de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y dos); d) y, por último, el alegado error lo deduce el recurrente no de la mera lectura del documento, sino de una interpretación que hace del mismo y que es lógicamente interesada, faltándole, por tanto, a los efectos de este recurso extraordinario la denominada «literosuficiencia», que esta Sala reiteradamente ha exigido (Sentencias de ocho de junio de mil novecientos sesenta y tres y diez de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, entre otras).

Considerando que en el segundo de los motivos, también al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa ahora error de derecho en la apreciación de la prueba «por violación del artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil» según el cual, «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes»; precepto legal que no fue aplicado por la Sala sentenciadora, ni en los hechos que admite como probados resulta el supuesto de hecho que tal norma contempla, ya que no puede asimilarse a ese supuesto el que en la litis aconteció, consistente en documento privado aportado a los autos por el demandante, suscrito por un tercero y no impugnado en su autenticidad ni en sus firmas, y que la sentencia recurrida, y la de primer grado cuyos considerandos aquélla aceptó, apreciaron en conjunto con el resto de la prueba para llegar a la conclusión de que la sociedad demandada debe a la parte demandante la suma reclamada; sin que la ley procesal prohíba que como elemento probatorio sea aportado documento no suscrito por los litigantes sometido a la libre apreciación judicial en cuanto a su eficacia probatoria, y teniendo en cuenta, como exige el artículo mil doscientos veintiocho del Código Civil, que el que quiera aprovecharse de tales documentos, registros o papeles habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen; efecto jurídico que no ha sido alegado por el recurrente, y sin que en ningún precepto legal se exija que para constituir prueba documental a favor o en contra de los litigantes necesariamente haya de tratarse de documentos firmados por uno de ellos o los dos.

Considerando que no impugnados eficazmente los hechos que la sentencia recurrida sienta como básicos de su fallo, son de tener en cuenta los mismos, a cuyo tenor: a) La entidad demandante remitió unas mercancias no a don A. J. G., como comerciante individual, sino a la empresa denominada «Q.», habiéndose probado que dicho señor ostenta el carácter de administrador único de la demandada, constituida mediante escritura pública de catorce de julio de mil novecientos setenta y tres. b) Esta Sociedad Anónima se constituyó con aportaciones efectuadas por el mismo señor J. y su esposa, y en menor entidad de otros socios, consistentes en bienes y utensilios que venían dedicados a determinada actividad industrial, continuada por la nueva Sociedad (considerandos primeros de ambas sentencias de Instancia). c) Los pedidos y remesas de géneros verificados por la demandante, ahora recurrida, a la recurrente tuvieron lugar unos con anterioridad a su constitución en Sociedad Anónima y otros con posterioridad, refiriéndose la sentencia recurrida a unos y otros, asignando como causa del impago de los mismos no la alegada en este recurso, sino

la mala calidad de las mercancías recibidas. *d)* Consecuencia de esa resultancia fáctica, la Sala *a quo* considera que la Sociedad recurrente, al ser continuadora de hecho de la anterior empresa bajo el mismo nombre «Q.», ha asumido no sólo su patrimonio, sino también sus derechos y también sus obligaciones, en cuanto que el activo patrimonial de la Sociedad Anónima constituida se formó por el que integraba el patrimonio de la empresa individual a la que absorbió.

Considerando que teniendo en cuenta los hechos que en la instancia se declararon probados es desestimable el motivo tercero del recurso, donde al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción de ley por violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita de esta Sala, «según la cual la relación jurídica procesal ha de ser constituida llamando al proceso a todos los que puedan resultar afectados por los pronunciamientos de la sentencia», sosteniendo en el desarrollo del motivo que si la demandada ha sido la Sociedad «Q.», no puede resultar afectado por la sentencia don A. J. G.; conclusión errónea que establece el recurrente sin tener en cuenta que lo único probado en autos, según la Sala de Instancia, es que la demanda se dirige contra una Sociedad Anónima llamada «Q.», y en el fallo se condena únicamente a ésta, por tanto, sin referencia alguna a persona individual o física; tomando el Tribunal de Apelación como presupuestos fácticos los ya expresados de haber apreciado en uso de su soberana facultad juzgadora que la entidad demandada responde de las deudas de la empresa individual que actuó bajo la misma denominación al tener un mismo administrador y residir y operar en el mismo domicilio y haber asumido sus propios bienes y obligaciones, hechos que no han sido debidamente impugnados y que por ello ha de aceptar esta Sala, sin que ello constituya infracción alguna de la doctrina del *litis consorcio* pasivo necesario, como parece entender la recurrente.

Considerando que, por último, el motivo cuarto, con el mismo amparo procesal en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, acusa la infracción por violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo uno, y mil doscientos cinco del Código Civil, adolece, en primer lugar, de acumular en sí dos materias heterogéneas, cuales son la interpretación de los contratos y la novación de obligaciones, poniendo de relieve que infringe en su formulación el artículo mil setecientos veinte de la Ley Procesal citada; además, suscita cuestiones nuevas no planteadas oportunamente en la Instancia y, sobre todo, acusa a la Sala de Instancia de infringir la normativa de la interpretación de los contratos en el artículo invocado, sin cuidarse de demostrar la equivocación del criterio interpretativo del Tribunal de Apelación y olvidando que el mismo sólo puede ser atacado con éxito en este recurso en caso de exégesis desorbitadas, absurdas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas sometidos al raciocinio del juzgador, como ya declaró esta Sala, entre otras, en Sentencias de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y doce de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, y como en el supuesto ahora contemplado la Sala *a quo* apreció racionalmente la resultancia interpretativa en litigio ha de mantenerse en casación su criterio en el particular, y en cuanto a la alegada infracción del artículo mil doscientos cinco del Código Civil, aparte de ser, como ya se indicó, cuestión nueva, no cabe que la

recurrente, como entidad que asumió las deudas de empresa individual que llevaba su misma denominación, invoque la falta de consentimiento del acreedor para esa asunción de deudas, cuando ella misma no consta haya hecho gestión o actuación alguna para obtenerlo, pues era a quien incumbía recabar dicho consentimiento; prescindiendo de que, como declaró la Sentencia de esta Sala de once de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, el consentimiento del acreedor a la sustitución de un primer deudor, que este artículo exige para la validez de la novación, va implícito en el hecho de reclamar el pago al nuevo deudor, que es lo que la entidad recurrida ha hecho en esta litis; por todo ello procede la desestimación de este motivo.

REEMBOLSO DEL PAGO HECHO POR EL FIADOR AL ACREEDOR (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de doña M. C. M., de acuerdo con los siguientes considerandos:

Considerando que no habiendo sido impugnados los hechos en que la sentencia recurrida se basa para la estimación de la demanda, ya que los tres motivos del recurso se apoyan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala ha de tener en cuenta aquellos hechos para la resolución de este recurso extraordinario, los cuales son esencialmente: a) los demandantes, ahora recurridos, en su carácter de fiadores de los demandados obligados frente al acreedor, Banco de Santander, en virtud de una póliza de préstamo y crédito, hicieron pago al acreedor indicado de la suma que reclama, en total dos millones seiscientas cincuenta mil pesetas, pago efectuado mediante el giro de las letras de cambio que se expresan en el documento de fecha ocho de mayo de mil novecientos setenta acompañado con el escrito de demanda; b) del expresado pago hecho por los fiadores al acreedor, dos de los deudores, don J. y don G. C. M., tuvieron conocimiento en la citada fecha de mil novecientos setenta, mientras los otros tres, doña M. y doña C. C. M. y don J. S. F., sólo conocieron tal pago mediante acto de conciliación que tuvo lugar el veintiuno de enero de mil novecientos setenta y seis; c) hace constar la sentencia impugnada que los deudores demandados «no hicieron valer excepción alguna de las que en su caso hubieran podido oponer al acreedor Banco de Santander al tiempo de hacerse dicho pago por los fiadores»; d) consta que los fiadores recurridos hicieron un pago parcial del crédito ostentado por el acreedor frente a los demandados recurrente, y la Sala *a quo* aprecia en el documento número 2 de los acompañados a la demanda, consistente en la mencionada carta de ocho de mayo de mil novecientos setenta, una «obligación asumida por los fiadores frente al Banco de no repetir contra los deudores hasta que no se haya resarcido totalmente el Banco del crédito que contra ellos ostenta», porque tal obligación «sólo vincula al Banco y los fiadores».

Considerando que frente a esa resultancia fáctica, no impugnada por el cauce procesal adecuado en este recurso, y consiguiente conclusión estimatoria en el fallo de la acción ejercitada, el primero de los motivos,

al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «la violación del artículo 1.840 del Código Civil», por entender que el presupuesto primero e inexcusable de la aplicación del señalado artículo 1.840 es «la falta de comunicación por el fiador al deudor del pago hecho por aquél al acreedor», conocimiento que no tuvieron los deudores hasta la celebración del acto de conciliación; razonando seguidamente sobre hechos no acreditados en la sentencia recurrida, para concluir que «todo lo cual abunda respecto al cobro realizado por el Banco y la excepción a él oponible, y aquí esgrimible al no haberse practicado comunicación a los deudores del pago hecho por los fiadores»; motivo que es desestimable, en primer lugar, porque sostiene, en contra del criterio más ponderado de la Sala de Instancia, que el Banco acreedor hizo un cobro que no concreta y que los demandados opusieron unas excepciones basadas en la no comunicación del pago a los deudores, siendo lo cierto que del escrito de contestación a la demanda no resulta opuesta más excepción que la de incompetencia de jurisdicción, que fue desestimada por la sentencia atacada, y que si bien se alegó la falta de comunicación del pago hecho por los fiadores antes de ser verificado, dos de los deudores tuvieron conocimiento de él al ser hecho, según recoge la sentencia recurrida en su cuarto considerando, y los otros tres, si bien consta que conocieron dicho pago después de efectuado, la alegación de este hecho no implica excepción que hubiera de ser estimada y la Sala *a quo* efectivamente la rechazó, ya que el artículo 1.840, a cuyo tenor «si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago», presupone que el fiador puede pagar al acreedor sin notificación alguna al deudor, pues esta notificación no es presupuesto o requisito para poder posteriormente ejercitar sus derechos de reembolso y de subrogación, que le corresponden siempre al fiador por el hecho de satisfacer el crédito, y el único efecto que produce el incumplimiento de ese deber del fiador es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor, y presupuesta esa falta de comunicación de la intención de pagar el fiador, el deudor queda facultado para hacer valer las aludidas excepciones, de forma que el remedio a favor del deudor queda vacío de contenido cuando, como en el caso ahora contemplado, tales excepciones no existían o han sido insuficientes para enervar el derecho de reembolso del fiador, verificándose entonces el regreso del fiador contra el deudor, como apreció la sentencia impugnada, sin ningún género de limitación.

Considerando que en el segundo de los motivos del recurso, con el mismo amparo procesal que el anterior, no denuncia «la violación por no aplicación debiendo serlo del artículo 1.125, párrafo tres, en relación con el artículo 1.113, párrafo primero, ambos del Código Civil», desarrollando el motivo los recurrentes con apoyo en una interpretación, parcial y diferente de la efectuada por la Sala de Instancia, del documento acompañado a la demanda repetidamente aludido, carta del Banco de Santander a los fiadores de fecha ocho de mayo de mil novecientos setenta, en el que el recurso aprecia la existencia de una condición que impide en su criterio «la exigibilidad temporal de la acción de reembolso», con lo cual los recurrentes pretenden deducir a su favor efectos jurídicos de un contrato, que se califica de transacción, entre fiador y acreedor, en el que aquellos obliga-

dos no intervinieron, y sin tener en cuenta que habiéndose efectuado el pago por los fiadores al acreedor en mil novecientos setenta, según consta, seis años después al tener lugar el acto de conciliación intentado, no se ha probado, ni lo aprecia la Sala sentenciadora de Instancia, hecho alguno en el sentido de cobro por el acreedor del crédito que ostentase contra los deudores, efectuado por éstos o persona distinta de los fiadores; todo lo que permite aceptar las conclusiones a que se llega en la sentencia impugnada, debiendo ser rechazado el motivo.

Considerando que en el tercero y último de los motivos, con el mismo apoyo procesal que los anteriores, «se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.838 del Código Civil», motivo que se estructura «como consecuencia de los dos anteriores o de cualquiera de ambos», partiendo de que no es exigible la ejercitada acción de reembolso por los fiadores frente a los deudores recurrentes; motivo que debe ser también desestimado, ya que no habiendo sido impugnado el hecho probado del pago efectuado por los fiadores al acreedor de la deuda que los recurrentes tenían frente al acreedor, este hecho, a tenor del artículo invocado como infringido, es suficiente para que el fiador deba ser indemnizado por el deudor, de conformidad con los conceptos que el mismo precepto indica y que no han sido discutidos en este recurso; ya que de no haber accedido el fallo recurrido a la pretensión de los actores, se hubiera originado un enriquecimiento injusto de los deudores, como reconoció la Sentencia de esta Sala de tres de junio de mil novecientos cuarenta y seis, hallando también su justificación el reembolso de los fiadores en el peculiar carácter que la fianza ostenta como negocio de garantía, que se desenvuelve exclusivamente entre acreedor y fiador, permaneciendo el deudor extraño a ella, lo que no obsta para que tenga un aspecto interno del fiador frente al deudor similar al de la obligación solidaria, aunque no idéntica.

Considerando que la desestimación de todos y cada uno de los motivos de este recurso conducen a la declaración de no haber lugar al mismo en su totalidad, con imposición de las costas causadas a los recurrentes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que proceda renunciamiento alguno en cuanto al depósito para recurrir por no ser conformes las sentencias de Instancia.

J. de M. J.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

DETERMINACION JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO «DAÑO NO REPARABLE TÉCNICAMENTE POR MEDIOS NORMALES», A EFECTOS DE LA DECLARACION DE RUINA.

I. INTRODUCCIÓN

Según se desprende del artículo 183, 2, a), de la Ley del Suelo, *se declarará el estado ruinoso de una construcción en el supuesto de daño no reparable técnicamente por los medios normales.*

¿Qué hay que entender por daño no reparable técnicamente por medios normales?

Al sólo objeto de contestar a esta pregunta se dedican estas líneas, y ello desde la exclusiva perspectiva jurisprudencial.

Evidentes son los múltiples problemas que plantea la declaración de ruina y la ruina en general, desde un punto de vista jurídico, y clara también es la contraposición de los intereses en juego.

Centrándonos en el indicado supuesto es fácilmente advertible que, además de los problemas de prueba que implica, determinar el concepto legal aparece como una labor insegura *a priori*.

Efectivamente, el tema de la *normalidad* o anormalidad es algo relativo y dependerá del criterio de apreciación.

En el supuesto hay, en primer lugar, unos daños. Daños que suponen determinadas *reparaciones*. Pues bien, aparte el tema de su constatación, todo dependerá de la calificación, como normales o anormales, de los *medios* a utilizar.

Si el daño es reparable *técnicamente* por los medios normales procederá la declaración de ruina, y viceversa. En el propio precepto queda constancia de la presencia de un criterio técnico. De aquí que al supuesto se le haya calificado de *ruina técnica*.

El tema es, en definitiva, concretar este concepto.

Aun adelantando que la jurisprudencia viene identificando el supuesto con las perspectivas de reconstrucción, sustitución, etc. ..., de elementos estructurales, importantes, de significada entidad, el tema sigue siendo el de

qué ha de entenderse por reconstrucción, sustitución, etc..., y qué elementos pueden incluirse entre los estructurales, importantes, etc...

Por demás, es fácilmente advertible cómo, si tal es el concepto, el avance de las técnicas arquitectónicas puede hacer que un supuesto que antes sería de ruina, deje de serlo o que para mantenerlo haya de matizarse o ampliar el concepto preexistente.

Toda abstracción es siempre peligrosa, tanto más en temas como el esbozado. De aquí que lo útil sea acudir al casuismo y simple cita de los pronunciamientos de más interés del Tribunal Supremo, limitando éstos a los más recientes y correspondientes al año 1981.

Es lo que se hace a continuación.

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia de *11 de febrero de 1981* es la más adecuada para introducirnos en el casuismo jurisprudencial. Según ella:

«Existen tres clases de ruina: a) ruina física, constituida por daños no reparables técnicamente por los medios normales; b) ruina económica, cuando el coste de reparación de los daños existentes sea superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas, excluido el valor del solar, y c) ruina urbanística, si existen circunstancias urbanísticas que aconsejaren la demolición del inmueble; con respecto a los daños no reparables técnicamente por medios normales, hay que indicar que la normalidad o anormalidad no se refiere a que la técnica que haya que utilizar para hacer desaparecer el daño sea la habitual o extraordinaria que se utilice para la clase de obra que se realice, sino si la técnica que se usa sea la correspondiente a una simple reparación u obra de conservación que exija la higiene o el ornato —medios normales de reparación— o corresponden a una obra de '*consolidación de elementos estructurales importantes de la edificación, que lleva consigo el derribo del elemento dañado y su posterior reconstrucción*' —medios anormales de reparación.»

Igual de genérica es la afirmación contenida en la Sentencia de *1 de julio de 1981*, para la cual hay ruina, según el artículo 183, 2, a), de la Ley del Suelo:

«porque muchos de los daños . que en el repetido dictamen se relacionan afectan a elementos estructurales del inmueble, cuya necesaria reconstrucción excluye su reparación por medios normales».

Aparte otras afirmaciones en el mismo sentido de sentencias cuyo casuismo hace que se citen más tarde, la Sentencia de *10 de noviembre de 1981* entiende que:

«La primera labor a realizar es la de determinar, ante todo, si efectivamente las reparaciones necesarias, cualquiera que sea su cuantía, son o no practicables por procedimientos técnicos normales, en cuyo sentido es necesario afirmar, con el acuerdo recurrido, que no es posible contestar afirmativamente, en vista del concepto que de las mismas tiene la *jurisprudencia* del propio Tribunal, *sintetizable en forma de que tales medios empleables por la técnica consisten en la demolición* para su posterior reconstrucción de algunos elementos de sustentación, estructurales o básicos para la adecuada estabilidad del edificio y la reconducción de éste a su normal estado preexistente.»

La Sentencia de 22 de septiembre de 1981 puede servir de puente para pronunciamientos más concretos y casuísticos. Según ella:

«A la vista de tan pormenorizados estudios de los defectos, técnicamente apreciados, del inmueble objeto de debate, no cabe escapar a la conclusión de que el mismo se encuentra, efectivamente, en una situación que encaja claramente en el concepto jurídico indeterminado de ruina, y más concretamente en el supuesto de hecho contemplado en el apartado a) del número 2 del artículo 182 de la Ley del Suelo, en cuanto sufre daños no reparables técnicamente por medios normales, concepto que ha interpretado la jurisprudencia en el sentido de que los medios exigidos para la reparación impliquen obras de 'reconstrucción', 'no de mera consolidación', relativas a elementos importantes y, sobre todo, estructurales, tales como vigas, pies derechos, entramados, cubiertas, paredes medianeras, etc....»

Añadiendo que:

«La necesaria sustitución de elementos tan marcadamente estructurales como cubiertas, escaleras, medianiles, etc., evidencian en sí mismos el carácter acentuadamente ruinoso del edificio y la exigencia de técnicas fuera de lo común y ordinario.»

Precisando también *cuáles han de entenderse elementos estructurales*, la Sentencia de 26 de junio de 1981:

«Las grietas en muros —denotativos de asentamientos— y destrozos en cubierta, que si bien disimulados con obras superficiales en el almacén de frutas, no logran ocultar, y menos eliminar, las deficiencias estructurales de la construcción, de tal manera que para las tres naves componentes de la finca, sus respectivos deterioros requieren la sustitución de importantes elementos de su estructura arquitectónica —*muros, cubierta*—, cuya ponderación conceptual excluye calificar dichas obras de reparaciones ordinarias o por los medios técnicos normales, dada la reconstrucción que conllevaría de todas y cada una de las edificaciones de referencia en cuanto integrantes del inmueble.»

Según la Sentencia de 7 de julio de 1981:

«A mayor abundamiento, se advierte asimismo la concurrencia de la hipótesis del apartado a) de dicho precepto, porque la jurisprudencia ha establecido que no son reparables técnicamente por medios normales los daños de elementos estructurales o de significativa entidad del inmueble que requieran la demolición y reedificación de aquéllos, y en el presente caso tal trascendencia ha de atribuirse a la reconstrucción de la cubierta, rehaciendo sus faldones y parte del entramado y desmontando todas las telas, aunque quepa aprovechar el 50 por 100 de éstas, a la sustitución del lucernario de la escalera, al derribo y la construcción de nuevo de los miradores integrantes de la fachada principal y de alguna de las cornisas y a la reposición de los techos y suelos de aseos y cocina.»

Según la Sentencia de 9 de julio de 1981:

«Teniendo en cuenta que se aprecia en aquélla un fuerte asien-to por ocasión del plano de cimentación de los muros de escalera y pilares de los dos patios contiguos, manifestándose como consecuencia el desnivel de los forjados contiguos en todas las plantas y la ruptura de los muros de cerramiento de los patios y tabiques contiguos, con fuertes grietas de 45 grados que parten de los ángulos de las ventanas y puertas y recorren los paños ciegos atravesándolos en todo su espesor, y que por la manifestación de algunas grietas parece que dichas lesiones tienen carácter progresivo, en un proceso lento, pero constante, ello nos sitúa también de una manera muy clara dentro del apartado a) del artículo 183-2, porque imponen esos daños obras de realce de cimentación con las demoliciones y reconstrucciones que sean necesarias para efectuarlo, lo que supone que no se trata de un procedimiento normal de reparación.»

Igualmente expresiva es la Sentencia de 15 de julio de 1981:

«En el propio dictamen del Arquitecto don Víctor B. B., aportado por los recurrentes en vía administrativa, se aprecia la existencia de un daño que afecta a un elemento estructural, cuando al enumerar las obras a realizar dice expresamente que éstas consisten 'fundamentalmente en la reparación de la cubierta del edificio, tanto para evitar la penetración de aguas a través de la misma, como para evitar el desprendimiento hacia la vía pública de zonas de los pretilos cuyos revestimientos se encuentran descompuestos', y en el informe pericial practicado en trámite de prueba en este recurso, no obstante las conclusiones contrarias a la declaración de ruina, se describen daños cuya valoración jurídica es de ser constitutivos de ruina física, encajable en el apartado 2, a), del artículo 183 de la Ley del Suelo, en cuanto afectan a elementos calificados de estructurales, por la doctrina del Tribunal Supremo en este sentido, además de los

desniveles observados en las tres plantas del edificio, que manifiestan claramente la existencia de un cedimiento en cimentación o forjados, literalmente se dice que 'en torreón de escalera aparece el techo con desprendimiento de cielo raso cañizo, vigas de madera descompuestas, con apuntalamiento de cabezas por encontrarse el durmiente en muy mal estado', añadiendo, en correspondencia con tales daños, que las obras necesarias consisten en: 'recalce de cimientos en la zona de caja de escalera y colindancia con edificio medianero', 'reposición de alguna viguería en piso de baño y cocina', 'reposición de forjado de torreón de escalera' y 'reparación de la cubierta del edificio'; daños que, como decimos, la doctrina jurisprudencial ha venido declarando reiteradamente como estructurales y, por consiguiente, como no reparables técnicamente por medios normales al exigir para ellos no una reparación simple, sino una reconstrucción, 'aunque sólo sea en parte' —Sentencia de 28 de noviembre de 1975—; así, en la Sentencia de 28 de enero de 1971, se califican de estructurales los 'pies derechos, vigas, entramados, cubiertas, etc.'; en la de 29 de octubre de 1975, 'los muros de descomposición... generalmente agrietados, vigas en su mayoría podridas, suelos abombados'; la de 13 de enero de 1976 habla de 'suelos y techos'; la de 16 de octubre de 1969, de que 'haya de reconstruirse una cubierta', y la de 31 de diciembre de 1974, de 'techumbre'.

Lo anterior, considerado por la sentencia apelada y aceptado por el Tribunal Supremo, se subraya de nuevo en un considerando del propio Tribunal Supremo, diciendo que:

«Basta la existencia de una de las causas legales tipificadas en el precepto mencionado para que tal pronunciamiento deba producirse, que el concepto de obras no reparables por los medios ordinarios de la técnica se refiere, en sentido jurídico, a las que exigen obras de reconstrucción o de sustitución de elementos constructivos o estructurales de la edificación, significación por ello que es mucho más amplia de la que es propia de la ciencia de la Arquitectura, y en el aludido sentido, se ha estimado por este Tribunal que son encuadrables en las obras de la indicada naturaleza, como daños determinantes de la declaración de ruina, las que se refieran a la reconstrucción o revisión de la cubierta, o parte de ella, del edificio en cuestión, así como igualmente las que hagan precisa la sustitución y consiguiente reconstrucción de muros, forjados o viguetas, o también de parte de dichos elementos estructurales.»

Y añadiendo:

«Que es necesario en el edificio objeto de estas actuaciones, de construcción acusadamente antigua, la reconstrucción y reposición de parte de la cubierta de aquél y también de parte de la viguería y forjados del mismo, con necesaria consolidación de la

cimentación dado el cedimiento de ésta; es indudable que estos daños son plenamente encuadrables en los que determinan la aplicación de la causa de ruina del aludido apartado a), motivo bastante para la declaración de ruina del inmueble litigioso.»

Igualmente expresivo es el considerando segundo de la sentencia apelada, que el Tribunal Supremo hace propio en la Sentencia de 26 de octubre de 1981. Dice:

«Que examinado el primero de los presupuestos apuntados, atinente a la reparabilidad de los daños por los medios normales, hay que entender que concurre tal circunstancia cuando se impone la demolición de un elemento estructural del inmueble cuestionado, para que pueda ser posteriormente reconstruido, cual acontece con el edificio litigioso, y ello tanto si se acude al informe del técnico municipal como si se contempla el del Arquitecto señor M. O., pues en el primero, aun abundantes las referencias a la necesidad de operaciones, como 'el desmonte de cubierta consistente en levantar la teja, enripiado de madera y los pares de madera'; 'desmonte de elementos de madera, durmientes en coronación de paredes de carga'; 'desmonte de galerías en las plantas 1.ª, 2.ª y 3.ª, levantando todo lo existente'; 'reconstrucción de galerías en las plantas 1.ª, 2.ª y 3.ª con perfilera metálica'; 'construcción de zuncho de hormigón armado sobre paredes de carga en sustitución de los durmientes de madera, incluso encofrado y desencofrado, armadura longitudinal y estribos'; 'construcción de entramado de cubierta a base de perfiles laminados soldados (pares, correas, etcétera)'; 'construcción de fabricado de ladrillo en formación de cubierta, incluso capa de compresión con mortero de cemento'; 'reposición de soportes de madera por otros metálicos, incluso cimentación con hormigonado'; asimismo en el segundo de los informes citados, se contienen claras alusiones a las obras de reconstrucción, al señalar como necesario el 'desmonte de 70 metros cuadrados de cubierta construida con vigas de madera, enripiado, capa superior de barro'; '70 metros cuadrados de formación de cubierta a base de perfiles laminados en vigas inclinadas, correas de perfiles'; '70 metros cuadrados de formación de bóvedas entre correas a base de ladrillo hueco España, incluso 30 centímetros de capa de compresión de mortero de cemento'; 'desmonte de soporte de madera en planta baja y primera, empotrado en muro perimetral, incluso apeos'; 'reconstrucción de soporte con perfil H. E. B. metálico, incluso zapata de apoyo de hormigón'; 'desmonte de soporte de pequeña sección en patio y reconstrucción con dos perfiles U. P. N. 100 soldados, incluso zapata apoyo de hormigón y forro de rasilla enfoscado'; obras que incluyen la reconstrucción de un elemento estructural, como la cubierta, susceptibles de integrar la causa a) del artículo 183-2 de la Ley del Suelo, según doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias de 22 de diciembre de 1966, 17 de diciembre de 1974 y 15 de noviembre de 1976.»

También se entiende que hay ruina, según el apartado *a)* del artículo 183 de la Ley del Suelo, en la Sentencia de 23 de junio de 1981:

«A la luz de esa conocida jurisprudencia interpretadora, que se refleja, como última consultada, en las Sentencias de aquella Sala de 9 de mayo, 20 de junio, 8 de julio y 30 de septiembre de 1977, ya que apreciar como sustancialmente se aprecian, en un edificio constructivo con más de cien años de antigüedad, con muros de carga de ladrillo macizo el de fachada y el resto de entramado de madera, con relleno de aquella materia y de yeso, 'daños importantes en extensión y número', que se concretan en fuertes desniveles en los forjados, demostrativos de cedimiento de los dichos muros estructurales por insuficiencia o deterioro de la cimentación en grietas generalizadas por esa causa y por movimiento no homogéneo del conjunto de la edificación, enflechamiento de las viguetas de aquéllos y nuevas grietas en su parte inferior y, en fin, pudrimiento de los elementos del entramado de los muros de cerramiento y carpintería por el mal estado de las cubiertas e instalaciones de evacuación de aguas pluviales, en tanto como afirmar que la reparación de tan graves daños impone obras afectantes a partes estructurales de lo edificado, sustitución de componentes sustentadores, demoliciones precisas para reconstruir, que son las precisamente señaladas por la dicha unánime doctrina como las que desbordando el concepto usual y legal de medios técnicos ordinarios de reparación determinen la procedencia declarativa de los actos municipales objeto del presente recurso, y más si son impugnados con tan débil argumento como el de que le presta el dictamen de 'estudio L.', contiene de estimaciones por apariencia, por lo observado 'a simple vista', y de citas legales que escapan de su natural pericia, y del emitido por el Arquitecto que lo verificó a instancia de inquilino distinto del actual recurrente, que si bien muy completo y riguroso en su desarrollo alegatorio, no contradice en realidad los que se le oponen, ya que concluye, después de consignar daños por falta de una cimentación adecuada y en los forjados, con la necesidad de 'realce de la cimentación', 'reparación de los muros de carga', 'sustitución de forjados', más otras medidas de inferior entidad, forma de decir aquél no distinta en su tecnicismo de la resultante en Derecho para subsumirla en la hipótesis legal que se comenta, que, como es sabido, aunque encuentre la causa de su aplicación en el abandono o conducta del propietario, dicha cuestión se halla erradicada de este ámbito administrativo y jurisdiccional, en el que únicamente importa una real situación de hecho que, como afectante a la seguridad e interés público, debe ser eliminada con la declaración de ruina, sea cual fuere la causa productora.»

El Tribunal Supremo, por su parte, confirmará este razonamiento:

«Entre los daños que enumera, se encuentran grietas verticales, en distintas partes de sus muros de carga, sin duda por falta de

cimentación, así como cierto deterioro en los forjados de piso y alero de cubierta debido a la putrefacción de la madera que lo recompone, y entre las medidas a adoptar cita las de realce de la cimentación con hormigón, sustitución de forjados, de piso, sustitución de alero de la cubierta, etc....»

Según la Sentencia de 8 de junio de 1981:

«Tampoco se puede rechazar el estado físico de ruina si se tiene en cuenta que entre los daños se citan el realce de cimentación, la sustitución de forjados de madera en crujía, de tabazón de cubierta, de forjado metálico, etc., y que la ejecución de las obras necesarias exige el levantamiento del tejado y la solería, pues de sobra es sabido que en tales supuestos los daños, al exigir obras de reconstrucción y consolidación, no pueden calificarse como reparables técnicamente, por los medios normales, debiendo, en consecuencia, incluirse el caso de litis en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 183 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 9 de abril de 1976, dado que, como con reiteración tiene declarado esta Sala, una reconstrucción en tales circunstancias representa una solución antieconómica para el propietario, y al mismo tiempo para los intereses generales al perpetuar construcciones vetustas y anticuadas.»

La Sentencia de 20 de mayo de 1981 llama la atención sobre un hecho fundamental:

«Cual es la existencia en aquél de un cedimiento de la deficiente cimentación y de elementos fundamentales del mismo, que afectan gravemente a la estructura del edificio, al producir deformaciones en aquélla, con riesgo para la estabilidad y resistencia de la edificación, daños que no es factible reparar por medios técnicos normales, ya que serían necesarias obras de reconstrucción y no de reparación, con sustitución de elementos estructurales, lo que determina, por esta sola circunstancia, y conforme a una muy reiterada jurisprudencia, la ruina de la mencionada edificación, al estar comprendida en el apartado a) del número 2 del artículo 183 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 »

Para la Sentencia de 26 de mayo de 1981:

«Se desprende con toda evidencia que el edificio objeto de litis, compuesto de planta baja, cuatro plantas de pisos y ático, se encuentra en situación de ruina subsumible en el supuesto del apartado a) del citado precepto de la Ley del Suelo, pues si el inmueble presenta grietas verticales en algunos muros de carga y caja de escalera de cierta entidad, que indican asentamientos en el plano de apoyo y desplazamientos de dichos muros, rotura de la bóveda de la escalera en varios tramos, grietas de la tabiquería de ciertas zonas que indican asentamientos en los forjados de los pisos que los soportan, así como rotura de su unión con algunos muros de carga, flechas y acusadas y algunas grietas en forjados de pisos con pavimentos

levantados, deformados y con cielos rasos agrietados, rotura con desprendimiento en algunos voladizos y las instalaciones muy deterioradas y, en parte, fuera de servicio, deduciéndose de tales lesiones, según el dictamen, que existen fuertes asientos en algunas zonas de la cimentación que han provocado descensos y desplazamientos en algunos muros y caja de escalera con la consiguiente dislocación y agrietamiento, así como flexiones en los forjados y desniveles considerables, y exigiendo la reparación de tales daños profundos recalces en los cimientos hasta llegar al zunchado de muros y cajas de escalera para asegurar en un futuro la estabilidad de la estructura, es indiscutible que tales daños no pueden repararse técnicamente por medios normales, sino que exigen obras de reconstrucción y consolidación, tipificables en el supuesto de ruina que contempla el repetido apartado a) del párrafo 2.º del artículo 183.»

De las sentencias citadas se desprende —y alguna incluso expresamente lo dice— que el concepto legal es más amplio que el técnico, que el proporcionado por la ciencia de la arquitectura y que la referencia a los elementos no tiene por qué ser necesaria a su totalidad.

En este último sentido es de significar, por su claridad, cómo para la Sentencia de 24 de abril de 1981 también:

«Es algo meridianamente claro que el edificio sufre daños no reparables técnicamente por los medios normales, ya que, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1977, *la reconstrucción, aun parcial, de elementos* estructurales fundamentales de un edificio excede de la normalidad técnica de los medios de reparación admisibles.»

En el anterior aspecto esbozado, sin embargo, llama la atención la Sentencia de 19 de septiembre de 1981. En ella se viene a seguir una conceptualización más estricta y menos generosa para la declaración de ruina:

«Aunque puede sostenerse, en general, que en la exigencia de demoler para luego reconstruir —aunque no sea en su totalidad— se encuentra precisamente el concepto límite de la normalidad técnica de los medios de reparación admisibles; ocurriendo otro tanto cuando haya que sustituir elementos estructurales del edificio, pues en tal caso, más que obras de consolidación, se está realmente ante una función reconstructiva —Sentencias de 29 de septiembre de 1979; 11 y 12 de febrero de 1975; 10 de mayo, 20 de junio y 8 de julio de 1977—; es, no obstante, indudable que una solución cabal del problema (cuando nos encontremos ante un supuesto excepcional o de daño no reparable por medios normales) no puede prescindir de un obligado análisis global de la temática planteada, esto es, considerar las características de la edificación y la importancia cuantitativa y cualitativa de los daños o reparaciones a realizar en el edificio —Sentencias de 15 de abril y 21 de mayo de 1980, etc.—, ya que no puede ignorarse hoy que las técnicas constructivas permiten conceptualizar de normales o usuales supuestos de obras, llama-

dos de consolidación en cimientos, estructuras y saneamientos, que encajan dentro de las previsiones de los antiguos artículos 168 y 48-3 de la Ley del Suelo (hoy 181 y 60, respectivamente), sin que pueda ser obstáculo la norma contenida en el artículo 183, 2, a), de la ley, en cuanto prescribe un supuesto de ruina física del edificio con daños no reparables técnicamente por los medios normales, dado que si bien el daño no reparable por medios normales —Sentencia de 30 de abril de 1980— ha de entenderse referido a dificultades técnicas que pueden ofrecer la ejecución de las obras en razón de las características que ofrezcan la estructura y estado de conservación del edificio y con independencia de su coste, es también cierto que en la mayoría de los casos las reparaciones por medios no normales responden a supuestos de verdadero agotamiento de las estructuras y elementos básicos del edificio que imponen demoliciones generalizadas e importantes para luego reconstruir partes principales, aparte de representar en ocasiones soluciones antieconómicas para el propietario (por aproximación o al superar el tope legal del apartado vigente) y opuestas, a la vez, al interés general por tender a perpetuar construcciones vetustas (sin valor) y antihigiénicas —Sentencia de 31 de marzo de 1980.

Que, en definitiva, en el momento actual es muy difícil separar el coste de la reparación del carácter o naturaleza de ésta, ya que el avance de la técnica constructiva permite hoy la realización normal (actuación usual) de obras de consolidación o reparación a fondo de cimientos, estructuras o saneamiento, que sólo encuentran la contraindicación de su alto coste o de los supuestos límites o de real agotamiento de los elementos básicos o de estructura, por superar en estos casos auténticos supuestos de reconstrucción en partes extensas y principales del edificio, con peligro incluso de derrumbamiento (ruina física en sentido propio o tradicional), siendo éstos (el alto coste y el real agotamiento de elementos básicos de importancia cuantitativa y cualitativa) los determinantes del contenido o ámbito objetivo del supuesto de ruina de edificios por esta causa, ya que, en fin, la exégesis razonable de la norma (su naturaleza y alcance) no puede hacerse al margen de un estudio sistemático del artículo 183 en su integridad (dada la indudable interconexión entre supuestos), en relación con lo dispuesto en los artículos 181 y apartados 2 y 3 del artículo 60 y concordantes de la propia ley, informado todo ello por el principio de proporcionalidad que rige o informa, en todo caso, la intervención administrativa en este campo.»

Leído lo que se dice en esta sentencia, se advierte con facilidad la separación o, al menos, matización a la doctrina antes vista.

De aquí que sea de interés no sólo recordar lo que la Sentencia antes citada de *15 de julio de 1981* decía (que la significación jurídica del concepto es mucho más amplia de la que es propia de la ciencia de la Arquitectura), sino además ahora traer a colación otra sentencia en la que se dice clara y expresamente lo contrario.

Se trata de la Sentencia de *24 de septiembre de 1981*, que dice:

«El deterioro irreparable por medios normales de elementos estructurales o esenciales de la edificación, como son las viguetas que sostienen el forjado de la planta segunda y del de la cubierta o terraza, así como las grietas de los muros exteriores de sostén de dichas viguetas, lo que implica la necesidad de sustitución de dichos elementos estructurales, es decir —en palabras jurisprudenciales—, derribar para reponer, sin que pueda servir a paliar tal apreciación el subterfugio o solución engañosa del técnico del actor consistente en sostener las paredes maestras agrietadas con ‘cosidos de zunchos de hormigón armado’, y ‘colocación de viguetas pretensadas de hormigón armado a tope debajo de las metálicas’ para obviar la consecuente necesidad de cambiar las deterioradas y derribar los muros de sostén para reconstruirlos, ya que esta solución evidentemente implica medios anormales o extraordinarios de reparación.»

Y añade, que es imposible:

«Incluir en el concepto de reparaciones por los medios técnicamente normales posibilidades de reparar sin sustituir las paredes maestras, toda vez que los avances tecnológicos no son bastantes para desplazar hacia una calificación de restauraciones ordinarias deterioros que de modo relevante afectan a elementos esenciales de la estructura del edificio, cualquiera que sea el progreso de la técnica arquitectónica en punto a facilitar hoy reparaciones sin sustituir aquellos elementos de la estructura, pues tanto más da que la renovación se produzca desde dentro (cosidos por inyecciones de cemento) como desde fuera con nuevas estructuras adosadas, como lo son las viguetas pretensadas de hormigón a tope debajo de las metálicas, pues si con ello se logra reponer sin derribar ni sustituir la propia índole y aquilatación técnica de los medios de reposición al adecuado destino de habitabilidad de la finca, resultan incompatibles con la teleología legal ahorrante del referido concepto «medios técnicos normales», pues no es la tecnología en sí, sino en función de la situación física de ruina o decaimiento estructural de la construcción (art. 183, inciso 1, del Texto Refundido de la Ley del Suelo) lo que determina y define la calificación de normalidad de aquellos medios, teniendo en cuenta que la actual capacidad de la tecnología arquitectónica incluso enervaría el ámbito de aplicación de la causa a), artículo 183, apartado 2, si dogmáticamente se diera el expresado concepto de medios técnicos normales al alcance y sentido científico que el apelante pretende.»

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos visto una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que se intenta impartir justicia determinando el concepto de daño reparable (o no) técnicamente por medios normales.

El problema se afronta casuísticamente, al tiempo que con afirmaciones más generales que se dan por válidas con base en la jurisprudencia precedente.

Subsumir conceptos más o menos amplios en supuestos de hecho concretos resulta ser así la manera más adecuada de fundamentar los fallos de las sentencias y, como se decía al principio, comprender la real posición de la jurisprudencia.

Aun partiéndose de afirmaciones generales, el concepto puede quedar concretado con una mayor o menor extensión según los casos.

Según se ha visto, la jurisprudencia viene siendo bastante generosa con la declaración de ruina técnica.

Especial interés merece el tema de la incidencia del progreso de la técnica arquitectónica en la determinación del concepto.

J. G. S.

LIBROS

Anuario de Derecho Marítimo. Director: profesor IGNACIO ARROYO. Volumen I, XXVII + 1, 1984 págs. Editorial Karpós, S. A. Hermosilla, número 21. Madrid, 1981.

Pienso que no me confunde el deseo, si señalo un creciente y saludable dinamismo en el panorama actual de nuestros estudios jurídicos. No es preciso concretar sus causas, bastándonos constatar una de sus manifestaciones más relevantes: la continuada aparición de nuevas publicaciones periódicas.

Una nueva revista constituye un hecho que siempre debe acogerse positivamente, sea porque, respondiendo a nuevas ideas y a distintas personas, suponga planteamientos diferentes; sea porque pretenda dedicar atención preferente a sectores concretos cuyo crecimiento cuantitativo y desarrollo cualitativo aconsejan un tratamiento específico. En el caso del *Anuario de Derecho Marítimo*, que constituye la última y más llamativa manifestación del fenómeno que comento, la acogida positiva no sólo se debe por responder a aquellas premisas, sino también se impone, ante todo, por las necesidades o carencias que viene a colmar. En efecto, en un país marítimo como España, con rancia tradición en el Derecho marítimo y con una doctrina que, pese a todo, no ha dejado de ocuparse del mismo, supone un acusado contraste el hecho de que, como bien se dice en la presentación del volumen fundacional, «las aportaciones fundamentales de algunos autores, a veces de singular valor y siempre obligada cita de consulta, permanecen dispersas por falta de un cauce común; los estudios universitarios en esta área se repliegan a medida que avanza el contenido de las disciplinas generales en que se integran; las sentencias de los tribunales invocan con frecuencia normas civiles, reconduciendo el supuesto de hecho al Derecho general y arrinconando así las razones de la especialidad; la deseada reforma del Derecho positivo, reclamada desde las más variadas instancias, se sigue haciendo esperar; los profesionales en ejercicio tropiezan con el obstáculo de la información parca y desactualizada, pues no existen fuentes especializadas de consulta, y el lenguaje, en fin, se empobrece, porque se recurre, cómodamente quizá, a términos, giros y expresiones extranjeras con el consiguiente descuido del idioma».

Es ésta la situación ciertamente precaria, que el *Anuario de Derecho Marítimo* quiere afrontar, partiendo de unos presupuestos expresamente declarados y que, pienso, encontrarán una generalizada aceptación. En primer término, una concepción interdisciplinar, en la que confluyen el Derecho marítimo y el Derecho del mar, el Derecho público y el privado, que, si supone la superación del modelo jurídico-científico del siglo XIX, se asienta también en fundamentos históricos, ahora reactualizados por los cambios operados en la utilización del mar. En segundo lugar, el reconoci-

miento de la internacionalidad de la materia, porque hace tiempo que no existe un *mare nostrum*. Finalmente, el alejamiento tanto del conceptualismo como del practicismo de los contenidos, buscando, por el contrario, responder a las necesidades concretas del tráfico, sin menoscabo de las exigencias que deben rodear a toda publicación científica, porque dentro de la categoría de los juristas sobre la distinción entre teóricos y prácticos. Se busca, pues, una síntesis tridimensional entre tradición y novedad coherente con el objeto estudiado: «el conjunto de relaciones jurídicas que nacen en, o se desarrollan con, el mar».

Indudablemente, la empresa acometida no es fácil, pero tampoco la calificaría, incurriendo una vez más en el tópico, de «aventura», porque, sin riesgos, puede insinuarse ya un balance final altamente positivo. Se cuenta con un activo fijo que garantiza la solvencia: el volumen I, que además de contener más de mil páginas repletas de interés, ha sido muy cuidadosamente editado. Se cuenta también con un elemento inmaterial, pero no menos importante, que consiste en el tremendo esfuerzo desplegado por el director de la publicación, verdadero autor del volumen (y no sólo de algún trabajo que en él se contiene), que a sus títulos de presentación (catedrático de Derecho mercantil, LL. M. Harvard) y a sus publicaciones científicas (recordamos, entre otras, la *Distribución del riesgo en el Derecho marítimo*, *Protection and Indemnity Clubs*, *Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación*, *La venta forzosa del buque*, *Oportunidad y vigencia del Derecho de la navegación*, etc.), añade ahora una consoladora prueba de que también en el mundo universitario —tan lleno de iniciativas, pero las más de las veces tan falto de acción— es posible un triunfo absoluto del «optimismo de la fuerza de la voluntad» sobre el «pesimismo de la inteligencia» (propia y ajena), máxime cuando no quedan lejanas otras experiencias, otros intentos (*Revista de Derecho Marítimo*, *Anuario de la Asociación Española de Derecho Marítimo*, *Revista Española de Derecho Marítimo*) que no pudieron, acaso porque los tiempos eran otros, consolidarse.

Estimo que las opiniones expresadas encuentran una cumplida justificación en el contenido de este primer volumen del *Anuario*, que paso a describir. La primera parte («Doctrina») constituye un magnífico exponente de la síntesis buscada, porque a la necesaria reflexión sobre el concepto y realidad actual del Derecho marítimo (IGNACIO ARROYO: *El Derecho marítimo*), siguiendo una serie de trabajos cuya autoría y denominación son, al respecto, sumamente significativos: E. DU PONTAVICE: *La evolución del Derecho del mar y del Derecho marítimo*; M. J. PELÁEZ: *La legislación histórica barcelonesa de seguros marítimos en su proyección italiana*; A. SÁNCHEZ ANDRÉS: *La avería gruesa en relación con el proceso evolutivo de la responsabilidad del porteador marítimo*; NAGENDRA SINGH: *Pabellón del buque y responsabilidad del Estado (Nacionalidad del buque y nacionalidad del Estado)*. A la sección doctrinal sigue la de «Varia», en la que se contienen trabajos de muy distinto contenido: desde el tratamiento de los problemas de la pesca española ante la revisión del Derecho del mar o de la reforma del Estado y de la Administración en materia de navegación marítima. pasando por el estudio de los aspectos procesales del Convenio de 1975 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que naveguen por alta mar, hasta el examen de determinadas cuestiones de materias tradicionales en el Derecho marítimo, como el seguro, el transporte o la avería gruesa.

Bajo la denominación «Panorama de Derecho comparado», el *Anuario* nos ofrece cerca de ciento cincuenta páginas que constituyen una magnífica fuente informativa sobre la situación del Derecho marítimo en un elevado número de países (diecinueve), incluyéndose novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, avalada además por la autoridad de las firmas de prestigiosos juristas extranjeros. El apartado «Organismos relacionados con el tráfico marítimo» es en realidad un fundamental complemento del anterior, en la medida que atiende la actividad y trabajos que en estos últimos años han desarrollado organismos de la significación de la UNCTAD, UNCITRAL, IMCO, OIT, CEE, CMI, BIMCO, CCI, ISF, INTERTANKO, además de los nacionales Asociación Española de Derecho Marítimo, Asociación de Liquidadores de Averías, Consejo Superior de Usuarios del Transporte.

El capítulo dedicado a la «Legislación y crónica parlamentaria», se abre con la reseña de la legislación nacional de interés marítimo, a la que siguen las secciones de «Práctica española de Derecho internacional marítimo» (que refleja la situación de los tratados internacionales), «Información parlamentaria» y de comentario de disposiciones tributarias con incidencia en el tráfico marítimo. Siguen las páginas dedicadas a la «Jurisprudencia», que contienen reseñas de las sentencias del Tribunal Supremo; de las Audiencias Territoriales de Barcelona, Las Palmas, Oviedo, Pamplona, Sevilla, Tenerife y Valencia, y de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central, además de un apartado de comentarios a la jurisprudencia y otro informativo sobre laudos y decisiones jurisprudenciales extranjeros.

En la sección de «Crónicas y noticias», se ofrece la actualidad diaria del Derecho marítimo, mientras que en la de «Documentación», se reproducen algunos hitos especialmente destacados de la misma, de acceso no siempre fácil, como anteproyectos de leyes, contratos-tipo, convenios y acuerdos internacionales. El capítulo de «Bibliografía», se ordena en torno a los conceptos de «libros» (de los que se proporcionan reseñas, noticias y elenco de títulos recibidos) y de «revistas», de las que se reseñan los trabajos aparecidos en las más destacadas de la especialidad. Finalmente, los «Índices», de buques, casos y sentencias citados, aseguran la mayor funcionalidad del gran volumen publicado.

Nunca mejor dicho, porque la cabida es mucha. Pero junto a la magnitud, deseo destacar la calidad, pues se trata de una gran obra por su orientación, contenido y presentación. Su futuro, espero que el mejor, porque el esfuerzo realizado y los resultados conseguidos merecen sobradamente la solidaridad de cuantos nos interesamos por el Derecho marítimo.

Porf. Dr. LUIS Fco. J. CORTÉS DOMÍNGUEZ

Costums de Tortosa. Estudis 1979. Centre Associat de Tortosa. Universitat Nacional d'Educació a Distància. Tortosa, 1979, 407 págs. en un volumen.

Como en la *Introducción* nos recuerda JAVIER MARTÍNEZ PALACIO, director adjunto del Centro, el 15 de mayo de 1277 se daba la sentencia definitiva en el contencioso sobre *Costums* de Tortosa por los tres árbitros nombra-

dos de común acuerdo por la Señoría y la Ciudad, poniendo así fin al largo pleito que habían mantenido sobre su redacción; todavía el 24 de mayo de 1279 se añade una *costumbre*, cerrándose el largo período de formación de las *Costums*, que en lo sucesivo ya no sufrirían variación.

Para conmemorar este VII Centenario del *Llibre de las Costums*, efeméride importante para la historia del Derecho —especialmente de Cataluña—, se quiso organizar un Congreso de historiadores del Derecho en el Centro Asociado, que por diversas vicisitudes no se llegó a celebrar. Los trabajos aportados por diversos especialistas, a solicitud del Centro, se han reunido en el volumen del que ahora damos noticia.

Pero el Derecho de Tortosa no es sólo historia, pieza de museo; bien que no con la extensión reflejada en el *Llibre* —que no contenía solamente Derecho privado— y con las modificaciones impuestas por la evolución jurídica y social, que lo han reducido, sigue siendo Derecho vivo, como he podido comprobar durante la permanencia de varios años en Tortosa, y sus huellas pueden encontrarse en los protocolos notariales de nuestros días y en los libros del Registro de la Propiedad, en definitiva, en la vida jurídica actual. El Derecho peculiar de Tortosa y sus términos aparece en el artículo 2 de la Compilación de Cataluña como uno de los supuestos de Derecho local de poblaciones o comarcas que ha de observarse «en el mismo territorio que desde antiguo aquéllos comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él», bien que las referencias al mismo son escasas en la Compilación: artículos 58 y 59 (agermanement o pacto de mitad por mitad); 109 (institución de heredero); 148 (cuarta marital); 222, 3 (herencia distribuida en legados), y 323, 3 (renuncia acción rescisoria en contratos de carácter oneroso).

Pero volvamos a los *Estudis*; los recogidos en el volumen son fundamentalmente de materias relacionadas con la historia del Derecho, pero los traemos aquí por la escasa atención que las instituciones y fuentes del Derecho tortosino han merecido de los estudiosos, aunque, dado el contenido habitual de esta REVISTA, daremos una breve referencia, con la salvedad que luego se verá, por la misma razón expuesta.

Los trabajos se agrupan en la obra en dos partes. La I, de carácter general, recoge los referidos al aspecto historiográfico de la formación y fuentes de las *costums* en el contexto socio-político del siglo XIII. La II, de carácter particular, reúne los que examinan la esencial relación de las *Costums* con otro *corpus* paralelo, los *Furs* de Valencia, o tienen como objeto el análisis concreto de algunas instituciones.

La primera parte se abre con «Observaciones sobre el sentido del vocablo *costum*», tema abordado por JUAN BENEYTO. y en él se hacen una serie de consideraciones en torno a la dualidad fuero-costumbre.

El estudio de «Las redacciones iniciales de usos y costumbres de Tortosa» es de JOSÉ MARÍA FONT RIUS y centra su atención en las colecciones o recensiones iniciales del Derecho tortosino anteriores a los Cuerpos, bien identificados ya, de 1272 y 1277-79, esto es, desde la Carta Puebla de 1149 a la «Composició d'en Gallart de Josá» de 1272, y se hace referencia a algunos ecos de las primeras recensiones usuarias tortosinas en las compilaciones definitivas.

Cierra esta primera parte «La Gestació dels Codis de 1272 i 1279», de JESÚS MASSIP I FONOLLOSA, que viene a continuar y completar la anterior exposición, y en él se analizan los manuscritos de que se tiene noticia,

comenzando por el manuscrito *Consuetudines*, fechado el 28 de noviembre de 1272.

La segunda parte se inicia con el estudio «*Las Costums de Tortosa y los Fori-Furs de Valencia*», de AQUILINO IGLESA FERREIRÓS, en el que se comparan los títulos de ambos *corpus* con el Código justiniano, buscando también los posibles modelos de los primeros cuando no se basan en el Código.

«La concordancia de les *Costums de Tortosa* y els *Furs de Valencia*» es estudiada por ARCADÍ GARCÍA I SANZ, quien partiendo de la consideración de que la fuente inmediata del sistema estructural de las *Costums* más importante señalada es los Fueros de Valencia, presenta algunas observaciones sobre la correlación de las rúbricas de ambos, sobre las modalidades o variantes de la concordancia de los textos; pretende fijar las imprecisiones cronológicas y la posible influencia de la Suma provenzal *Lo codi*. Sobre la hipótesis de un texto de los Fueros más antiguo que el hasta ahora conocido, destaca el criterio científico y original con que los redactores tortosinos aprovecharon el modelo valenciano, ciertamente hecho de retazos, para darle una homogeneidad técnico-jurídica que aquél no tenía.

«El testamento de Tortosa sin institución de heredero» es el tema abordado por M.^a ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, con el subtítulo «Configuración y consecuencias jurídicas del mismo en el Derecho histórico y en la Compilación de Derecho civil catalán». Detengámonos en su contenido:

a) Funcionamiento del testamento tortosino sin institución. Señala la autora que la introducción en un sistema hereditario tan romanizado como el catalán de un principio totalmente contrario, como es el testamento sin institución, provoca una serie de alteraciones en este sistema, y examina varios problemas:

1) Naturaleza de este testamento. Las *Costums* reconocen la vigencia de un testamento con institución —regulado de forma prácticamente coincidente con el Derecho romano— y otro tipo que no la contenía; aparte se reconocía la vigencia del codicilo, pero el testamento sin institución no era un codicilo —ni lo es en la actualidad—, puesto que su contenido puede ser el de cualquier testamento y no tiene las limitaciones que en este campo afectan al codicilo.

2) Incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada. Distintas opiniones en la doctrina; para la autora, si hay nombramiento de heredero, en las *costums* existía total incompatibilidad, y en la Compilación también por aplicación de los artículos 97 y 267, que no señalan excepción para Tortosa, y si el testamento no contiene institución, valdrá como tal testamento, aunque en realidad va a funcionar como codicilo, lo que provocará el llamamiento de los herederos abintestato, dado que es imposible que una persona fallezca sin un heredero, lo que no implica compatibilidad, porque la incompatibilidad se da siempre entre dos títulos de heredero que tienen distinta fuente (una legal y otra voluntaria), pero no se produce nunca a nivel de disposiciones particulares, como son las que se contendrían en este tipo de testamento.

Cuando el testador se limita a excluir a uno de los herederos abintestatos de su sucesión, sin nombrar para nada a los otros, para la autora se daría un llamamiento tácito en favor de los demás herederos intestados no excluidos, con lo que heredarían no en virtud de un título legal, sino testamentario.

3) La posibilidad de distribución de toda la herencia en legados plantea diversas cuestiones que, o bien no han estado nunca reguladas, o bien estándolo en las *Costums* quedan sin ella en la actualidad, y señala: la aceptación del legado (el art. 222 es norma nueva en Derecho tortosino, sin precedentes en las *Costums*, pero si el testador ha nombrado heredero o bien cuando quede vacante un legado sin derecho de acrecer entre los colegatarios, al entrar el sucesor intestado, como heredero, deberá ser él quien entregue la posesión de las cosas legadas); la responsabilidad por cargas de la herencia (regulado en las *Costums*, no en la Compilación, habrá de aplicarse el art. 891 del Código Civil), y el derecho de acrecer entre legatarios (la regulación de las *Costums*, no recogida en la Compilación, lleva a la autora a concluir que debe abrirse la intestada si no hay derecho de acrecer, y en este caso será el heredero el responsable de las deudas de la herencia, aunque deberá reducir los legados en la parte proporcional para poder hacer frente a las cargas hereditarias), pudiendo detraer la falcidia, y si es heredero testamentario podrá hacerlo, si el testador no lo ha prohibido, en virtud de los principios del Derecho catalán en la materia.

4) La revocación del testamento sin institución, por la parca regulación que la Compilación efectúa de la materia de la revocación testamentaria, unida a la insuficiente regulación en este mismo supuesto de las *Costums*, está necesitada de la oportuna elaboración doctrinal.

Dada la posibilidad de otorgar un testamento sin institución de heredero y suponiendo que exista uno anterior que sí la contenga, para la autora el segundo derogará totalmente al primero y sólo podrá mantenerse la institución del primero cuando conste de una forma clara que ésta ha sido la voluntad del testador. En Tortosa es posible la existencia de un testamento meramente revocatorio de los anteriores, excluida la necesidad de institución de heredero.

5) El Derecho interlocal y el testamento tortosino. El artículo 109 de la Compilación catalana lo relaciona con el estatuto personal, por lo que la persona que ostente la vecindad local tortosina (adquirida conforme al artículo 14 de la Compilación) puede otorgar este tipo de testamento, sea donde sea el lugar en que se halle y sea cual sea la forma testamentaria que utilice. Para la autora, nos hallamos ante una cuestión relativa al estatuto personal y no relativa al formal.

b) Orígenes del testamento sin institución de heredero. Una serie de autores se manifiestan en favor del origen visigodo de la especialidad (por ejemplo, PERMANYER). La autora constata cómo en textos consuetudinarios de época muy cercana en el tiempo a las *Costums* se produce el rechazo de la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento, así en las Costumbres de Montpellier y en los Fueros de Valencia, y más dudoso este principio en las Costumbres de Lérida y el Privilegio de Barcelona de 1339; dado que en el Bajo Imperio se puede apreciar una relación de la necesidad de la institución, quizá los textos consuetudinarios constituyen un fenómeno de reacción frente a la creciente influencia del Derecho romano, y la proximidad de las fechas de la Recepción y de los textos examinados viene a demostrar esta hipótesis.

Luego del estudio anterior, JUAN ANTONIO ARTAS BONET se ocupa de las «*Regulae iuris* en las Costumbres de Tortosa y en las Consuetudines de Valencia». Las expresiones *regula* y *regulae iuris* son estudiadas en función

de los vínculos que cabe advertir entre el *Corpus iuris* justiniano, de un lado, y el *Llibre de les Costums* de Tortosa y las *Consuetudines* de Valencia, de otro.

El último de los trabajos recogidos en el volumen es «La *Inquisició* en las Costums de Tortosa», tema abordado por JOAQUÍN CERDÁ RUIZ-FUNES, en el que, en relación a este tipo de procedimiento penal, se examina su introducción en las *Costums*; se cotejan y comparan distintos textos tortosinos entre sí y con las Decretales de Gregorio IX; se destacan los rasgos esenciales del procedimiento, los casos en que se puede practicar y la organización judicial especial, y se termina con una referencia a la «huella» documental en los archivos y a su reflejo en otras fuentes jurídicas españolas.

En España hay muchas bellas, nobles y viejas ciudades que no son noticia, de las que casi nunca se habla; Tortosa es una de ellas, y merecía la pena que no pasase desapercibida, que no se silenciase su aportación, la de sus hombres, al Derecho con motivo del VII Centenario de las *Costums*.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

GIMÉNEZ CANDELA, TERESA: *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*. EUNSA (Ediciones Universidad de Navarra, S. A.). Pamplona, 414 págs.

Esta monografía incide en el debatido tema de la noxalidad romana, es decir, de la responsabilidad del hijo o del esclavo por los delitos que cometa, pero de un modo nuevo, pues la autora aborda este estudio desde el punto de vista de la práctica pretoria en el proceso por los delitos de personas sometidas a potestad.

En particular, esta obra trata de clarificar el régimen de una acción *in factum*, hasta ahora mal comprendida por la romanística, que viene a suplir una acción noxal ordinaria hecha imposible por la respuesta negativa del demandado acerca de la *potestas* sobre el esclavo, es decir, la acción *sine noxae deditione*. Con este estudio se establecen asimismo las bases para proceder a una nueva revisión crítica de algunos problemas concernientes al régimen civil de la acción noxal ordinaria, a saber: la legitimación pasiva en dicha acción, la fórmula adecuada para demandar en un juicio noxal, etc.

Esta obra pone de manifiesto cómo el estudio del régimen pretorio de una institución jurídica puede contribuir al progreso de la investigación romanística.

R.

