

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIX • Noviembre-Diciembre 2003 • Núm. 680

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Ángel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: Una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista», por MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ	3085
«Algunas consideraciones sobre el dinero, el depósito y la prenda», por CARLOS BLAS DE CAÑETE	3113
«De nuevo, sobre la multipropiedad: La exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria inscripción registral en el nue- vo régimen de aprovechamiento por turno (una réplica cordial)», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA	3145
«Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: De la califica- ción al dictamen de conciliación sobre Condiciones Generales», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA-VALDECASAS ALEX	3171
«La norma fundamental del Derecho o el unicornio jurídico», por CÉSAR A. LÓPEZ SÁNCHEZ	3239

DICTÁMENES Y NOTAS

«Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia espa- ñola», por BENITO ARRUÑADA	3271
«Recurso gubernativo <i>versus</i> judicial», por MANUEL FIGUEIRAS DACAL	3291
«La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: Pro- blemática del nuevo recurso judicial», por CELESTINO PARDO NÚÑEZ	3337
«Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad», por PEDRO LUIS SERRERA CON- TRERAS	3361

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Comentario de urgencia sobre la Disposición Final tercera de la Ley Orgánica 5/2003, de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al artículo 20 de la Ley Hipotecaria», por VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD	3381
---	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	3395
--	------

COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Capacidad. Revisión de la sentencia constitutiva de incapacidad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	3407
---	------

1.2. Derecho de familia:

— Convenio regulador. Denegación de la inscripción de ciertas cláusulas, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	3410
---	------

1.3. Derechos reales:

— Hipoteca. Cancelación parcial, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	3413
— Hipoteca. Cancelación de hipoteca en garantía de obligaciones al portador, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	3417

1.4. Obligaciones y contratos:

— Opción de compra. Caducidad pero con subsistencia de gastos singulares cuando, finalmente, acaba vendiéndose a quien en su día fue optante, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3424
— El incumplimiento mínimo no priva de la acción resolutoria que el artículo 1.124 del Código Civil concede, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3426

— Indemnización de daños y perjuicios, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3428
— Suspensión de pagos. Efectos respecto del arrendamiento financiero, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3429
— La solidaridad contractual no precisa que se explice en el contrato, basta con que se deduzca de los hechos y de la voluntad de las partes, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3431
— Promesa de venta de vivienda. Incumplimiento del vendedor, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3433
— Lucro cesante. El dolo como causa del incumplimiento contractual, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3434
— Incumplimiento en la venta de inmuebles, por ISABEL MORATILLA GALÁN	3435

1.5. Responsabilidad civil:

— Responsabilidad civil médica. Doctrina del daño desproporcionado, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	3437
— Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de causas, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	3443
— Responsabilidad extracontractual. Contrato con arquitecto, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	3445

2. DERECHO MERCANTIL

— Reducción de capital en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, por AURORA CAMPINS VARGAS	3447
---	------

3. URBANISMO, por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

— Silencio administrativo positivo e inscripción de segregación. Su posible traslación a otros actos urbanísticos con trascendencia registral, por VICENTE LASO BAEZA	3452
---	------

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	3465
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«El legado alternativo», de CARLOS CUADRADO PÉREZ, por TERESA ECHEVARRÍA DE RADA	3489
«Tratado de responsabilidad civil», de L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador), por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ	3489

REVISTA DE REVISTAS	3497
----------------------------------	------

ESTUDIOS

Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista

SUMARIO: PLANTEAMIENTO. I.—LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA.—II. EL FALLO Y SU FUNDAMENTACIÓN.—III. EL RECURSO A LOS DERECHOS FORALES.—IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—V. DISCUSIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASA LA SENTENCIA PARA SOSTENER LA TESIS DUALISTA EN QUE SE FUNDAMENTA EL FALLO: A) SOBRE EL CRITERIO DELIMITADOR ENTRE LOS DOS PRETENDIDOS TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE: 1. *Finalidad*. 2. *Naturaleza de los sujetos que conciertan la relación*. B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE APLICAR NORMAS IMPERATIVAS A LOS DERECHOS DE SUPERFICIE CONCERTADOS ENTRE PARTICULARES. C) SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: 1. *Ausencia de regulación de orden privado del derecho de superficie*. 2. *Implicaciones de la ausencia de regulación privada del derecho de superficie*. D) CONCLUSIÓN FAVORABLE A LA TESIS UNITARIA E INCIDENCIA EN LA POLÉMICA DE ACONTECIMIENTOS RECIENTES.—VI. EL LITIGIO DESDE LA PERSPECTIVA ADECUADA: LA DE LA TESIS UNITARIA. VII.- LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUPERFICIE A LA VISTA DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: A) ANÁLISIS DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD: 1. *El derecho de superficie sobre fincas ya construidas*. 2. *El derecho de superficie sobre finca independiente*. 3. *Posible significación de la ausencia de recurso contra la negativa del Registrador a inscribir*. B) LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA A EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

PLANTEAMIENTO

Venía pensando, desde hace algún tiempo, en la conveniencia de profundizar en el estudio de los requisitos formales de constitución del derecho de

superficie, cuando me brinda una ocasión única para ello la reciente sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 26 de noviembre de 2002 (Ponente: señor ROMERO LORENZO) que precisamente aborda un conflicto relacionado con el carácter de la inscripción registral del mismo.

La sentencia, para solventar el litigio, se pronuncia sobre la polémica entre la tesis unitaria y dualista, que intenta dar respuesta al primer y principal interrogante que surge cuando se enfrenta el estudio de cualquier asunto relacionado con el derecho de superficie: ¿existen en nuestro Ordenamiento una o dos clases del mismo? Este problema se encuentra íntimamente ligado al de la determinación de la normativa que le es aplicable y, en consecuencia, la postura defendida al respecto, condiciona el régimen aplicable en materia de requisitos formales de constitución del derecho de superficie.

La sentencia se pronuncia, clara y contundentemente, a favor de la tesis dualista, mientras que, personalmente, considero que en nuestro Ordenamiento jurídico sólo hay una clase de derecho de superficie. Por tanto, lo que pretendo, con este estudio, es demostrar la equivocación del Tribunal Supremo al fundamentar su fallo en la tesis dualista, evidenciando la debilidad de los argumentos que la sustentan. Además, analizo el litigio desde los postulados de la tesis contraria, la unitaria, que es la que yo considero adecuada, y que permitiría llegar al mismo fallo.

I. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

Se exponen claramente en el Fundamento de Derecho Segundo en los siguientes términos:

A) El 10 de marzo de 1989, en documento privado, suscrito por los litigantes se pactó:

- a) La cesión al señor C. del derecho de superficie sobre el local número 1 de los nueve previstos para la ampliación de la zona comercial de la urbanización, por precio de 15.018.000 ptas.
- b) Su destino exclusivo sería el de oficina de farmacia, comprometiéndose el señor C. a la obtención de los permisos necesarios.
- c) El señor C. autorizaba a la Asociación a contratar las obras de construcción del local aludido.

B) Realizada la construcción de los locales comerciales, la Asociación otorgó escritura de obra nueva, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

C) En escritura pública de 29 de mayo de 1990, la Asociación cedió al señor C. el derecho de superficie sobre el local, por el precio estipulado y plazo de 99 años.

D) Solicitada la inscripción registral correspondiente, fue la misma denegada porque los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, porque conceptualmente no se consideraba posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprendía del artículo 16 del RH y del 289.3 de la Ley del Suelo. Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes hubieran formulado recurso gubernativo contra dicha calificación.

El titular del derecho de superficie interpone demanda solicitando que se:

«Declare la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie concertado entre la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, y don Ricardo C. E. en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes, don Emilio López Mélida el día 29 de mayo de 1990. B) Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, condene a la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, a restituir a don Ricardo C. E. la cantidad de 15.752.823 ptas. con el interés legal que corresponda desde las respectivas fechas de pago de las cantidades que integran esta suma hasta su abono al demandante. C) Alternativamente, para el supuesto de que no se declarase la nulidad del contrato, se decrete su resolución por haber desaparecido la base del negocio que lo sustentaba, condenando a la demandada a restituir a don Ricardo C. E. la cantidad de 15.752.823 ptas. con sus intereses. D) Condene a la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, a pagar las costas del presente procedimiento».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, que, sin embargo y tras el correspondiente recurso de apelación, es estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (13.^a) en los siguientes términos:

«Fallamos. Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de don Ricardo C. E., contra la sentencia dictada, en fecha 25 de abril de 1995, por la señora Juez de Primera Instancia número 1 de Alcobendas (Madrid), en juicio de menor cuantía número 46/94, promovido por la precitada persona contra la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas El Fresno, de Fuente del Fresno, sita en San Sebastián de los Reyes (Madrid), representada por el Procurador don Federico José Olivares de Santiago, debemos

revocar y revocamos la referida resolución, y en su consecuencia, estimando la demanda rectora del presente proceso, debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie concertado sobre el local comercial número uno entre las partes litigantes, en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes, don Emiliano López Melida, el día 29 de mayo de 1990, condenando a la parte demandada, hoy apelada, a estar y pasar por esta declaración y, previa restitución por el actor-apelante del local objeto del contrato a la Asociación demandada, ésta deberá devolver a aquél la suma de 15.752.823 ptas., más el interés legal desde la fecha de sus respectivas entregas, con expresa imposición a la parte demandada del pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las devengadas en este recurso».

Esta sentencia es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo por la Asociación de Propietarios de chalets y parcelas Fuente del Fresno. Entre los motivos del recurso que nos interesan desde la perspectiva del derecho de superficie, cabe destacar que se alega aplicación indebida de la Ley del Suelo de 1992, e interpretación errónea de la doctrina aplicable al objeto del debate, en relación a la adquisición derivativa del derecho de superficie. Se esgrime la inaplicación de los artículos 350, 1.611 y 1.655 del Código Civil y de la doctrina aplicable en materia de constitución y derecho de superficie entre particulares. Además, se alega inaplicación de los artículos 1.278, 1.279 del Código Civil sobre la libertad de forma, legalidad y eficacia de los contratos al margen del Registro. Además, se aduce interpretación errónea de la jurisprudencia del TS señalada en las sentencias de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420) y 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243).

II. EL FALLO Y SU FUNDAMENTACIÓN

El Tribunal Supremo, por su parte, estima el recurso de casación interpuesto y revoca la sentencia de la Audiencia, confirmando la de Primera Instancia que había desestimado la demanda y declarado válido el derecho de superficie.

De manera que, finalmente, no se estima la pretensión del actor de que se declarara la nulidad del derecho de superficie y, en consecuencia, le fuera devuelta la suma de unos quince millones de pesetas que había abonado en contraprestación por la constitución del derecho.

Para estimar el recurso, el Tribunal Supremo se basa fundamentalmente en que la inscripción registral del derecho de superficie concertado entre parti-

culares no tiene carácter constitutivo, de tal manera que, pese que se haya denegado la inscripción registral, el derecho real existe y deben cumplirse las obligaciones asumidas en el contrato de constitución del mismo.

Para llegar a sostener esta postura, el Tribunal Supremo se ve obligado a pronunciarse a favor de la tesis dualista que defiende la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir en nuestro Ordenamiento jurídico común: el derecho de superficie propio del ámbito del Derecho Privado, que —según la sentencia— es el concertado entre particulares; y el que se incardina en el ámbito urbanístico, que —también según la sentencia— es aquel en que interviene alguna Administración Pública y al que se le aplican los preceptos que, sobre derecho de superficie, contiene el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS) de 1992.

Teniendo en cuenta que el derecho de superficie que origina el litigio es concertado entre particulares, el Tribunal Supremo considera que se trata de un derecho de superficie propio del ámbito del Derecho Privado, al que no se le aplica la normativa contenida en la legislación urbanística. Se consigue, de este modo, eludir la aplicación del artículo 288.2 del TRLS de 1992, que establece el carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho de superficie.

Esto permite al Tribunal Supremo considerar que, pese a la negativa del Registrador a inscribir, se ha constituido válidamente un derecho real de superficie entre las partes. Consecuentemente, su titular no puede pretender la devolución de la suma que pagó por la constitución del mismo.

Pero, pese a que el apoyo fundamental de la sentencia sea la defensa de la tesis dualista, se alude a otros argumentos que no deben pasarse por alto. En este sentido, hay que destacar cómo la sentencia hace referencia a que en Derecho catalán y navarro la inscripción registral del derecho de superficie no tiene carácter constitutivo. Además, la sentencia se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que —afirma la sentencia— nunca ha exigido la inscripción registral para la creación entre particulares de este derecho. Veamos, primeramente, estos argumentos, que podemos calificar de argumentos menores o a mayor abundamiento, para pasar después a analizar la defensa de la tesis dualista por parte de la sentencia.

III. EL RECURSO A LOS DERECHOS FORALES

Con respecto a los Derechos forales, la sentencia alude a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra (1) y al artículo 3 de la Ley catalana 22/2001, los

(1) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 414 y sigs.

cuales, efectivamente, no exigen la inscripción registral como requisito constitutivo de la eficacia del derecho de superficie.

El argumento que aquí emplea el Tribunal es poco sólido en la medida en que la forma en que se regula esta materia en los Ordenamientos forales no determina, evidentemente, que la regulación tenga que ser la misma en Derecho común. Cada Ordenamiento tiene su propia y peculiar configuración en lo que se refiere al derecho de superficie y, por lo tanto, no es fácil trasladar de un Ordenamiento a otro las conclusiones a las que se llega en relación a los diferentes problemas que suscita este derecho.

Para evidenciar las diferencias de regulación y concepción del derecho de superficie en los diferentes Ordenamientos privados mencionados basta con poner de relieve dos ideas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, si bien en Derecho común la única normativa referida al derecho de superficie es la de los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992, en los Derechos forales que menciona la sentencia existe duplicidad de regulación de la figura, ya que se contempla esta figura tanto en normas que podrían incardinarse en el ámbito del Derecho Privado, como por normas que pueden considerarse primordialmente de Derecho Público. En Derecho navarro, concretamente, el derecho de superficie se regula no sólo en las Leyes 427 y siguientes del Fuero Nuevo, sino también en los artículos 275 y 276 de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo. En Derecho catalán, la regulación de orden privado del derecho de superficie se contiene en la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, mientras los artículos 240 a 242 del Decreto legislativo catalán 17/1990, de 12 de julio, representarían el ámbito público de regulación del derecho. Y todavía cabe diferenciar la regulación urbanística catalana de la navarra: mientras en la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, se regulan los aspectos de Derecho administrativo de la figura para cuando lo conciertan personas públicas y se limita a establecer los fines para los que las Administraciones Públicas pueden concertar el derecho de superficie, el procedimiento de constitución y su carácter oneroso o gratuito, en el Decreto legislativo catalán se regula con bastante minuciosidad el derecho de superficie, de manera similar a como lo hace el TRLS de 1992 en el ámbito del Derecho común, lo cual introduce, en este segundo caso, un factor más de distorsión, en el que no es momento de entrar.

En segundo lugar, me gustaría poner de relieve también la diferente forma en que se concibe la figura en Derecho común y en Derecho navarro. El derecho de superficie implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria, de manera que la configuración de dicho principio puede marcar, en cierta forma, la caracterización de aquél derecho en cada uno de los Ordenamientos. Así, la Ley 427 del Fuero Nuevo de Navarra lo formula

dándole un carácter dispositivo (2), mientras, en Derecho común, a dicho principio —contenido en el art. 358 del Código Civil— debe otorgársele carácter imperativo (3).

Lo que quiero significar, con la exposición de estas ideas, es que cada Ordenamiento regula de muy diferente forma esta institución y las soluciones no se pueden extrapolar de un Ordenamiento a otro.

Por otra parte, quiero resaltar que la competencia de la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma catalana para dictar las normas que cita la sentencia como apoyo de su decisión y referidas a la constitución del derecho de superficie, se deben entender dictadas —entiendo— en función de la competencia que tienen en materia de Derecho civil y no por su competencia en urbanismo, como parece decir la sentencia.

IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Los recurrentes alegan también, en su apoyo, la doctrina jurisprudencial contenida en algunas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, concretamente, se refieren a las sentencias de esta Sala de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984.

Con respecto al tratamiento jurisprudencial de los requisitos de constitución del derecho de superficie en Derecho común, considera esta sentencia del TS, de 26 de noviembre de 2002 que, *no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares del derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo*.

De las sentencias que los recurrentes alegan como infringidas, una se refiere a un supuesto de Derecho navarro, y otra, aunque el supuesto que contempla se califica expresamente como un caso de derecho de superficie, creo que puede plantearse una duda razonable sobre si, realmente, se trata de un supuesto de derecho de superficie.

La sentencia del Tribunal Supremo de *1 de febrero de 1979* (RJ 1979/420) se refiere a un caso de Derecho navarro. En dicha sentencia se pretende, por una de las partes, que se declare la existencia de un derecho de superficie; el Tribunal Supremo dice que no existe tal derecho porque no se consigue probar su existencia, afirmando la necesidad de categórica constitución del mis-

(2) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 427 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 373 y sigs.

(3) ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 44 y sigs.

mo; sin embargo, no menciona la necesidad de inscripción registral para su válida constitución. No obstante, hay que tener en cuenta que en Derecho navarro, conforme establece la Ley 428, el derecho de superficie es *inscribible* (4), pero su inscripción no tiene carácter constitutivo. De modo que es normal que esta sentencia no se refiera a dicho requisito formal de constitución, puesto que en Derecho navarro no se exige.

Por otro lado, es cierto que la sentencia de *15 de junio de 1984* (RJ 1984/3243), se pronuncia de manera favorable a la libertad formal en materia de derecho de superficie, pero también es cierto que creo que el supuesto que provoca el litigio no es un verdadero derecho de superficie. La sentencia en cuestión versa sobre la disolución de una comunidad que recaía sobre una granja de ganado porcino que se había instalado sobre el terreno privativo de uno de los comuneros. La sentencia, que califica el supuesto como un caso de derecho de superficie, viene a decir, en lo que se refiere a los requisitos formales de constitución, que rige el principio de libertad formal. Entiende la sentencia que la construcción de la granja se hizo en base a la constitución de un derecho de superficie sobre la finca de uno de los comuneros. Sin embargo, creo que cabe dudar de que realmente se trate de un derecho de superficie, ya que existía un elemento común —la granja— y un elemento privativo —el solar—, de modo que la disociación de la propiedad inmobiliaria no era absoluta como la que provoca el derecho de superficie. En mi opinión, se trata más bien de una comunidad, contemplada expresamente en el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil, al que tan escasa atención se le ha dedicado (5): *Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuera común...* Evidentemente, en materia de comunidad, rige absoluta libertad de forma. Sin embargo, pese a mi valoración personal del supuesto que contempla esta sentencia, es cierto que, el Tribunal Supremo estima que se ha constituido un derecho de superficie sin que haya habido constitución registral del mismo.

La sentencia objeto de comentario también menciona la *sentencia de 27 de marzo de 2001* para apoyar el carácter no constitutivo de la inscripción registral. Sin embargo, quiero destacar que, en la misma, más bien parece decirse lo contrario. La demanda que origina el litigio que resuelve dicha sentencia pretendía que se declarase la existencia de un derecho de superficie que no había sido constituido formalmente. Dice la sentencia en relación al

(4) ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 424 y sigs.

(5) Sobre este artículo, vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 205 y sigs., 223 y sigs.

artículo 16 del Reglamento Hipotecario: *el citado precepto hipotecario, aparte de proclamar que para que sea eficaz el derecho de superficie a favor del superficiario ha de estar inscrito ... precepto éste que hace más difícil el éxito de la pretensión del demandado ya que evidentemente para la validez del derecho ... se necesita nada menos que esté inscrito, por considerar la inscripción constitutiva, es claro que es muy difícil la estimación de la pretensión de la parte actora, que carece, ya no sólo de escritura pública, sino de cualquier otro documento escrito que demuestre la constitución de este derecho real sobre bienes inmuebles...*

Pero no es esta la única sentencia en que se afirma claramente el carácter constitutivo de la inscripción registral, sino que también la de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993/1223), pese a tratar un supuesto de derecho de sobreedificación, alude al carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho de superficie.

Tras el análisis de estas sentencias, parece que la línea jurisprudencial en materia de requisitos formales de constitución del derecho de superficie no es tan claramente favorable al carácter no constitutivo de la inscripción registral, como parece deducirse de la sentencia de 26 de noviembre de 2002.

V. DISCUSIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASA LA SENTENCIA PARA SOSTENER LA TESIS DUALISTA

A la vista de la fundamentación de la sentencia, es evidente que se opta en ella de manera clara y contundente, por la tesis dualista que reconoce la existencia en nuestro Ordenamiento jurídico de dos clases de derecho de superficie para construir: la propia del ámbito del Derecho privado, y la urbanística, inserta en el Derecho público (6). Se vierten en la resolución

(6) Sostienen esta teoría: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, págs. 162, 180 ó 173; FUENTES LOJO, JUAN V., «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1967, pág. 581; FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 30; RUANO BORELLA, JUAN PABLO, «Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales», en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, T.I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 688 y 711; RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS JAVIER, «Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie», en *Actualidad Civil*, 1988-2, en las págs. 2935 y sigs., pág. 295; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, volumen segundo, *Derechos rea-*

diferentes argumentos en apoyo de tal opinión, que, personalmente y como he expuesto en otros lugares, no comparto (7). He seguido la estela de ROCA SASTRE (8) y de otros autores (9) que, desde que se promulgó la primera Ley

les limitados Situaciones de cotitularidad, 2.^a edición, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, el § 49, dedicado al derecho de superficie, se encuentra a cargo del profesor don AGUSTÍN LUNA SERRANO en las págs. 274 y 278; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 1288; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II, *Derecho de cosas*, Volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a edición revisada por el profesor don JACINTO GIL RODRÍGUEZ, editorial Reus, Madrid, 1994, págs. 468 y sigs. Más recientemente, defiende esta tesis, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996, págs. 117, 203, 273, 280, 287, etc. También admite esta doble tipología esta misma autora en «Algunas consideraciones en torno al lease-back en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, págs. 1396-1397.

(7) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 65 y sigs.

(8) Entre los defensores de una concepción unitaria del derecho de superficie cabe incluir a ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961. Este autor no se pronuncia expresamente sobre este problema, limitándose a poner de relieve en las páginas 13-14: *...hasta que una Ley Administrativa de Urbanismo, Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 reguló el derecho de superficie de cuño moderno en cinco de sus artículos...* (vid. sobre la postura de ROCA SASTRE en la polémica la nota número 36 al pie de la pág. 70 de mi libro *La construcción en finca ajena...*, cit).

(9) MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, «El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, diferencia dos tipos de derecho de superficie, pero en la página 761 se cuestiona si la Ley del Suelo puede regir el derecho de superficie ordinaria ya que, dice el Código no desarrolla su régimen y, finalmente, entiende aplicables algunos artículos de dicho precepto a lo que él denomina superficie ordinaria o común. Más recientemente se ha pronunciado claramente a favor de la tesis unitaria en «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, págs. 443 y sigs. También cabe citar a VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, ANTONIO, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio según la legislación vigente)*, editorial Bosch, Barcelona, 1963, pág. 12; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 239. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, editado por el Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 191; parece optar por una interpretación integradora de las dos regulaciones, refiriéndose a una continuidad entre ambas regulaciones; en la página 193 dice que *el ordenamiento establecido por aquella Ley —la Ley del Suelo— es aplicable en Derecho Privado en suplencia de la laguna legislativa de éste*. También puede incluirse dentro de esta corriente a AMENGUAL PONS, PEDRO J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, núm. 532, pág. 635, donde opta por una regulación unitaria del derecho de superficie. BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, «El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pese a que admite dos tipos de derecho de superficie

del Suelo en el año 1956, que ocasiona y da sentido a la polémica objeto de análisis, han venido afirmando, con mayor o menor rotundidad, la existencia de una sola clase de derecho de superficie regido por la normativa contenida en las Leyes del Suelo que han venido sucediéndose a lo largo del tiempo.

Conviene resaltar que el problema de diferenciación entre los dos tipos de derecho de superficie es también el de su regulación. Se trata, en definitiva, de determinar si el derecho de superficie siempre debe gobernarse por la normativa contenida en la Ley del Suelo —tesis unitaria—, o, si por el contrario, como sostiene la tesis dualista, algunas relaciones superficiares quedarían sometidas al Derecho privado, escapándose del rígido corsé que supone la legislación urbanística, cuyas normas son, en lo que se refiere al derecho de superficie —en gran medida— imperativas. Los autores que sostienen esta segunda posición, por tanto, deben encontrar el criterio que, en su opinión, caracteriza la superficie urbanística frente a la propia del ámbito privado, y, además, también deben determinar la regulación aplicable a esta segunda, ya que no hay normativa específica en Derecho común, habida cuenta de que es unánime la opinión que sostiene que no es aplicable al derecho de superficie el artículo 1.655 del Código Civil que, en otro tiempo, se le aplicó.

A) SOBRE EL CRITERIO DELIMITADOR ENTRE LOS DOS PRETENDIDOS TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE

Me parece conveniente evidenciar, en este orden de cosas, que dentro del grupo de autores que participan de la tesis dualista reina el desacuerdo en cuanto al criterio de distinción existente entre los dos tipos de derecho de superficie, sin que ninguno de los que se han propuesto haya sido adoptado como elemento caracterizador que definitivamente delimite a uno y otro tipo. Esta circunstancia es, a mi modo de ver, bastante significativa, puesto que revela, cuando menos, que el Derecho positivo no establece tal criterio distintivo de una manera clara y terminante —si es que no revela, que es lo que

—págs. 1244 y 1245—, integra la normativa existente: así en la página 1245: *Estimamos equivocada la opinión doctrinal que sostiene que la regulación que establece la vigente Ley del Suelo es específica de la superficie urbanística y que, por tanto, no cabe extra-polar sus preceptos a aquellos supuestos en que el derecho de superficie se constituye con fines distintos a los urbanísticos.*

Entre los que más recientemente sostenemos de manera abierta la tesis unitaria cabe citar, además de mi libro *La construcción...*, cit., y el artículo de MEZQUITA DEL CACHO en la *Revista de Derecho Privado* de 2000 ya referido, a CÁMARA ÁGUILA, M.^a DEL PILAR, «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 1655.

yo creo, que el Derecho positivo no establece tal diversificación—. Dejando al margen esta reflexión personal, el hecho de que el Derecho positivo no establezca indubitadamente ese criterio, se va a traducir en la debilidad de todos y cada uno de los diferentes criterios propuestos doctrinalmente como puntos de apoyo para la distinción. Además, debe tenerse en cuenta que la pluralidad de criterios de diferenciación propuestos no puede ampararse en la cambiante legislación urbanística, porque, pese a ser cierto que se han sucedido en el tiempo importantes alteraciones normativas referidas a la ordenación del suelo, tales cambios apenas afectan a la regulación que dichas normas contienen sobre el derecho de superficie, la cual se ha mantenido prácticamente inalterada desde la primera Ley del Suelo de 1956 hasta nuestros días.

La sentencia que origina nuestro comentario alude expresamente a varios de los criterios de catalogación propuestos desde las tesis dualistas para diferenciar las dos clases de derecho de superficie que, en su opinión, existen. Se refiere literalmente a *la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen*.

Acertadamente, la sentencia no alude al *tipo de suelo* sobre el que se constituye el derecho como criterio para distinguir entre uno y otro tipo de derecho de superficie. Digo acertadamente, porque entiendo que este criterio de distinción pierde relevancia al desaparecer de la Ley del Suelo de 1976 la mención que contenía la Ley de 1956 y que sirvió a algunos autores para considerar que sólo el derecho de superficie constituido sobre suelo sometido a planeamiento estaba sujeto a la legislación urbanística, y que, algunos autores mantuvieron después por inercia (10). Tal criterio ha perdido, por tanto, la virtualidad, que algunos autores —discutiblemente— le atribuyeron, como criterio en torno al cual operar la distinción referida.

(10) En este sentido, vid. MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, en *El derecho real...*, cit., 1957, pág. 754, dice: «*Planes de ordenación*», concepto este último que significa que el campo de aplicación preciso de este derecho de superficie será el de terrenos urbanísticamente ya ordenados...»; GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho...*, cit., 1966, pág. 178; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración del derecho...*, cit., 1967, pág. 581; también FONT BOIX, VICENTE, *El derecho de suelo...*, cit., 1967, pág. 30; por su parte, CAMPOS PORRATA, ALBERTO, en *El renacido...*, cit., 1972, pág. 239, dice lo siguiente: *dada la índole de la Ley y lo reducido de su ámbito por la mención de edificaciones comprendidas en Planes de ordenación...*; PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Fundamentos...*, T. III, vol. 2.º, 1979, cit., pág. 154; DOMENGE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho...*, cit., 1983, págs. 100-101, considera que la Ley del Suelo sólo va referido a los derechos de superficie sometidos al marco de los planes de ordenación urbana; también RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS-JAVIER, en *Retroprogresivismo...*, cit., 1988, pág. 2954, se manifiesta en este sentido: *La Ley del Suelo alcanza tan sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los Planes de Ordenación Urbana...*; y, también, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Tomo III, *Derecho de*

Más relevancia revisten en la actualidad los otros dos criterios a los que sí alude la sentencia: el de la finalidad perseguida con la constitución del derecho (11), y el de la naturaleza de los sujetos que constituyen el derecho de superficie (12). Como ya he expuesto en otro lugar, ninguno de estos criterios resuelve satisfactoriamente, a mi entender, el problema de la distinción entre estas dos pretendidas clases de derecho de superficie (13).

1. *Finalidad*

La finalidad que se persigue con la constitución del derecho no puede erigirse en criterio delimitador.

Con respecto al constituido por los particulares, el artículo 287.2 del TRLS establece que no existe, en ese caso, ninguna limitación de destino, de modo que en tal supuesto es evidente que la finalidad no es el elemento que determina la aplicación de la Ley del Suelo, y que, por lo tanto, permita calificar la relación de urbanística.

En cuanto al que conceden las Entidades Públicas, hay que decir que el derogado artículo 287.1 del TRLS de 1992, que establecía una limitación de destino, en el sentido de que sólo podían constituirlo para fines de interés social o viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, no está vigente en la actualidad. En cualquier caso, tal limitación de destino no cabía entenderla como si fuera de esos casos la regulación aplicable fuera otra diferente a la contenida en la Ley del Suelo, sino que había que interpretarla en el sentido de que, sólo cuando se perseguía tal finalidad, podían las entidades públicas constituir derechos de superficie sobre terreno de su propiedad o del patrimonio municipal; en ningún caso, cabía entender que ese destino era criterio de delimitación del campo de aplicación de la Ley del Suelo al derecho de superficie constituido por las entidades públicas, sino una limitación para la constitución del derecho por las mismas.

Bienes, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena*, edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 220: *La regulación de la L. S. alcanza sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los planes de ordenación urbana.*

(11) Vid. entre otros, FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración del derecho...*, cit., 1967, pág. 581; PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Fundamentos...*, T. III, vol. 2.º, 1979, cit., pág. 154; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, y GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, en *Derecho Civil...*, cit., 1994, pág. 470.

(12) DE LA IGLESIA MONJE, M.ª ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, págs. 108, 273, 279. También en «Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, págs. 1396-1397, en que califica la modalidad urbanística como la dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración.

(13) Vid. para un análisis más profundo de estos argumentos, ALONSO PÉREZ, M.ª TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 103 y sigs.

En relación con la finalidad como elemento diferenciador entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, se ha dicho también que es urbanística la superficie cuando se usa para *intervenir en el mercado del suelo*; sin embargo, es preciso advertir que el derecho real de superficie, es, en sí mismo, un instrumento jurídico que incide siempre en dicho mercado.

2. *Naturaleza de los sujetos que conciertan la relación*

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa la sentencia para defender la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir es el de la naturaleza de los sujetos. Algunos partidarios de la tesis dualista consideran que el derecho de superficie urbanística es el concertado por las *entidades públicas*, siendo urbana la que vincula a particulares (14), de modo que la Ley del Suelo sólo sería aplicable al primero. La importancia de este elemento en el debate la ha calibrado convenientemente la sentencia que ha dado pie a nuestro estudio (STS de 26 de noviembre de 2002), pues el mayor esfuerzo argumentativo se centra en sostener la inaplicación de la Ley del Suelo a un supuesto de constitución de derecho de superficie entre particulares.

La sentencia empieza su argumentación, resaltando el dato de que, efectivamente, en la Ley del Suelo, *tanto en su primitivo texto, como en los sucesivos, se mencione la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie*.

Para empezar, me sorprende que se haya pretendido erigir —no por esta sentencia sino por una parte de la doctrina— el criterio de la naturaleza de los sujetos como delimitador entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, siendo que las sucesivas Leyes del Suelo se refieren expresamente, como manifiesta la sentencia, a la constitución del derecho de superficie por particulares.

Entiendo que los términos en que la Ley del Suelo alude a los particulares permiten afirmar, en contra del parecer de la sentencia, que las relaciones superficiarias que conciertan los particulares se contemplan en dicha Ley para someterlas a su ámbito de aplicación. Entenderlo de otro modo, nos llevaría a interrogarnos sobre el sentido de tal mención. Además, resultaría complicado desentrañar en qué casos las relaciones entre particulares se someten a los dictados de dicha Ley del Suelo y en qué casos no. Con respecto a este último interrogante, la sentencia parece inclinarse por considerar aplicable a

(14) DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, págs. 108, 273, 279. Más claramente en: *Algunas consideraciones...*, cit., 1996, págs. 1396 y 1397, en que califica la modalidad urbanística como la dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración.

los particulares la normativa sobre el derecho de superficie contenida en la Ley del Suelo únicamente cuando los actos y negocios que lleven a cabo sean *para su propio y particular provecho y sin incidencia o interferencia alguna en finalidades u objetivos que por su trascendencia social han de ser tutelados o controlados por la acción de la Administración*. Es decir, la sentencia pretende usar el criterio de la finalidad, no ya para diferenciar entre superficie urbana y urbanística, sino para discernir entre relaciones entre particulares a las que se les aplica la Ley del Suelo y a las que no. Sin embargo, esta consideración contradice el propio artículo 287.2 del TRLS de 1992 que expresamente dice: *El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior*. Por ello, entiendo que el TRLS de 1992 está contemplando el derecho de superficie concertado entre particulares con independencia de la finalidad que se persiga. Y, además, considero que lo contempla para regularlo, ¿qué sentido tendría, de lo contrario, su mención?

B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE APLICAR NORMAS IMPERATIVAS A LOS DERECHOS DE SUPERFICIE CONCERTADOS ENTRE PARTICULARES

La sentencia, pese a la mención que, a los particulares contiene el artículo 287.2 de la Ley del Suelo entiende que dicha Ley no regula el derecho de superficie concertado entre particulares. Pretende explicar que carece de sentido aplicar a dichas relaciones las normas imperativas contenidas en dicha Ley.

No puede negarse el carácter eminentemente imperativo de los artículos que el TRLS de 1992 dedica al derecho de superficie, a la vista de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 287.3, que establece que *se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente por las normas del Derecho privado*. Se deja escaso margen a la autonomía de la voluntad, ya que, conforme al tenor de la Ley, sólo podría pactarse libremente la forma de la contraprestación, la posibilidad de transmisión y si el derecho es susceptible de gravamen o no.

Como considero que la Ley del Suelo se aplica a las relaciones entre particulares, entiendo que les son aplicables las normas imperativas que establece la Ley del Suelo. Pero, es más, en contra del parecer de la sentencia, entiendo que, si se analiza la forma en que el Ordenamiento jurídico configura el derecho de superficie sí se encuentran razones que justifiquen el carácter principalmente imperativo de su regulación.

El derecho de superficie implica, según opinión unánime de la doctrina, la derogación del principio de accesión inmobiliaria plasmado en el artículo 358 del Código Civil y que no es sino una aplicación del artículo 350 del

mismo cuerpo legal referido a la extensión vertical del dominio. En lo que ahora nos interesa, estos preceptos tienen una finalidad muy concreta, que fue convenientemente destacada por Díez PICAZO (15): procuran una más clara atribución de las titularidades, de manera que su eficacia se traduce en que sobre cada solar recaiga exclusivamente una sola titularidad; lo contrario, supondría tener que admitir situaciones que, desde el punto de vista de los principios que informan nuestro Ordenamiento jurídico en materia de propiedad inmobiliaria, no cabe calificar sino de anormales y que serían generadoras de inseguridad jurídica.

Atendiendo a esta circunstancia, y tras un análisis pormenorizado de los artículos 350 y 358 he considerado que el principio que se deriva de los mismos se configura en nuestro Ordenamiento jurídico con carácter imperativo (16), nos guste o no, cuestión en la que no entro. Por lo que no es de extrañar que, si alguna norma con rango legal permite la derogación de dicho principio por los particulares —como ocurre con la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo—, la posibilidad de dicha derogación se someta a normas imperativas.

C) SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por último, la sentencia considera que la Ley del Suelo *con esta mención* —la que hace a los particulares— *no está pretendiendo derogar al Código Civil*. Al hilo de esta consideración, nos vamos a adentrar en el estudio del gran problema que afecta al derecho de superficie: el de su régimen jurídico.

1. Ausencia de regulación de orden privado del derecho de superficie

La polémica entre las tesis unitaria y dualista se traduce en un debate sobre el régimen jurídico aplicable al derecho de superficie.

La tesis unitaria considera que se aplica la normativa urbanística a cualquier derecho de superficie que se constituya. Las tesis dualistas, por el con-

(15) Díez PICAZO, LUIS, en su artículo «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, págs. 847-848, cuando dice: *Pero seguramente lo que debe tenerse en cuenta en este punto no es tanto ese dogmático poder absorbente del dominio del suelo, que responde a ideologías en trance de superación, sino un criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obra que es socialmente útil y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes.*

(16) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 44 y sigs.

trario, no es que no hayan resuelto el problema de la distinción entre unas clases y otras de derecho de superficie, sino que crean, a mi modo de ver, otro problema de mayor envergadura que el primero, cual es el de la determinación de la normativa aplicable al derecho de superficie propio del ámbito de Derecho privado.

El gran inconveniente de las tesis dualistas es que no existe un cuerpo normativo específico para el derecho de superficie en el ámbito del Derecho privado (17). En efecto, el artículo 1.611 ha perdido virtualidad normativa en lo atinente al derecho de superficie (18). Por otro lado, toda la doctrina conviene en que el artículo 1.655, que en su momento se entendió aplicable al derecho de superficie, hoy ya no se puede entender que en el supuesto de hecho de dicho precepto se encuentre el derecho de superficie (19). Y, en efecto, así es desde la primera Ley del Suelo, momento a partir del cual el derecho de superficie deja de concebirse como un censo —que articula la existencia de varios derechos de propiedad sobre un mismo objeto—, para pasar a ser considerado como una institución de disociación del dominio, es decir, un derecho cuyo ejercicio provoca que un mismo solar —que normalmente sería un único objeto de propiedad— sea susceptible de varios derechos de propiedad al disociarse en varios objetos, por ejemplo, el suelo y el edificio; motivo, por el cual ya no le es aplicable el artículo 1.655 del Código Civil.

Ahora bien, con respecto a esta cuestión y del mismo modo que no hay acuerdo en las tesis dualistas en lo atinente al criterio de distinción entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, tampoco hay consenso en lo atinente a la regulación aplicable.

(17) Ponen en evidencia la existencia de ese vacío normativo: GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, en *La superficie urbana*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1960, págs. 9 a 11; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración...*, cit., 1967, pág. 581; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, en *El derecho de superficie...*, cit., 1974, pág. 193; LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie*, cit., 1985, pág. 523; MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a JOSÉ, *¿Es constitutiva...?*, cit., 1994, pág. 11; DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, pág. 118 y 203.

(18) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 72 y sigs.

(19) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, lo había puesto de relieve en la página 12 de su *Ensayo...*, cit., 1961, donde viene a decir que, alterada la naturaleza del derecho, no cabe plantearse si al mismo le es de aplicación el artículo 1.655. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos...*, T. III, vol. 2, cit., 1991, pág. 276; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, en «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 1288; BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie...*, cit., 1992, pág. 1248; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, y GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, *Derecho...*, cit., 1994, pág. 470; MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a JOSÉ, *¿Es constitutiva...?*, cit., 1994, pág. 11; DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL, *El derecho de superficie...*, cit., 1996, pág. 119.

Dentro de los defensores de la tesis dualista, los más coherentes entiendo que son aquéllos que consideran que la superficie urbana o común se rige por lo dispuesto en el título constitutivo, los principios generales del Derecho y la costumbre (20), o los que intentan una construcción en base a las normas generales de Derecho privado (21). Para estos autores hay un derecho de superficie propio del ámbito del Derecho privado y ajeno al contemplado en la normativa urbanística y, consecuentemente, entienden que le son aplicables las normas de dicho sector.

Más sorprendente resulta la postura de los que, tras afirmar la existencia de un derecho de superficie propio del Derecho privado, recurren, de una u otra forma, a la normativa urbanística: algunos la consideran un medio de interpretación de la regulación privada, otros la aplican por analogía, y, otros, con carácter subsidiario (22).

2. *Implicaciones de la ausencia de regulación privada del derecho de superficie*

Creo que para enjuiciar adecuadamente los postulados de la tesi dualista, hay que dar un paso más y plantear qué repercusión tiene la circunstancia de que ninguna norma del ámbito del Derecho privado contemple la posibilidad de constitución del derecho de superficie. No obstante, podría decirse que el artículo 1611.3 del Código Civil sí lo contempla expresamente. En efecto así

(20) Entre ellos, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos...*, cit., 1991, pág. 277, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Comentario al artículo 1.655...*, cit., 1991, pág. 1288.

Por su parte, RUANO BORELLA, JUAN PABLO, *Esquema de la regulación...*, cit., 1985, págs. 710-711, parece optar por la aplicación del artículo 1.655.

(21) También parece entender que debe regirse por lo pactado y por las normas generales de Derecho privado, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996.

(22) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en *El derecho...*, cit., 1966, pág. 196; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración...*, cit., 1967, pág. 582; FONT BOIX, VICENTE, *El derecho de vuelo...*, cit., 1967, pág. 30; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, en *El renacido...*, cit., 1972, en la pág. 239; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie...*, cit., 1974, pág. 193; AMENGUAL PONS, PEDRO J., *El derecho...*, cit., pág. 635, que apuesta por una regulación unitaria del derecho de superficie. También en este sentido, vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M.^a y FERNANDO, «Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico», en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, T. I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 414, según el cual la Ley del Suelo puede servir para la interpretación de las superficies no amparadas por dicha norma con carácter subsidiario. También BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, en *El derecho de superficie...*, cit., 1992, pág. 1244, siguiendo a LASO MARTÍNEZ, afirma que la Ley del Suelo es extrapolable al derecho de superficie que se constituye con fines distintos a los urbanísticos.

es, pero hay que recordar que este precepto está previendo la regulación de la extinción de los derechos de superficie constituidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil, y no hay ningún otro precepto que contemple la posibilidad de su constitución para después de dicha promulgación.

Por ello creo que la inexistencia de regulación del derecho de superficie en el orden privado tiene unas implicaciones mucho más hondas que las que hasta ahora se ha venido pensado que tenían. Se ha considerado, hasta el momento presente, que el problema que provoca la inexistencia de esta regulación es el de la dificultad de determinar la normativa aplicable al derecho de superficie propio del ámbito del Derecho privado. Pero el problema no es sólo éste, sino que es mucho más profundo: debemos plantearnos si realmente puede existir un derecho de superficie de Derecho privado al margen de la Ley del Suelo. Me explico.

La propia sentencia dice que *la institución que nos ocupa, aun cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de numerus apertus en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.*

Desde la perspectiva dualista, se admite la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie al margen de la Ley del Suelo, apoyándose en el principio de autonomía de la voluntad y en la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales.

Sin embargo, creo que se está olvidando que el derecho de superficie implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria contemplado en el artículo 358 y que dicho principio aparece configurado en nuestro Ordenamiento con carácter imperativo. Consecuentemente, cabría pensar que los particulares no pueden libremente derogar dicho principio y, por tanto, no pueden constituir el derecho de superficie urbana, en terminología de la doctrina dualista. La única posibilidad que existe de derogar ese principio imperativo de accesión inmobiliaria es usar los cauces arbitrados por normas del mismo rango que el Código Civil, que vienen a ser modificaciones legales de dicho principio; por lo tanto, la única posibilidad de que los particulares lo deroguen es a través de lo establecido dentro de los límites fijados en la Ley del Suelo. De modo que sólo cabe una clase de derecho de superficie que, además, está regulada por lo dispuesto en la Ley del Suelo, única disposición que posibilita la constitución de derechos de superficie por los particulares. La Ley del Suelo no está pretendiendo derogar el Código Civil, sino que, en materia de derecho de superficie, lo complementa, estableciendo un cauce de derogación del artículo 358 que antes no existía.

D) CONCLUSIÓN FAVORABLE A LA TESIS UNITARIA E INCIDENCIA EN LA POLÉMICA DE ACONTECIMIENTOS RECIENTES

Hay para quien la polémica entre la tesis unitaria y la dualista se decidió definitivamente a favor de la primera tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que afirma que la regulación de la Ley del Suelo —la del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992— sobre derecho de superficie es Derecho privado. Así, MEZQUITA DEL CACHO se pronunció en los siguientes términos: *A raíz de la repetida STC, resulta pues obligado dar por cerrado el eterno debate; por consagrada la tesis unitaria por el máximo intérprete del Ordenamiento jurídico español, y por desautorizada en cambio la dualista ... que negaba valor civil a las normas de la Ley del Suelo que configura el diseño o esquema del derecho de superficie con carácter general...* (23)

Evidentemente, esta sentencia supuso un apoyo importante a la tesis unitaria; sin embargo, posteriormente, se sucedieron una serie de acontecimientos que han venido a contrarrestarla en la medida en que representan, en cierta forma, un apoyo para los postulados de las tesis dualistas, o, mejor dicho, vienen a restar algún argumento en el que se había venido basando la tesis unitaria. Se trata de la anulación del artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario que regulaba el acceso al Registro del derecho de superficie, por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

En efecto, la tesis unitaria tenía un inestimable apoyo en la regulación que el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario disponía sobre el acceso al Registro del derecho que nos ocupa. Dicho precepto se introduce en el Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, poco tiempo después de la promulgación de la primera Ley del Suelo de 1956. Se regulaba en él la forma en que el derecho de superficie debía acceder al Registro de la Propiedad. Parece sensato pensar que si se hubiera concebido la existencia de dos tipos de derechos de superficie, el Reglamento debería haber previsto la inscripción de cada uno de ellos; sin embargo, el anulado artículo 16.1 no distinguió entre diferentes clases y su regulación coincidía sustancialmente con la que, de este derecho, establecía en ese momento la Ley del Suelo. De donde puede deducirse —teniendo en cuenta la cercanía entre la Ley del Suelo de 1956 y el Decreto de 1959— que la regulación de la Ley del Suelo se hizo con vocación de generalidad, es decir, para regular cualquier tipo de derecho de superficie.

(23) MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, págs. 443 y sigs.

Pero, como he dicho más arriba, este argumento pierde relevancia a raíz de la anulación del artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083) (24). Sin embargo, entiendo que la derogación de dicho precepto no debe llevarnos a cambiar de opinión, en la medida en que sólo significaba un apoyo más a la tesis unitaria, que donde verdaderamente se apoya es en los argumentos precedentemente expuestos, es decir, en la regulación por parte de la normativa urbanística (arts. 287 y sigs. del TRLS de 1992) de cualquier derecho de superficie, incluidas las relaciones superficiarias concertadas entre particulares. La mención expresa de las relaciones que podríamos calificar de estrictamente privadas es el argumento de Derecho positivo que definitivamente debe llevar a afirmar lo desacertado de la tesis dualista. Hay que tener en cuenta la inexistencia en Derecho privado de normas que permitan a los particulares derogar, mediante la constitución de un derecho de superficie, el principio de accesión inmobiliaria que el artículo 358 del Código Civil configura con carácter imperativo. Sin olvidar, por último, las bondades que dicha tesis demuestra a la hora de la determinación del régimen jurídico aplicable a la relación, y lo que ello supone en términos de seguridad jurídica.

VI. EL LITIGIO DESDE LA PERSPECTIVA ADECUADA: LA DE LA TESIS UNITARIA

La sentencia que analizamos, de 26 de noviembre de 2002, afirma que la inscripción registral del derecho de superficie que concedió la Asociación de Vecinos El Fresno a don Ricardo C. E no tiene carácter constitutivo.

La sentencia es coherente, en la medida en que, participando abiertamente de la tesis dualista y entendiendo que el derecho de superficie que conciertan los litigantes es propio del ámbito del Derecho privado, considera que la inscripción registral no tiene, en este caso, carácter constitutivo, puesto que no le es aplicable el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, previsto —conforme a los postulados de la tesis dualista— para la

(24) La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083) considera que, al atribuir el Reglamento carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie, está excediendo los límites de una norma reglamentaria, al no ser exigido este requisito para la válida constitución del derecho (art. 288 LS). Por otra parte, considera la sentencia que el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *e)* las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, siendo que no son necesarias para la inscripción. Además considera que el Reglamento también se excede cuando considera inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho a comiso, al entender que sólo la Ley puede fijar los pactos y contratos inscribibles.

superficie urbanística. En base a estas consideraciones, el derecho de superficie concertado es, en principio, válido como derecho real y no procede devolver al titular del mismo la cantidad abonada como contraprestación por la constitución a su favor del derecho.

Por el contrario, la tesis unitaria, que comparto, sostiene que, en Derecho común, sólo hay un derecho de superficie para construir, el cual se rige por la normativa urbanística. Desde esta perspectiva, el artículo 288.2 del TRLS de 1992 es aplicable al caso analizado por la sentencia, y, por lo tanto, la inscripción registral del derecho de superficie que los litigantes conciertan es constitutiva.

Ahora bien, esto no debe llevarnos a pensar que, desde la perspectiva de la tesis unitaria, lo correcto hubiera sido desestimar el recurso de casación y declarar nulo el derecho de superficie, como hizo la sentencia de la Audiencia. El resultado del litigio, como vamos a ver a continuación, debe ser el mismo al que llega la sentencia del Tribunal Supremo, aunque se analice desde la perspectiva de la tesis unitaria —en mi opinión, más adecuada.

Como digo, pienso que el recurso está bien estimado incluso desde la perspectiva de la tesis unitaria. Desde esta posición se entiende que la inscripción registral es constitutiva, de manera que, en el momento en que surge el conflicto, no existe entre las partes un derecho real de superficie, es decir, las partes no están vinculadas por una relación jurídico-real, sin embargo, esto no significa que entre ellas no exista ninguna relación. Entre el actor y la asociación demandada existe un contrato de constitución de un derecho de superficie documentado públicamente, que —para una mejor comprensión— podría equipararse, a los efectos que analizamos, al contrato de constitución de hipoteca previo a la inscripción registral de la misma.

Hemos de tener en cuenta que el problema que origina el litigio no surge frente a terceros extraños a ese contrato, sino que la cuestión litigiosa sólo afecta a las partes del contrato. El litigio no surge, por tanto, en el ámbito o dimensión de *derecho real* de la relación jurídica de superficie, sino que se origina en relación al *contrato* de superficie que habían documentado las partes en una escritura pública. De modo que, en la medida en que el conflicto surge entre las partes de dicho contrato, para solventarlo, no es necesario otorgar relevancia a la dimensión de *derecho real* de la relación.

Es cierto, para la tesis unitaria, que el actor no era titular de un derecho real de superficie, pues faltaba la inscripción registral, pero lo que no puede negarse, ni tan siquiera desde esta perspectiva, es la existencia de un contrato que vincula a las partes, y que, en consecuencia y en principio, debía cumplirse.

El actor, por tanto, no podía, en base a la inexistencia de un *derecho real* de superficie —que para la tesis unitaria en ese momento no existe— pretender la nulidad del *contrato* de superficie. Este contrato, en la medida en que

sea válido y eficaz tiene que cumplirse por ambas partes, de modo que el actor, en caso de que dicho contrato sea válido, no tendrá derecho a la devolución de la cantidad que ya había entregado en cumplimiento del mismo.

VII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUPERFICIE A LA VISTA DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Llegados a este punto y habida cuenta de los motivos que llevaron al Registrador de la Propiedad a denegar la inscripción del contrato de constitución del derecho de superficie, creo importante analizar la validez del mencionado contrato. La calificación registral puede suscitar algunas dudas al respecto que me parece interesante estudiar, ya que, si se considera correcta la calificación del Registrador afirmando la imposibilidad conceptual de un derecho de superficie como el que se había concertado, acaso debiera concluirse afirmando la nulidad del contrato de superficie que concertaron las partes.

Además, la calificación del Registrador, de ser correcta, debe proyectarse sobre el resultado del litigio en el sentido mencionado —es decir, conduciendo a la declaración de nulidad de la relación, y a la estimación de la demanda— y ello con independencia de la perspectiva adoptada para su solución. Si se opta, como yo, por la tesis unitaria, la imposibilidad conceptual de un derecho de superficie como el convenido, supondría la nulidad del *contrato* —relación obligacional— que vincula a las partes. Y, si se opta, como la sentencia, por la tesis dualista, la nulidad habría de predicarse del *derecho real* de superficie. En consecuencia, el actor tendría derecho a que se le devolviera la suma que solicita en la demanda.

Sin embargo, resulta curioso, que, pretendiéndose, como pretende el actor, la nulidad del derecho de superficie, no se haya aludido en el proceso a los motivos en los que el Registrador se basa para denegar la inscripción, habida cuenta que al menos uno de ellos —si no los dos—, entiendo que presupone la nulidad de la relación. Se obvian en el debate que supone el litigio los argumentos que proporciona la calificación del Registrador, centrándose la discusión, como hemos visto, en si podía existir una relación jurídico-real al margen de la inscripción. Probablemente, la razón de este proceder sea la debilidad e inconsistencia de los motivos, que paso a analizar, aunque, como parece indicar la sentencia, parece deberse a la insuficiencia del contenido de la escritura pública que se califica.

A) ANÁLISIS DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Sin duda, la atención de los estudiosos del derecho de superficie se habrá centrado en la calificación que, del contrato de constitución del derecho de superficie, realiza el Registrador. Para denegar la inscripción, se basa en que los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, en que conceptualmente no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprende del artículo 16 del RH y del 289.3 del TRLS de 1992. Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes formularan recurso gubernativo contra dicha calificación.

Es decir, conforme a la calificación que realiza el Registrador, no cabe la constitución de un derecho de superficie como el que constituyen las partes. De ser esto cierto, sería nulo, o el contrato —si se defiende la tesis unitaria—, o el derecho real —en caso de adoptarse la tesis dualista—. En consecuencia, el actor tendría derecho a la devolución del precio pagado por su constitución.

1. La constitución del derecho de superficie sobre finca ya edificada

No estamos refiriéndonos aquí al supuesto de constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada con el objeto de construir encima o debajo de la construcción existente, sino que nos referimos a la constitución de un derecho de superficie que tiene por objeto una construcción ya realizada, es decir, que atribuye al superficiario la propiedad superficiaria de la construcción ya existente sobre la finca, mientras el concedente se reserva la propiedad del suelo.

Creo que el Registrador se equivoca al considerar como defecto insubsanable la imposibilidad conceptual de constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente ya ha construido o va a construir, como ocurre en el caso analizado por la sentencia.

Es cierto que la finalidad del derecho de superficie es la construcción; abundando en ello puede precisarse que la Ley del Suelo lo contempla como un instrumento de intervención en el mercado del suelo y de fomento de la construcción, por ello, lo más habitual es que lleve aparejada la facultad-obligación de construir una determinada edificación por parte del titular del derecho. Sin embargo, no debe haber ningún problema, desde el punto de vista conceptual, en admitir la constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada, es decir, sin derecho anejo de edificar. Una relación de estas características provoca la disociación entre, por un lado, la propiedad superficiaria del edificio ya existente —que se atribuiría al titular del derecho

de superficie—, y, por otro lado, la propiedad del resto de la finca, que se reservaría el concedente del derecho. Esta posibilidad fue afirmada por ROCA SASTRE (25) y así creo que ha venido entendiéndolo la doctrina (26).

Es cierto que, en el caso enjuiciado por la sentencia, la construcción que iba a destinarse a farmacia, no estaba ya hecha cuando celebraron el contrato, sino que se comprometió a efectuarla el concedente del derecho y dueño del suelo —la Asociación de Propietarios—, pero creo que es un detalle que no debe impedir asimilar el supuesto de la sentencia al de la constitución sobre finca ya edificada que disocia la propiedad de la construcción ya existente de la propiedad sobre el resto de la finca. Por ello, entiendo que tal circunstancia no debería haber impedido la inscripción del derecho real de superficie.

Por otro lado, el artículo 289.3 del TRLS de 1992 que parece invocar el Registrador —al decir de la sentencia—, no estorba para la admisión de esta posibilidad en la medida en que debe reconocérsele plena eficacia pese a que se haya constituido el derecho de superficie en relación a una finca ya edificada. Del *anulado* artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario (27) tampoco creo que pueda derivarse esa imposibilidad conceptual que alega el Registrador de la Propiedad, porque, pese a que refleja el supuesto normal de derecho de superficie con derecho-obligación anejo de edificar, creo que no habría problema en entender que comprende también la otra posibilidad de constitución sobre edificación ya realizada.

2. *Los locales no constaban inscritos como fincas independientes.*

¿Puede constituirse un derecho de superficie sobre un elemento común de la propiedad horizontal?

El primero de los motivos en los que el Registrador basa la denegación de la inscripción del derecho de superficie es que *los nueve locales construidos no constaban inscritos como finca independiente*. No nos informa la sentencia de si este defecto fue considerado subsanable o insubsanable, aunque siendo el segundo defecto insubsanable, era innecesario que el Registrador se pronunciara al respecto.

(25) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, en «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 25 y sigs.

(26) Por otro lado, el artículo 2 de la Ley catalana 22/2002, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, contempla expresamente esta posibilidad al pronunciarse en los siguientes términos: «*El derecho de superficie puede recaer sobre unas construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. En el segundo caso, el derecho atribuye la legitimación para su realización a quien sea su titular*».

(27) Declarado nulo el artículo 16.1 del RH por sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

Al hilo de esta cuestión, puede plantearse la posibilidad de constitución de un derecho de superficie sobre un elemento común. Hubiera resultado interesante, en este orden de cosas, que nos dijera la sentencia cuál era la configuración jurídica de la Asociación de Propietarios de chalets y parcelas Fuente del Fresno. Puede entenderse que se trata de un complejo inmobiliario de los contemplados en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, aunque en el momento en que suceden los hechos (el contrato de cesión del derecho de superficie es de 10 de marzo de 1989) no existía tal precepto, fruto de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que reforma la Ley de Propiedad Horizontal. No obstante, parece tratarse de una urbanización privada, y parece que no es arriesgar demasiado presuponer que lo más probable es que la misma se rigiera por la normativa de la propiedad horizontal. Sin certeza de que esto sea realmente así, vamos a analizar el problema como si a la Asociación de Propietarios Fuente del Fresno le fuera aplicable la Ley de Propiedad Horizontal.

Considera el Registrador que los locales no constan como finca independiente; entiendo que se refiere, más bien, a los solares sobre los que se realizan los locales comerciales. Podríamos pensar, por tanto, que todo el suelo sobre el que se construyen los locales es elemento común en el seno de la copropiedad. La cuestión que nos interesa llegar a formular es si sobre un elemento común puede constituirse un derecho de superficie.

El artículo 396 del Código Civil dispone que las partes en copropiedad sólo pueden ser gravadas —en este caso con un derecho de superficie— junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Este precepto se refiere a que un copropietario no puede gravar o enajenar la parte privativa que compone su lote de copropiedad separadamente de la parte privativa, pero no debe impedir el que se enajenen o graven elementos comunes de la copropiedad, siendo, por ejemplo, admisible la constitución de una servidumbre de paso a favor de una finca vecina por un patio que es elemento común de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal.

En el caso que nos ocupa entiendo que tampoco debería haber supuesto un impedimento para la inscripción registral el que los solares no estuvieran constituidos como finca independiente. Probablemente se trataba de elementos comunes que pueden ser gravados con un derecho real limitado, y en este caso se gravaron con un derecho de superficie.

Lo que podría plantear verdaderos problemas en este caso es la circunstancia de que el derecho real de superficie otorga a su titular un derecho de propiedad superficiario sobre lo construido, de modo que podríamos preguntarnos acerca del régimen jurídico aplicable a las relaciones del titular de la propiedad superficiaria con el resto de propietarios. Podríamos preguntarnos si es titular de un elemento privativo, si tiene obligación de contribuir a los gastos comunes, si tiene derecho a voto en la Junta de Propietarios.

En mi opinión, el titular de la propiedad superficiaria es, a efectos de sus relaciones con el resto de copropietarios, el titular de un derecho real sobre cosa ajena que se ha constituido sobre un elemento común. Por ello, entiendo que no debe considerársele titular de un elemento privativo en el inmueble, de modo que tampoco debe tener participación en los elementos comunes, ni tiene derecho a voto en la Junta. Tampoco debe contribuir a los gastos comunes, salvo que en el título constitutivo del derecho de superficie se establezca su participación en los mismos.

Su relación no es con el resto de copropietarios sino que es una relación con el conjunto de la copropiedad, y son las normas sobre el derecho de superficie y el contenido del título constitutivo del mismo en cuanto no se oponga a aquéllas, los que deben regir sus relaciones con el conjunto de copropietarios del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Por ello, entiendo que el hecho de que los solares no estuvieran inscritos como finca independiente no obstaba la inscripción del derecho de superficie. Este derecho podía haber sido inscrito en el folio abierto para la inscripción de la constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal de la finca, determinándose precisamente la ubicación geográfica de la superficie concreta en la que éstos se construían, en aras, dicha concreción, al principio de determinación y especialidad registral. Pero precisamente es esto lo que parece impedir al Registrador proceder a la calificación como defecto de este extremo. La sentencia destaca que en la escritura pública de 29 de mayo de 1990 se había omitido una información relevante que sí aparecía en el documento privado suscrito por las partes el 10 de marzo de 1989, concretamente que lo que era objeto de cesión era el derecho de superficie sobre el suelo de la parte de parcela sobre la que habría de edificarse cada uno de los nueve locales previstos por la recurrente (cláusula segunda). Es decir, que la escritura pública no determinaba suficientemente el objeto sobre el que recaía el derecho constituido, no pudiendo procederse por tanto, a su inscripción, en virtud del principio de especialidad o determinación.

3. Posible significación de la ausencia de recurso contra la negativa del Registrador a inscribir

Creo que el hecho de que no se recurriera la negativa del Registrador a inscribir es bastante significativo para comprender adecuadamente el componente fáctico de la sentencia.

Siendo, a todas luces, tan evidente y tan importante económicamente el interés que la inscripción registral revestía para el titular del derecho de superficie, parece sorprendente que éste no recurriera la calificación del Registrador; más aún si se piensa como yo, que ninguno de los dos defectos

eran tales. Dicho comportamiento acaso se deba —aunque estamos haciendo suposiciones— a que al actor ya no le interesa la operación. Y, ante esa tesitura, aprovecha la negativa del Registrador para plantear un litigio, demandando la nulidad del derecho de superficie, amparándose, para ello, en el carácter constitutivo que algunos autores otorgan a la inscripción registral de este derecho.

Sin embargo, con este proceder, el actor obvia la existencia de un contrato perfecto y válido, y por tanto, eficaz, que se había documentado públicamente, que le vincula con la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas El Fresno.

B) LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA A EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN
REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Desde la perspectiva de la tesis unitaria, en el caso analizado por la sentencia, existe entre las partes del proceso una relación jurídico-obligacional de derecho de superficie. Hasta que dicho contrato no se inscriba en el Registro de la Propiedad, no existirá una relación jurídico-real. Seguramente, las partes concertaron la relación pretendiendo darle una dimensión jurídico-real de la que carece, de modo que, probablemente, las partes, tras haberse sancionado, por esta sentencia, la validez y eficacia de su relación, quieran proceder a la constancia registral del derecho.

En este orden de cosas, me permito destacar una obviedad, y es que la propia sentencia del Tribunal Supremo va a permitir la inscripción del contrato de superficie en el Registro de la Propiedad pese a la inicial negativa del Registrador. Inscripción que permitirá dar al contrato de superficie la dimensión jurídico-real que, seguramente, las partes quisieron otorgarle. Efecto, éste, que debe tenerse en cuenta para realizar un análisis completo de la sentencia.

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Algunas consideraciones sobre el dinero, el depósito y la prenda

«Empeñar se puede toda cosa, también las corporales como las que non lo son».

Ley 2.^a, Título XIII, Partida Quinta

I

«*Veo que crees estas cosas porque yo te las digo, pero no sabes el porqué; de modo que no por ser creídas permanecen menos ocultas*». Con estas palabras DANTE nos advierte que todo aquello en que creemos, aun lo que nos resulta enteramente familiar, entraña un profundo misterio. El estudio de una disciplina, el Derecho, por ejemplo, hace que uno se vaya familiarizando con el tiempo con una serie de términos cuyo significado acaba creyendo que domina. Nada más lejos de la verdad. Todo depende del nivel de indagación en que opte por detenerse, siquiera por conservar una mediana apariencia de cordura. Así, puedo construir proposiciones del siguiente tipo: «Esta familia tiene dinero desde hace tiempo»; y estar seguro de que cualquiera es capaz de entender lo que estoy diciendo. Quizá mi interlocutor me requiera una serie de precisiones complementarias. Por ejemplo, quiénes son los miembros que integran la familia a que me refiero o cuánto dinero tiene en su haber o desde hace cuánto tiempo lo tiene, cuestiones estas que podré o no conocer y a las que podré o no dar cabal respuesta en función del grado de exactitud que alcance mi conocimiento. Pero puede que me tropiece con alguien que, émulo de Sócrates, me haga la fatídica pregunta con que el viejo filósofo gustaba de aterrorizar a sus contertulios, τι εστι, qué es esto. ¿Qué es la familia? ¿Qué es el tiempo? ¿Qué es el dinero?

A la primera pregunta, qué es la familia, un jurista notable como LASARTE ÁLVAREZ, tras advertir que se trata de «*un dato prenormativo*», «*un prius respecto del Derecho*», una institución sujeta a «*consideraciones sociológicas*,

éticas, morales, históricas, etc., que determinan la aceptación social de esquemas familiares muy variados», concluye diciendo:

«La idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión. Por ello, no existe precepto alguno ni en la Constitución ni en la legislación ordinaria en el que, de forma precisa, se establezca con carácter general qué es una familia o cómo deben ser las familias».

Baste recordar que en las Partidas eran familia *«el señor de ella e su muger e todos los que biven so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijos y los sirvientes e los otros criados»*. Y en el primitivo Derecho romano formaban parte de la familia también el fundo, los esclavos, los aperos de labranza y los animales de tiro y carga.

Respecto de la segunda pregunta, la lectura de obras como *Historia del tiempo*, de STEPHEN HAWKING, o *El problema del tiempo*, de ALEXANDER GUNN, sirven para que agachemos humildemente la cabeza y hagamos prudente profesión de ignorancia al modo de SAN AGUSTÍN en el Libro XI de *Las Confesiones*:

«¿Quién podrá explicar esto fácil y brevemente? ¿Quién podrá comprenderlo con el pensamiento para hablar luego de él? Y, sin embargo, ¿qué cosa más familiar y conocida mentamos en nuestras conversaciones que el tiempo? Y cuando hablamos de él, sabemos sin duda qué es, como sabemos o entendemos lo que es cuando lo oímos pronunciar a otro. ¿Qué es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; pero si quiero explicárselo a quien lo pregunta, no lo sé».

Cabría suponer que, por lo menos, la tercera pregunta tiene fácil respuesta. Todo el mundo sabe lo que es el dinero. O, al menos, cree saberlo. Porque al dinero le ocurre lo que a la familia y al tiempo: no es fácil de definir, salvo en términos puramente académicos, y los economistas nos previenen al respecto. Así, SAMUELSON y NORDHAUS nos dicen en su tratado de *Macroeconomía* algo que inevitablemente semeja las citadas palabras de DANTE y SAN AGUSTÍN:

«Todos estamos íntimamente familiarizados con el dinero: son los billetes y las monedas que llevamos en el bolsillo, los movimientos de nuestra cuenta corriente, el valor de nuestra riqueza. Pero raras veces nos detenemos a considerar cuán extraño es, en realidad, el dinero. Trabajamos mucho y nos preocupamos de ganarlo y, sin embargo, los billetes no son más que papel que carece de valor

intrínseco. El Estado es el único que puede imprimir moneda de curso legal y, sin embargo, hay mucho más dinero en las cuentas corrientes y de ahorro de lo que ha producido nunca el Estado».

De esta suerte, nuestra sencilla proposición acerca de *cierta familia que tiene dinero desde hace tiempo* se convierte, de pronto, de un aserto perfectamente inteligible en una frase por entero enigmática. No voy a entrar, líbre-me Dios, en el concepto de familia o, peor aún, en cuál sea el sentido del tiempo. Afortunadamente para mí, no constituyen el objeto de este pequeño estudio. Pero sí que me encuentro obligado a dedicar unas cuantas palabras acerca de la naturaleza del dinero. Y ello por la sencilla razón de que es sobre *el dinero* (sea lo que sea lo que éste fuere) sobre lo que giran ciertos contratos (depósito, préstamo, prenda) o derechos (dominio, posesión, usufructo) frecuentes en el tráfico ordinario.

Quiero advertir, en línea de principio, que el significado de un término no es, como previene WITTGENSTEIN, la cosa cuyo fiel retrato se pretende. Lo determinante es el uso que hagamos del lenguaje tal como funciona en la realidad, la comprensión del juego que anuda las palabras y las acciones dentro del contexto. De ahí que, en lugar de interrogarme por la esencia del dinero para terminar recayendo, casi con toda probabilidad, en alguna definición entre vaga y peregrina, prefiera seguir el consejo de WITTGENSTEIN y ponerme a observar *qué es lo que ocurre en la frutería*.

II

En su obra *El dinero*, KENNETH GALBRAITH advierte a sus lectores con ironía:

«Los locutores de televisión que tienen fama de penetrar el pensamiento suelen iniciar las entrevistas con los economistas con esta pregunta: Bueno, dígame usted, ¿qué es exactamente el dinero? Las respuestas son invariablemente incoherentes. Los profesores de economía elemental o de materias dinerarias y bancarias empiezan su explicación con definiciones auténticamente sutiles. Éstas se copian cuidadosamente, se aprenden fatigosamente de memoria y se olvidan con una sensación de alivio. El lector debería seguir estas páginas con la convicción de que el dinero no es más ni menos de lo que él o ella siempre pensaron que era: lo que se da o se recibe generalmente por la compra o la venta de artículos, servicios u otras cosas. Las diferentes formas de dinero y lo que determina qué se podrá comprar con él es harina de otro costal».

Setenta páginas más tarde, GALBRAITH precisa:

«En Economía, son muy pocas las cosas que apelan a lo sobrenatural. Pero muchos han sido tentados por su fenómeno. Al contemplar un trozo rectangular de papel, con frecuencia de calidad indiferente, con un dibujo clásico de Pedro Pablo Rubens o de Jacques Louis David, o de un bien abastecido mercado de verduras, todo ello impreso con tinta verde o de color castaño, se han hecho esta pregunta: ¿Por qué una cosa de nulo valor intrínseco es tan evidentemente deseable? En contraste con un conjunto similar de fibras, recortado del periódico de ayer, ¿qué es lo que le da el poder de adquirir bienes, contratar servicios, inducir a la codicia, fomentar la avaricia, incitar al crimen? Aquí hay algo de magia; indudablemente, se requiere alguna explicación metafísica o extra-terrestre de su valor. Ya hemos observado la fama y la tendencia sacerdotales de las personas que hacen una profesión de su conocimiento del dinero. Esto se debe en parte a que se cree que estas personas saben por qué tiene valor un insignificante trozo de papel.

La explicación es absolutamente profana. Ninguna magia interviene en ella. Los que escriben sobre el dinero suelen distinguir tres clases de moneda. Primera, la que, como el oro y la plata, debe su valor a un deseo inherente, derivado de su reconocido servicio al orgullo de poseer, al prestigio de la propiedad, al adorno personal, a una mesa bien servida o a la cirugía dental. Segunda, la que puede ser cambiada por algo deseable, o que, como los primitivos billetes de Massachusetts Bay, contiene la promesa de un cambio seguro. Y tercera, la que, careciendo de valor intrínseco, no contiene promesa de reintegro en algo útil o deseable y que, como máximo, se apoya en una orden del Estado que obliga a su aceptación. En realidad, las tres versiones son variaciones sobre un mismo tema».

A lo largo de la Historia, son muchas las cosas que han hecho las veces de dinero: bueyes, renos, sebo, pieles, cuchillos, anzuelos, arroz, grano, tabaco, vino, aceite o whisky. Todas eran mercancías con valor de uso por sí mismas, pero se transformaban en dinero tan pronto como se convertían en medio de cambio y pago y medida de valor. La razón de que una mercancía se convirtiese en dinero no era otra que la necesidad imperiosa de facilitar el trueque. Como dicen SAMUELSON y NORDHAUS:

«Utilizando una expresión económica clásica, en lugar de haber una doble coincidencia de deseos, es probable que haya un deseo de coincidencias. Por eso, a menos que dé la casualidad de que un

sastre hambriento encuentre un agricultor desnudo que tenga tanta comida como deseo de comprar unos pantalones, ninguno de los dos podrá comerciar haciendo un trueque».

En términos jurídicos, hemos sustituido un contrato de permuta por dos (o más) compraventas. En lugar de una sola transacción AxB , se realizan, en su versión más simple, dos: AxD y DxB , donde D es aquella mercancía convencionalmente diputada para servir como patrón de valor y moneda de cambio. Los inconvenientes de no hacerlo así se reflejan en esta curiosa anécdota que relata STANLEY JEVONS:

«Hace algunos años, mademoiselle Zélie, cantante del Théâtre Lyrique de París, dio un concierto en las Society Islands. A cambio de un aria de Norma y de algunas otras canciones, se le ofreció un tercio de los ingresos. Cuando lo contó, se encontró que lo que le correspondía consistía en tres cerdos, veintitrés pavos, cuarenta y cuatro pollos, cinco mil nueces de cacao y una considerable cantidad de plátanos, limones y naranjas. En París esta cantidad de ganado y fruta podría haber producido cuatro mil francos, que habría sido la remuneración de cinco canciones. Sin embargo, en las Society Islands el dinero era escaso y, como mademoiselle no podía consumir más que una pequeña parte de sus ingresos, fue necesario alimentar entre tanto a los cerdos y a las aves con la fruta».

F. H. GANE nos ilustra sobre las ocho características que debe reunir cualquier artículo que pretenda convertirse en un buen material monetario:

1. Portátil.
2. Divisible.
3. Duradero.
4. Reconocible.
5. Homogéneo.
6. Relativamente estable en su valor.
7. Existir en cantidad suficiente para el comercio.
8. Reunir un gran valor en un volumen pequeño.

Las cinco primeras son cualidades físicas; las tres últimas, propiedades económicas de valor. Ni que decir tiene que durante siglos el único material monetario comúnmente aceptado como verdadero dinero fueron las monedas de oro y plata, no tanto por la efígie del soberano que se arrogaba el privilegio exclusivo de su acuñación bajo pena de muerte cuanto por el contenido en granos de metal precioso. Buena prueba de ello es que cuando los reyes

incurrían en la tentación de acuñar moneda de ley inferior creyendo que nadie advertiría la diferencia, no tardaba en desaparecer de la circulación la vieja moneda, que se convertía en auténtico refugio y poder de reserva. De ahí que cambistas y orfebres, únicos cualificados para detectar el envilecimiento, acudiesen al contraste como fórmula incipiente de control de cambio.

III

Pero, aunque se respete el principio de homogeneidad (o, en palabras de GANE, que *«cada unidad de la misma denominación sea tan buena como otra cualquiera si se desea que los precios sean precisos y equiparables»*, puesto que *«cualquier moneda que deba ser pesada o comprobada minuciosamente antes de aceptarla, causaría graves inconvenientes»*), existe otro fenómeno que se hizo sobremanera patente a raíz de la conquista de América: la inflación.

Escribe SARAVIA DE LA CALLE en su *Instrucción de mercaderes* de 1544:

«Porque sola la abundancia o falta de mercaderías, de mercaderes y dinero hacer subir o bajar el precio, como la experiencia lo enseña a los prácticos en ferias, porque si la cosa vale más en un tiempo que otro, en un lugar que otro, o vendida rogando o rogado, es por la abundancia o falta de las mercaderías, mercaderes y dinero, porque si en el lugar donde hay mercaderías llevan muchos de muchas partes, valdrán barato, que no por otra razón vale más barato el huevo en la aldea que en la ciudad, sino porque en la aldea hay más abundancia de huevos y más falta de compradores y de dineros».

«De manera que para arbitrar el justo precio de la cosa solamente se han de considerar estas tres cosas. La abundancia o falta de mercaderías, de mercaderes y dinero, o de cosas que se conmuten, truequen y cambien en lugar de dinero. Fúndase esta doctrina en la de Aristóteles que dice: Precium rei humana indigentia mensurat. La necesidad de los hombres pone precio a la cosa...».

«Cuando en la almoneda en justicia se vende la prenda del pobre, el justo precio es el que comúnmente se halla y si hay muchos compradores vale mucho y si pocos poco, y lo mismo es de la prenda del rico».

Que la abundancia de dinero, como la de huevos en el campo, hace que éste se abarate y se eleve el justiprecio, lo pone de relieve M. DE AZPILCUETA en su *Comentario resolutorio de cambios* de 1556:

«Todas las mercaderías encarecen por la mucha necesidad que hay y poca cantidad de ellas; y el dinero, en cuanto es cosa vendible, trocable o conmutable por otro contrato, es mercadería por lo susodicho, luego también él se encarecerá con la mucha necesidad y poca cantidad dél. Que, siéndolo al igual en las tierras do hay gran falta de dinero, todas las otras cosas vendibles, y aun las manos y trabajos de los hombres, se dan por menos dinero que do hay abundancia dél: como por la experiencia se ve que en Francia, do hay menos dinero que en España, valen mucho menos el pan, vino, paños, manos y trabajos de hombres; y aun en España, el tiempo que había menos dinero, por mucho menos se daban las cosas vendibles, las manos y trabajos de los hombres, que después que las Indias descubiertas la cubrieron de oro y plata. La causa de lo cual es que el dinero vale más donde y cuando hay falta dél, que donde y cuando hay abundancia, y lo que algunos dicen que la falta de dinero abate lo al nace de que su sobrada subida hace parecer lo al más bajo, como un hombre bajo cabe un muy alto parece menor que cabe su igual».

En el mismo sentido se pronuncia T. DE MERCADO en la *Summa de tratos y contratos* de 1569:

«Es de advertir no ser lo mismo el valor y precio del dinero y su estima. Ejemplo clarísimo es de esto que en Indias vale el dinero lo mismo que acá, conviene a saber, un real 34 maravedís, un peso de minas 13 reales, y lo mismo vale en España; mas, aunque el valor y precio es el mismo, la estima es muy diferente en entrambas partes. Que en mucho menos se estima en Indias que en España».

«La cual estima y apreciación se causa, lo primero, de tener gran abundancia o penuria de estos metales y como en aquellas partes nace y se coge tiénese en poco, que aun los hombres, según el refrán, no se honran ni se estiman comúnmente en su patria».

«Esta misma distinción de precio y estima percibiremos claramente por lo que se suele decir de un avaro. Que tiene el real en 34, valiéndolos cualquier real en poder de quien quiera, mas los liberales esta misma cantidad estiman en menos, los avaros, al contrario, aun en 40».

«Clarísimo ejemplo de esto es que, dentro aun de España, siendo los ducados y maravedís de un mismo valor, vemos que en mucho más se tienen mil ducados en Castilla que en Andalucía y aun en una misma ciudad por la diversidad de los tiempos hallamos el mismo discrimen. Que ahora treinta años eran gran cosa doscientos

mil maravedís que en la era presente no se estiman en nada con ser los maravedís de un mismo precio».

IV

Pero la afluencia de metal no sólo provocó el alza de precios en toda Europa, dando pie a las eruditas reflexiones de los economistas españoles de la Escuela de Salamanca. También hizo que entrasen en escena los bancos. Y ocurrió algo que modificaría a la postre la antigua concepción del dinero. Se descubrió que había dos maneras de crear dinero. Una era extraerlo fatigosamente de la mina y luego acuñarlo. Otra poner en circulación billetes bancarios contra depósitos en garantía. Con el tiempo los propios Estados monopolizarían la emisión de papel redimible en oro hasta que finalmente, ya en el último siglo, acabaron prohibiendo la convertibilidad y abandonando el patrón. El proceso fue largo, sin duda, pero lo importante es resaltar que una vez que algo empieza a ser aceptado *como* dinero, acaba convirtiéndose *en* dinero, por más que nos empeñemos en lo contrario. En el siglo XVII había oro y billetes; hoy tenemos billetes y tarjetas. Basta que un título de depósito opere como carta de pago para que forme parte de la oferta monetaria y genere los efectos que son propios del dinero. Como dicen SAMUELSON y NORDHAUS:

«Hoy todas las monedas y billetes de los Estados Unidos son dinero fiduciario. Este término significa que una cosa es dinero porque así lo decreta el gobierno; más concretamente, éste declara que las monedas y billetes son de curso legal, que deben aceptarse para todas las deudas públicas y privadas».

«Ésta es la era del dinero bancario, es decir, de los cheques firmados contra fondos depositados en un banco u otra institución financiera».

«De hecho, si calculamos el número total de dólares de las transacciones, nueve décimas partes se realizan mediante dinero bancario; el resto con billetes y monedas».

«Si tengo 1.000 \$ en una cuenta corriente de un banco, este depósito puede considerarse dinero. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que puedo pagar mis compras con cheques girados contra esa cuenta. El depósito es como cualquier otro medio de cambio. Al poseer las propiedades esenciales del dinero, los depósitos bancarios a la vista deben considerarse como dinero para transacciones, como parte de M-1».

V

Puede, desde luego, objetarse que esta asimilación entre dinero fiduciario y dinero bancario, aunque plenamente admisible desde una perspectiva económica, no es correcta bajo el punto de vista jurídico. La razón estriba en que la simple entrega de un talón carece de efectos liberatorios. Así lo determina, en nuestro Derecho, el artículo 1170.II del Código Civil, que establece que *«la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado»*.

No obstante, URÍA señala que *«a diferencia de la letra de cambio, que funciona como instrumento de crédito y de pago, el cheque es, por naturaleza, un instrumento de pago que evita el desembolso de numerario en las transacciones mercantiles»*. Y añade poco después: *«En este sentido, dado su intenso empleo en el mercado nacional e internacional de pagos, aunque el cheque no pueda ser considerado verdadera moneda fiduciaria, juega un papel comparable al del billete de Banco. Señalemos, no obstante, que en la actualidad la utilización del cheque como instrumento de pagos está siendo desplazada por el creciente uso de las tarjetas de crédito»*.

Mas esta precisión, de todo punto irrefutable, no nos dice que una cosa sea dinero y la otra no. Simplemente nos advierte de la irreductible diferencia que late en última instancia, distinción presente en los adjetivos *fiduciario* y *bancario* que cualifican la forma de dinero ante la que nos hallamos. Pero, dejando a salvo el efecto solutorio y redentor, no podemos afirmar que el primero sea *cosa* y el segundo *crédito*. Ambos poseen la doble naturaleza de ser a un mismo tiempo cosa y crédito. Y sobre ambos pesa también idéntica condena: la de permanecer irredentos hasta su muerte jurídica a manos de su titular.

VI

En el caso de dinero bancario, la cosa es el título documental (libreta, talonario, tarjeta) y el crédito es el derecho a la restitución de efectivo, derecho que se instrumenta a través de un contrato de depósito. Sobre la cosa se ostenta un derecho real; sobre el crédito, un derecho de obligación. ¿Qué es lo que se tiene? La propiedad de dinero bancario y un crédito de dinero fiduciario.

Bien, ahora cancelamos el depósito realizando íntegramente el crédito. ¿Qué tenemos? La propiedad de dinero en efectivo contante y sonante. En el caso de dinero fiduciario, la cosa está clara: es el fajo de billetes o montón de monedas que guardamos en la cartera, en el bolsillo, en la caja fuerte o en

el bote de los garbanzos. Pero ¿y el crédito? ¿Dónde demonios está aquí el crédito? Y, de existir, ¿contra quién se ostenta?

A esta pregunta responde MARÍN ORTIZ de forma tajante:

«El mismo dinero es fundamentalmente un crédito concedido por su poseedor al Estado que lo emite».

Ahora bien, si esto es así, cabe preguntarse cómo se realiza, a su vez, dicho crédito. Muy sencillo: adquiriendo bienes y servicios. El Estado salda su deuda con nosotros declarando a esa forma de dinero de curso legal forzoso e imponiendo, por vía de imperio, su obligada aceptación contra cualesquiera mercancías. Como dicen SAMUELSON y NORDHAUS:

«Hoy la esencia del dinero está al descubierto. El dinero no se busca por sí mismo, sino por las cosas que pueden comprarse con él. No queremos consumirlo directamente, sino, más bien, utilizarlo desprendiéndonos de él. Aun cuando decidamos conservarlo, su valor se deriva únicamente del hecho de que podemos gastarlo más adelante».

DE MERCADO, en el siglo XVI, expresó otro tanto en rancia prosa castellana:

«Porque una de las cosas principalmente requisitas para la prosperidad y felicidad de un reino es tener en sí, a la continua, gran cantidad de moneda y abundancia de oro y plata, que son en sustancia todas las riquezas temporales de esta vida, o todas se vienen a resolver en ellas; teniendo dineros las tienen en alguna manera todas. Pocas o ninguna le faltarán, que a la fama de su riqueza le traerán aun hasta los unicornios y elefantes del preste Juan».

VII

Todo ello indica que el dinero, sea cual fuere la forma que adopte, es una cosa que apunta a otra distinta. El dominio sobre la primera (*ius in re*) fortifica el crédito sobre la segunda (*ius ad rem*). Realizado el crédito, perece el dominio sobre la primera para, cual legendaria ave fénix, renacer sobre la segunda. LASARTE ÁLVAREZ expone la referida mudanza de la siguiente guisa:

«Los derechos de crédito nacidos de cualquier contrato de finalidad traslativa se caracterizan por su vocación de extinción, se encuentran in itinere hacia el derecho real. El propio acreedor lo que desea y anhela es dejar de serlo, para convertirse en titular real

y garantizar así una adquisición que, mientras tanto, depende siempre de la voluntad de cumplimiento del deudor transmitente».

Si extendiendo un talón por valor de 100, no tengo en mis manos el billete de 100 pero soy, sin duda, propietario del talón. Dicho con barroca redundancia, soy titular de un derecho real de dominio sobre el soporte cartular que incorpora un derecho de obligación a la entrega del billete. La tradición real del título sofoca el primitivo dominio extinguiendo de suyo la obligación que incorpora y hace que nazca un nuevo dominio sobre el billete que se me transmite. Pero dicho billete no es más que otro título que incorpora un crédito a la redención en mercancías. El primer título está garantizado por el poder económico y financiero del Banco; el segundo, por el poder político y jurídico del Estado. Uno u otro pueden quebrar, haciendo que se frustre el crédito, y la Historia nos regala sobrado ejemplo de ambas cosas. Pero ello nos enseña que el dinero —cuya propiedad se nos antoja lo más real de todo— no es más que una ficción útil (*«un no poder poderosísimo y utilísimo»*, como escribía DE MERCADO) que reposa sobre el lecho vaporoso y fantasmático de la recíproca confianza y la juiciosa discreción. Algo que surge, muda y muere, que se crea y se destruye, para nuestra dicha y tormento, reflejando en su incierto espejo otros dramas que se encuentran más allá de la Economía e, incluso, del Derecho.

KENNETH GALBRAITH nos recuerda cómo el presidente del Banco de la Reserva Federal de Nueva York confesaba en su día ante la Asociación de Banqueros del Estado que *«no puede medirse efectivamente la cantidad de dinero»*. Cita el autor también a cierto gobernador del Sistema de Reserva Federal que decía que *«la buena política monetaria depende de que reconozcamos lo mucho que no sabemos»*. Entre las causas de tan docta ignorancia se encontraba la práctica indiscernibilidad entre las cuentas de ahorro y las cuentas corrientes. No sólo es que resulte prácticamente indistinguible una cuenta corriente a la vista de una libreta de ahorro ordinaria sin vencimiento. Es que la gestión de saldos también permite en las imposiciones a corto el tráfico mediante emisión de letras a la fecha o la transmisión de depósitos endosando certificados a la orden. También el cheque cede posiciones ante el uso de tarjetas de crédito, sustituyéndose el tráfico de papel por el cargo electrónico de anotaciones en cuenta. El resultado es que siempre hay más dinero en circulación que efectivo en las cámaras acorazadas.

VIII

Este proceso de creación de dinero, que se conoce como *expansión múltiple de depósitos bancarios*, comenzó en el Renacimiento y aún seguimos

siendo tributarios de él. SAMUELSON y NORDHAUS explican cómo un depósito en efectivo de 1.000 \$ sometido a un hipotético coeficiente de caja del 10 por 100 se transforma en 10.000 \$ de dinero bancario, horizonte teórico que se alcanzará en el supuesto de que no existan filtraciones ni exceso de reservas. Por cierto, cuando traté de explicarle este curioso fenómeno a mi mujer (más por aclararme yo que por ilustrarle a ella; *si vis scire, doce*, que decía Cicerón), le dije que ese dinero que tiene la mala costumbre de tener guardado en el armario suponía una filtración hacia el efectivo que no sólo impedía la constitución de depósitos a la vista, sino que, además, entrañaba un coste de tenencia. Sin entender absolutamente nada (lo cual es lógico, porque soy yo y no las tengo todas conmigo), dijo con retintín: «Bueno, ¿y qué quieres que haga?». Le dije entonces: «Pues que lo metas en el banco o te lo gastes mañana mismo». Esto sí que lo entendió perfectamente; sobre todo lo segundo, que es lo que hizo en efecto.

KENNETH GALBRAITH, refiriéndose al desarrollo de la Banca en el siglo xvii, ilustra el fenómeno de la expansión múltiple de un modo que no tiene desperdicio:

«El proceso de creación de dinero por los Bancos es tan simple que repugna a la mente. Tratándose de algo tan importante parece que un mayor misterio sería lo adecuado. Los depósitos del Banco de Amsterdam estaban sujetos, según las instrucciones de sus dueños, a transferencias a otros para liquidación de cuentas. (Esto había sido, desde hacía tiempo, una facilidad ofrecida por los precursores privados de los Bancos.) La moneda en depósito no servía menos como dinero por el hecho de estar sujeto a transferencia por el rasgo de una pluma primitiva.

Inevitablemente, se descubrió —en realidad por los ciudadanos conservadores de Amsterdam, al verlo reflejado en sus propias necesidades como directores de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales— que otro plumazo bastaba para que un prestatario del Banco, no acreedor del primitivo depositante, obtuviese un préstamo tomado del primitivo e inoperante depósito. El depositante podía saber que su depósito sería empleado para tal fin... y tal vez cobrar por ello. El depósito original seguía siendo acreditado por el depositante primitivo. Pero ahora había un nuevo depósito producido por los réditos del préstamo. Ambos depósitos podían ser empleados para hacer pagos, como dinero. De este modo, se había creado dinero. El descubrimiento de que los Bancos podían, de este modo, crear dinero, se produjo muy pronto en la evolución de la Banca. Había este interés a ganar. Y con la perspectiva de esta recompensa, el hombre tiene un instinto natural de innovación.

Pero había otra posibilidad alternativa, la de los billetes de Banco, que habría de ser maravillosamente explotada en la futura República americana. Consistía en dar al prestatario no un depósito, sino un billete convertible en dinero efectivo colocado en el Banco gracias al primitivo y sedentario depósito. Con este billete, el prestatario podía hacer su pago; el receptor de este pago, en vez de convertir su billete en dinero, podía emplearlo para sus propios pagos, y así ad infinitum. Mientras tanto, el Banco iba cobrando intereses por el préstamo primitivo. Tal vez, un día, el billete sería devuelto y cobrado en dinero efectivo del depósito original. Pero, entonces, el prestatario habría pagado ya su débito, también en dinero efectivo. Todo habría ido bien, y se habría ganado un interés. También había la posibilidad de que el billete siguiese circulando de mano en mano sin hacerse jamás efectivo. El préstamo que había dado lugar a su emisión ganaría intereses y a su debido tiempo sería pagado. Mientras tanto, el billete seguiría rodando. Y nunca se reclamaría la moneda primitiva que había permitido el préstamo original».

«Con un depósito original en dinero efectivo podían hacerse préstamos. De ello resultaban nuevos billetes o nuevos depósitos utilizables como dinero. Al permanecer igual la oferta de artículos, subirían los precios y el dinero valdría menos. Si los Bancos eran codiciosos, competitivos o ambas cosas a la vez, y los prestatarios se mostraban adecuadamente eufóricos, la expansión de los préstamos con los intereses resultantes y, en consecuencia, de los depósitos o billetes podía ser muy grande. Y también podía serlo el aumento de los precios y la disminución del valor o poder adquisitivo del dinero.

Este aumento de precios era una plaga desde el punto de vista del público o, en todo caso, para aquellos que pagaban y no se beneficiaban de él. Para los Bancos era también una espada de doble filo. El depositante original podía cobrar su dinero porque estaba todavía allí. Alternativamente, podía hacer lo mismo la persona a quien se había prestado el depósito. Pero no podían hacerlo ambos a la vez. La maravilla de los Bancos en relación con el dinero —la maravilla de crear depósitos o emitir billetes para este fin— pendía de un hilo finísimo. Éste era la necesidad de que los depositantes o los tenedores de billetes acudiesen en número relativamente reducido a cobrar el dinero que el Banco estaba obligado a pagarles. Si lo hacían todos a la vez, el Banco no podía pagar. Y cuando circulaba el rumor de que el Banco no podía pagar, acudía todo el mundo, a veces con excesiva prisa. Cuando

sucedía esto, los depósitos o billetes que hasta entonces habían hecho las veces de dinero dejaban de prestar ese servicio. Los depósitos y billetes de los que llegaban primero podían ser cobrados; los que llegaban los últimos no tenían con qué cobrar. Sus depósitos o billetes sin valor no eran más que créditos contra un Banco quebrado. Como tales, dejaban de ser dinero. El milagro de la anterior creación de dinero venía ahora compensado por la desesperación de su desaparición súbita».

Inútil decir que tales experiencias no sólo no sirvieron de escarmiento, sino que sentaron precedente. Inasequibles al desaliento, a la emisión de papel contra depósitos por la Banca privada siguió luego la de billetes contra reservas por el Estado. Y, cuando no existían reservas, se inventaban, como sucedió con el mítico oro de Luisiana, que llevó a la quiebra de la Banque Royale en tiempos de Luis XV. De hecho, los dos acontecimientos políticos más importantes del siglo XVIII, la Independencia americana y la Revolución francesa, son fruto del papel con que se financiaron: los *continentales* del Congreso y los *asignados* de la Asamblea. ¿Qué respaldaba las emisiones? En el caso francés, las tierras confiscadas al clero y a la nobleza. En el caso americano, un decreto del Congreso de 1776: «*Cualquier persona que en lo sucesivo reniegue de todas las virtudes y de la consideración debida a su país, hasta el punto de negarse a recibir dichos billetes en pago, será públicamente considerada, expuesta y tratada como enemiga de este país, y se le prohibirá todo trato o relación con los habitantes de estas colonias*».

IX

Los libros de Derecho acostumbran iluminar la naturaleza del dinero diciendo que se trata de una cosa material, mueble, fungible, divisible, jurídicamente consumible y, al menos en potencia, civilmente fructífera. Y todos pensamos de inmediato en el fajo de billetes que tanto nos ilusiona o en el montón de calderilla que tanto nos incordia. A finales del siglo XVIII, la gente pensaba en cofres y bolsas llenos de monedas de oro y plata.

Como en aquellos febriles tiempos de revolución no había oro con que apoyar las emisiones, se optó por la fórmula expeditiva de sacrificar el patrón. En Francia, los títulos eran redimibles no en oro sino en suelo francés. En América, la única redención posible era la confianza en salvar el pellejo. Pero ni el suelo ni la confianza pueden calificarse propiamente de cosa mueble y, sin embargo, constituyeron la última línea de redención solutoria, que es lo que presta sustancia al dinero.

Según los historiadores, el patrón tierra estuvo vigente hasta el 16 de pluvioso del año v. El patrón confianza, en cambio, después de arrumbar al oro, es el que rige en la actualidad.

Conviene recordar estas cosas sobre la naturaleza equívoca y multiforme del dinero antes de enfrentar la esencia dinámica del depósito. De la misma manera que no es oro todo lo que reluce, tampoco es dinero todo lo que parece, sino aquello que, en cada momento, ejerce sus propiedades y surte efecto como tal. De ahí que pueda decirse, con LASARTE ÁLVAREZ, que *«la importancia real del dinero no estriba en su consideración como cosa, sino en ser medio general de cambio y de pago, así como una unidad de medida del valor atribuido a las cosas en el mercado. Estas funciones del dinero tienen mucha mayor importancia que la propia calificación como bien mueble»*.

Pues bien, apenas se aplacaron las fiebres revolucionarias, surgió, a ambos lados del charco, un intenso debate sobre la función bancaria. Para unos, el banco debía limitarse a ejercer una estricta función de custodia, de tal suerte que cualquier billete emitido de más sobre la reserva disponible era, en palabras de JOHN ADAMS, *«una estafa que se hace a alguien en alguna parte»*. Para otros, por el contrario, carecía de sentido limitarse a almacenar pasivamente un dinero que no podía utilizarse; en todo caso, argüían, convenía arbitrar las medidas de contención necesarias para garantizar la liquidez. La polémica entre el depósito de *uso* y el depósito de *custodia* estaba servida.

Actualmente, todos los bancos son bancos de reservas fraccionarias vigilados por autoridades centrales que velan por que el frágil hilo que liga el uso y la custodia no se rompa. Ninguno resistiría por sí solo el embate de una retirada masiva (buena prueba de que el depósito lo es de uso); pero al mismo tiempo está obligado a garantizar la disponibilidad (firme prueba también de que estamos ante un depósito de custodia).

X

Que estamos en presencia de una institución híbrida, una figura intermedia a caballo entre el depósito y el préstamo mutuo, un auténtico *tertium genus*, lo pone de manifiesto la indecisión y cautela con que doctrina y jurisprudencia abordan la cuestión.

Dice URÍA:

«En la práctica, los depósitos irregulares son casi siempre depósitos bancarios de numerario, y es tan clara su analogía con el contrato de préstamo (si bien nunca desaparece enteramente en el contrato la finalidad de custodia peculiar del depósito), que está justificada tanto la citada regla legal mercantil (art. 309 CCOM),

como la regla civil del mismo signo (art. 1.768 CC) y la posición de la jurisprudencia, que en aplicación de estos preceptos se inclina a conceptualizar como préstamo al contrato de que venimos hablando».

«Pero quizá en el depósito bancario de uso esté más presente que en los demás depósitos irregulares la finalidad de custodia, pues, por amplias que sean las facultades de disposición del Banco, el deber de custodia se trasluce vivo y presente a través de la inexcusable necesidad de administrar su propio patrimonio, en forma que los depositantes puedan en todo momento disponer del tantumdem. La necesidad de asegurar esa disponibilidad (liquidez) en función del deber de custodia, para responder así a la confianza depositada por el cliente en la solvencia del Banco, unida a las medidas legales de defensa del ahorro, atribuyen al depósito de uso bancario una fisonomía peculiar que le distancia del préstamo mutuo».

LASARTE ÁLVAREZ afirma:

«La admisibilidad del depósito irregular por nuestro Código es sumamente discutible, pues pese a que nuestro Derecho histórico había venido admitiendo tal figura, en el momento de la codificación parece cambiarse de signo: en concreto, el Proyecto de 1851 opta por erradicar la existencia de depósitos irregulares. En dicha línea deben ser interpretados los actuales artículos 1.767 y 1.768, pues se prohíbe el uso de la cosa depositada sin permiso expreso, estableciéndose que, cuando concurre dicho permiso, nos encontramos ante un préstamo o un comodato y no ante un depósito. Sin embargo, se constata rápidamente la clara contradicción existente entre dichos preceptos y lo establecido en el artículo 1770.2, cuyo encabezamiento (“consistiendo el depósito en dinero...”) imposibilita excluir radicalmente a las cosas fungibles del ámbito propio del contrato de depósito.

Ante ello, se propugna doctrinalmente que, para proceder a la calificación de los supuestos contractuales referidos, debe atenderse básicamente a la verdadera intención de las partes, pues en numerosos casos al realizar un depósito de dinero el depositante persigue la disponibilidad del dinero en cualquier momento (art. 1.775), sin que pase por su imaginación en ningún momento conceder un préstamo. En contra, se puede argumentar que la finalidad principal del contrato de depósito (custodia o guarda de la cosa; en este caso, del dinero) desaparece, pues la cosa fungible ingresa en el patrimonio del depositario sin posibilidad de distinguirla. No obs-

tante, es igualmente defendible entender que lo que sucede es que tal obligación del depositario se transforma en la de administrar diligentemente su propio patrimonio, o la de tener siempre a disposición del depositante una cantidad de cosas igual a la recibida.

Mas, precisamente en función de la inexistencia de dicha disponibilidad en favor del depositante, la jurisprudencia más reciente parece pronunciarse en favor de la calificación como préstamo de las imposiciones o “depósitos” a plazo fijo (SSTS de 2 de julio de 1985, 28 de noviembre de 1986 y 19 de septiembre de 1987: “...al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito —restitución de la cosa cuando le sea pedida: art. 1.766 CC— y se acentúan los del préstamo —recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto—...”). Similares problemas plantea la posible calificación del ingreso de dinero en cuenta corriente bancaria como contrato de depósito, pues hoy día es considerado por doctrina y jurisprudencia como contrato autónomo e independiente (cfr. Fund. STS de 29 de abril de 1983)».

La disponibilidad inmediata del depósito a la vista impide su confusión con el simple préstamo, por más que, asintóticamente, se aproxime a él. Tal se sigue del concurso de los artículos 1.766 y 1.775 del Código Civil: *restitución de la cosa cuando sea pedida, aunque se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución*. Es, pues, el grado de liquidez fijado en el contrato, el que nos dirá, en cada caso, y a tenor de la evolución, ciertamente vertiginosa, de los usos mercantiles, cuál de las dos instituciones reseñadas es la más cercana, siquiera en efígie, al supuesto en cuestión.

XI

Se trata, además, de un depósito *retribuido* por doble vía: nominalmente, por comisiones de mantenimiento u operativas; materialmente, por el coste de tenencia. Este último viene determinado por la diferencia entre la tasa de inflación y el tipo de interés aplicable a los tramos de saldo medio. El depositante, en realidad, paga por el continuo servicio de caja que el banco le brinda. El interés nominal que recibe por su saldo acreedor apenas mitiga los efectos de la depreciación motivada por el alza de los precios o las oscilaciones de la divisa. Porque el dinero funciona, no sólo como medio de cambio y unidad de cuenta, sino, también, como *depósito de valor*.

Este billete de 10 euros con número V04516465603 que contemplo intrigado en este preciso instante, es *un título de crédito que ostento contra la*

Unión Europea, un resguardo de depósito canjeable por mercancías o servicios almacenados en las consignas del Mercado Común. ¿Quién es la Unión Europea? Es el comerciante que me despacha, por ejemplo. ¿Dónde está el almacén? En la librería de la esquina, por ejemplo. ¿Cuál es el título de depósito? El billete irredento. ¿Cuál el valor? El libro que me compro.

Si ingreso el billete en una cuenta corriente, el talón es ahora *el título de crédito que ostento contra el Banco*. Podemos seguir la cadena hacia atrás o hacia delante. Entrego la libreta al encargado del hotel para que me la guarde y me da un recibo. Ahora ostento *un crédito contra el hotel*, aunque no pecuniario, y soy titular de un *depósito regular de custodia*. Luego, tengo el libro en mi poder. El libro es, o así lo espero, *un depósito de sabiduría*, cuyo contenido acredito contra el autor que, por supuesto, es digno de todo crédito. Los lectores impenitentes somos en verdad febriles acreedores que, cual voraces lampreas, devoramos todo lo que cae en el Tíber. Si quedamos satisfechos después del soberbio festín, nos prodigamos en elogios hacia el autor que acabamos de devorar y en un arranque de cortesía nos reconocemos en deuda con él; deuda cierta, porque un buen libro vale más que el mísero billete con que se paga. Si quedamos decepcionados, siempre podemos replicar lo que VOLTAIRE a cierto historiador enemigo suyo: «*Un historiador tiene muchos y muy diferentes deberes. Permítame que le recuerde algunos importantes: el primero, no calumniar; el segundo, no aburrir. La infracción del primer deber se la puedo perdonar, porque su obra va a ser muy poco leída; mas la segunda sí que no se la perdono, porque tuve que leer el libro*».

Lo que quiero decir, en definitiva, es que nos encontramos ante una muñeca rusa. Un depósito de libreta, que es un depósito de numerario, que es un depósito de valor, que es un depósito de sabiduría o de felicidad o de necesidad o de tormento o de venganza. Pero, como no es el momento de disertar sobre la extraña fuerza que mueve a los pueblos (TOLSTOI) ni sobre el amor y el hambre que gobiernan el mundo (SCHILLER), me limitaré a señalar, en esta torpe aproximación jurídica, que, puesto que el valor del billete de 10 euros es *lo que puedo comprar con dicho billete*, si no compro de inmediato el libro de marras, aparte quizá de perder una ocasión de oro o librarme acaso de una tortura china, habré perdido valor y ello tanto si lo guardo en la cartera como si lo ingreso en cuenta corriente.

En el mejor de los casos, el mal menor consiste en que sea el banco quien se lucre con mi pérdida en beneficio de terceros que ignoro y a cambio de los servicios que me presta. Por ello, recuerda LASARTE ÁLVAREZ que «*tradicionalmente la retribución en el depósito suponía la calificación del contrato como arrendamiento de servicios, préstamo o contrato innominado do ut facias* (GARCÍA GOYENA, art. 1.660, Proyecto 1851)».

XII

Contra la tesis de que la cuenta corriente es depósito retribuido y no préstamo cabe oponer que, mientras el banco devuelva al menos tanto como recibió, se conserva y no invalida la institución del mutuo, debido en esencia al carácter *naturalmente gratuito* del contrato y a la presencia del *principio nominalista* que inspira nuestro Derecho. Inexorablemente, saltan a la palestra los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil y 312 del Código de Comercio.

Pero estos preceptos sólo sientan la vieja regla romana de que el mutuario cumple restituyendo el *tantumdem eiusdem generis et qualitatis*. Lo que no sucede en el depósito a la vista pues, aunque se devuelve otro tanto de la misma especie, no lo es de la misma calidad, sino de calidad inferior y no sólo en relación con el valor en curso del dinero, sino, incluso, con el valor legal que la ley establece al decretar el precio oficial del mismo.

Desde luego que no es ilícito estipular un interés inferior o, más aún, ningún interés. Ya lo decía PAULO, que «*se admite como natural el comprar en menos lo que vale más o vender en más lo que vale menos*». El depositante asume sin más el demérito por deterioro natural e inevitable de la suma que confía y retribuye los gastos y servicios que le ofrece el depositario abandonando, en concepto de merced, la diferencia siempre aleatoria que exista entre la valuta y el valor.

Justo o no, lo cierto es que constituye uso mercantil consolidado y práctica bancaria a diario sancionada por la experiencia y en todas partes de todos consentida, amén de impuesta por las necesidades del tráfico ordinario. Pero de ahí a decir que semejante cosa se deriva de un préstamo sujeto al imperio del principio nominalista media un abismo.

En este punto, LASARTE ÁLVAREZ cuestiona incluso la existencia misma de dicho principio y sostiene que no encuentra anclaje en ninguna disposición legal expresa, no temblándole la pluma a la hora de dedicar al nominalismo frases de grueso calibre: «...una *rémora del pasado* y una *cantinela doctrinal que quizá no ha sido analizada con el debido detenimiento*». No se libra de la quema ni el eximio HERNÁNDEZ GIL, de quien toma precisamente su argumento de la norma con arraigo ético-social para llegar justo a la conclusión opuesta y defender con empaque y brío la validez de las cláusulas de estabilización.

XIII

En cualquier caso, considero que la borrosa frontera entre el depósito y el préstamo puede situarse en el *quantum* nominal incrementado por la tasa legal de interés, fórmula que a un tiempo respeta la *qualitas* civil y la *aes-*

timatio mercantil. De este modo, ni se incurre en un cerrado nominalismo ni se postula tampoco la deuda de valor. Al calor de este criterio, quien paga es más depositante y menos prestamista; y quien cobra, más prestamista y menos depositante. Y así lo entiende, sin más, el común del vulgo, cuyo leal saber y entender distingue paladinamente la diferencia que existe entre la cuenta corriente, que es tener dinero sin haber interés, y la imposición a plazo, que es rascar interés sin oler dinero. A nadie se le cruza por las mientes que un depósito a la vista sea hacerle un préstamo gratuito al banco como si éste fuera algún familiar o amigo. Más cercano se le antoja el rancio *condes-sijo* de las Siete Partidas, «*a que en latin llaman depositum*», que es «*quando un ome da a otro su cosa en guarda, fiándose en el*».

XIV

En lo que sí concuerda unánimemente toda la doctrina es en el hecho de la transmisión de la propiedad de bienes fungibles, trátase de depósito de numerario o de préstamo mutuo, así como en los casos de prenda irregular o en los de usufructo impropio.

En el depósito a la vista, tal postura parece inatacable: pues no es sólo que pase el dinero al banco, sino que, apenas en el banco, ya está en manos de un tercero. Y sin embargo es paradoja que si a un tiempo se pregunta a todos de quién es el unto que a la par disipan, digan todos al unísono: «Mío», y todos tengan su punto de razón... pues el depositante compra, el banco invierte y el prestatario gasta. Y mejor no meneallo, no sea que se ofendan y anden a pique de armar querella por un quítame allá esas pajas, reclamando cada cual su fuero con enconada porfía.

¿Dónde está el truco? Ya lo hemos visto: en el fenómeno de la expansión múltiple o creación de dinero por los bancos. Desde el punto de vista del Derecho de obligaciones, la cosa parece sencilla: el depositante tiene un crédito contra el banco, el cual, a su vez, lo tiene contra terceros.

Pero bajo la óptica del Derecho de cosas, el tema es algo más complejo. Y lo es porque el cuentacorrentista no sólo tiene la posibilidad de rescatar en efectivo la suma depositada, sino que cuenta en su poder con un título que le habilita para el canje directo por bienes, productos o servicios. No sólo es titular de un derecho de crédito (*creditor*). También lo es de un derecho real (*dominus*). Ostenta la doble condición de acreedor y propietario.

Y si nos preguntamos qué clase de objeto es apto para otorgar al depositante esa doble condición, la respuesta no puede ser otra que *el título de crédito* en cualquiera de sus diversas modalidades.

De acuerdo con el profesor URÍA, «*el título de crédito puede ser definido como aquel documento necesario para ejercitar el derecho literal y autóno-*

mo mencionado en él». La autonomía del derecho se concilia con la circulación del título porque «el que adquiere un título antes del vencimiento adquiere una cosa material (el documento), a la que va inseparablemente unido un derecho (ius propter rem) que, como tal derecho, puede ejercitarse o no (...) cuando el título circula, renace ex novo en cada nuevo adquirente la facultad... (...) y sólo en el último poseedor se da la titularidad del derecho de crédito que durante la circulación estuvo latente».

En relación con el aspecto jurídico-real del título, afirma URÍA:

«Con la incorporación del derecho al título se consigue (en mayor o menor medida, según el grado de incorporación) la objetivación de ese derecho o, si se quiere, la objetivación del crédito, en el sentido de que al quedar vinculado el crédito al documento material y correr la suerte de éste, de un lado confiere al documento un valor que éste no tendría por sí (el valor del crédito o derecho), convirtiéndole en una res nova, y de otro, permite movilizar ese valor movilizándolo el documento.

Por eso, junto al aspecto puramente obligacional (derecho a una prestación), ofrece también el título de crédito un aspecto jurídico-real muy importante. El título funciona en el comercio como cosa (res) que puede ser objeto de negocios jurídicos y de derechos reales, recibiendo el tratamiento jurídico de las cosas muebles. Los títulos se compran, se venden y se permutan, se transfieren y adquieren por sucesión mortis causa y por donación, pueden ser objeto de depósito, de transporte, de prenda o de usufructo y ser judicialmente embargados y enajenados en procedimiento de apremio. Y en todos estos casos la relación jurídica recae directamente sobre el título o documento como cosa en sentido corporal, y sólo indirectamente sobre el derecho incorporado, aunque en verdad sea éste quien da valor a aquél.

Con la incorporación de un derecho al título-valor se fortalece la posición jurídica del adquirente, liberándole de los eventuales riesgos que, sobre su adquisición, debería soportar en el régimen de cesión de derecho común. Lo anterior cristaliza en la protección cartular de la transmisión y se vertebra sobre la apariencia y propio el texto literal de la misma. Esta protección cartular sólo desplegará sus efectos cuando exista auténtica entrega material, pues no bastan las formas de traditio ficta, porque la protección se basa en la publicidad generada por la entrega y posesión efectivas. Estos riesgos pueden ser también conjurados por el derecho común de la cesión de créditos y demás derechos incorporales; sin embargo, para ello, sería necesario adoptar medidas de seguridad privadas

que supondrían un coste adicional a la relación, en tanto que el sistema de incorporación cartular facilita esa seguridad evitando acudir a los onerosos costes que genera la circulación de derecho común».

XV

El título de crédito del depósito de uso a la vista es, por antonomasia, el cheque. Si, por un lado, no hay inconveniente en aceptar que el depositante pierde la propiedad del efectivo depositado, por otro lado, hay que admitir que, con la entrega del talonario, adquiere la propiedad de dinero bancario. Virtualmente, se produce una retransmisión automática de la propiedad del dinero en la que se substituye una forma fiduciaria por otra, conservando incólume la facultad de goce y disposición. Hay permuta de títulos o compraventa de dinero: dinero efectivo por dinero bancario. O dinero bancario por dinero bancario, que es el supuesto más frecuente.

El depositante acreedor recibe en garantía de su crédito la propiedad de un título cuya tradición al deudor depositario opera como requisito esencial de extinción de la obligación primitiva. La institución jurídica que mejor le cuadra es la *fiducia cum creditore* del antiguo Derecho romano. El depositante ya no es un vulgar prestamista: ha devenido propietario y, en tanto que tal, puede, en el ejercicio de su poder de disposición, constituir derechos reales que graven su dominio sin más límite que restituir el título cuando el crédito se extinga.

Y entre los derechos susceptibles de constitución se encuentra, sin duda, el de prenda, que es el que ahora nos interesa.

XVI

Sostiene el profesor ANTONIO DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ-RADIO, en su *Estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios*, que puesto que no es posible ni la prenda genuina ni la irregular del dinero colocado en depósito, sólo cabe la prenda del crédito. Si, por ejemplo, el efectivo se especificara tomando la referencia de los billetes, sería factible una prenda ordinaria de custodia. Si, por el contrario, se entregase una suma de dinero sin especificación, estaríamos ante una prenda irregular (la vulgarmente conocida como *fianza*, que nada tiene que ver con su contrato tocayo y que es simplemente una prenda de cosa fungible). Mas si el dinero reza en una cuenta a la vista, no cabe prenda alguna sobre el mismo al convertirse el depósito de uso en préstamo. Básicamente el silogismo al que nos enfrenta es el siguiente:

MAYOR: «*Es requisito esencial del contrato de prenda que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña*».

MENOR: Es así que «*el banco se convierte en propietario del dinero*».

CONCLUSIÓN: Luego «*el cliente no podrá dar en prenda ese dinero, sencillamente porque no es suyo*».

Los fundamentos legales que DE LA ESPERANZA alega en defensa de su tesis son los artículos 1.768 y 1.857 del Código Civil. Acerca del primer artículo, ya he cuestionado en su momento la supuesta transformación irrestricta del depósito de uso en préstamo. Y negada semejante metamorfosis, ahora ya de plano, cabría cuestionar incluso la aplicación del artículo 1.753 relativo a la adquisición en propiedad del fungible. Si no hay préstamo, no hay enajenación.

Ahora bien, cabe admitir que la transmisión se produce integrando la laguna mediante analogía de ley, dada la identidad de razón. Pero cabe otra posibilidad sobre la que voy a permitirme una breve digresión.

XVII

En el caso presentado por DE LA ESPERANZA ante la Academia Granadina del Notariado en noviembre de 1984, se relata el supuesto verídico de cinco hermanos de edad proecta que desean encomendar a un sobrino la urbanización de sus fincas rústicas y se enfrentan al problema de la revocación del poder por causa de fallecimiento.

Entre las diversas soluciones posibles, que no voy a entrar a discutir, caben dos extremas. Una, fiscalmente temeraria y sobre la cual mejor correr tupido velo, consistiría en realizar una donación remuneratoria con cláusula de reversión y carga modal de ejecución del negocio. Otra, más lógica y práctica y no tan caritativa con el fisco, es la que propone DE LA ESPERANZA en su escrito y que presta título al mismo: *arrendamiento de obra y constitución de usufructo con facultad de disposición*.

Sangrías fiscales aparte, lo importante aquí es destacar que mientras que la primera entraña transmisión del dominio, la segunda preserva escrupulosamente su titularidad. En el caso real, que se llevó a efecto, se dispuso en escritura pública que la facultad dispositiva se extendiera a los actos de riguroso dominio y hubo subrogación real en el precio de la compraventa con detracción de gastos y retribución pactada.

Pues bien, a poco que se mire, también podría predicarse otro tanto en relación con el depósito *sui generis* que nos ocupa. En virtud del contrato de depósito, la entidad de crédito no sólo usa y dispone, amén de prestar unos inestimables servicios, sino que también se apropia de los frutos civiles

que la posesión de dinero genera y paga por ello un canon estipulado en forma de intereses. Habría, pues, un arrendamiento de servicios en conjunción con un usufructo dispositivo. Y si bien en sede de obligaciones, la analogía con el préstamo da buena cuenta del aspecto crediticio de la relación, en sede real resulta, en cambio, más próxima la figura del usufructo. Con una ventaja singular y es que el Código sí contempla expresamente el usufructo de cosas consumibles en el artículo 482. Y no hay nada tan consumible como el dinero, pues no puede usarse sin que desaparezca de la esfera jurídica de su tenedor. También aquí subsiste la polémica sobre si hay o no transferencia de propiedad.

La discusión no deja de ser un tanto bizantina pues admite respuesta en ambos sentidos: sí, respecto de la especie; no, respecto del género. De las cosas fungibles que se determinan por su peso, número o medida, decía PAULO que «*al pagarse valen por el género más que por la especie*». Y respecto del cuasiusufructo, decía ULPIANO: «*...o lo que es más práctico, deben estimarse las cosas y garantizar la cantidad cierta*». Si, en materia inmobiliaria, puede ponerse en cuarentena el *salva rerum substantia* constituyendo un usufructo con facultad de disposición, lo mismo cabe alegar *mutatis mutandi* en relación con el dinero. Ciertamente al propietario de bien inmueble le ampara un título inscrito en el Registro cuyo folio refleja las vicisitudes por que la finca atraviesa. Pero también los movimientos de cuenta siguen el sistema de inscripción mediante *transcriptio nominum* que se registra en las nuevas formas informáticas del *codex accepti et expensi*. De donde resulta que mientras exista un residuo de *habere*, un baluarte vindicatorio, un poder dispositivo, cabe hablar tranquilamente de propiedad sin desgarrarse la camisa. Y ello es así tanto si postulamos la propiedad del efectivo genérico (teoría realista de existencia del universal abstracto dentro de las cosas incorpóreas *quae intelleguntur*) como si defendemos la propiedad del título de crédito (teoría nominalista de existencia del particular concreto dentro de las cosas corporales *quae sunt*).

XVIII

Cerrada la disgresión, procede examinar a renglón seguido la cuestión posesoria. Señala DE LA ESPERANZA que «*la exigencia de la entrega de la cosa pignorada para que nazca el derecho real de prenda no es sino una consecuencia del sistema sancionado por nuestro Código Civil para la adquisición de los derechos reales mediante contrato (título) y tradición (modo)*». Dado que apuesta decididamente por la prenda de crédito y niega toda posibilidad de tradición material en habiendo depósito, DE LA ESPERANZA escruta tres modos: la tradición instrumental mediante escritura pública; la tradición simbólica mediante entrega de los títulos de pertenencia; y la cuasitradicción por

uso consentido del pignorante. Y cita muy oportunamente la Ley I, Título XXX, Partida 3.^a Dice ésta en efecto:

«Según dixeron los sabios antiguos, possession es tenencia de-recha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento».

«Las cosas que non son corporales, así como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos por que demanda un ome sus debdas, e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden poseer; mas usando dellas aquel a quien pertenece el uso, consintiendo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesion».

También podemos encontrar en Lo Codi VII, 30:

«Que es possession quier dezir tenençia:

Posseyr es quando aquel que tiene la cosa ayuntó los pies de suso de la una parte assi como es de una tierra o de una casa, o quando la él toma con la mano assi como es de una cosa mueble o quando él a la cosa delante sus ollos assi que él la vio. Mas siempre debe aver voluntat de posseyr aquel que quiere posseyr. Et debe començar a posseyr por la voluntat d'aquel que tiene la cosa».

Y en Lo Codi VII, 33, 2:

«Quales cosas pueden ser posseydas:

Otrossi aquellas cosas que non son corporales assi como son las servidumbres non pueden ser posseydas “propiamente” por ome. Mas quando ome usó aquellas cosas otro tal es entendido comosi oviesse la teneçion e otro tanto le val».

Comenta al respecto LÁZARO GUILLAMÓN que las cosas incorporeales «aun-que no pueden ser poseídas en sentido estricto, sí que pueden ser usadas, y es precisamente este uso lo que equivale a la posesión».

Fruto de este arrastre histórico y de la equivalencia sentada es la definición contenida en el artículo 430 del Código Civil:

«Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona».

Así como la aplicación analógica del artículo 1.464 del Código en sede de compraventa: *se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del ad-*

quirente los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo adquirente, consintiéndolo el transmitente.

Entiende DE LA ESPERANZA que semejante uso de derecho puede llevarse a efecto mediante el bloqueo del saldo, un derecho de inspección o la prohibición de reintegro. Considera, además, que dicha fórmula otorga un plus reforzado de garantía superior a la sola escritura pública o la simple entrega del talonario. De lo que se trata, en definitiva, es de coartar la facultad de que goza en todo momento el depositante, tanto para retirar fondos cuanto para librar cheques.

XIX

Ahora bien, a la luz de la hipótesis desarrollada en el anterior excursus, puede contemplarse la situación como algo más que el solo hecho de que el depositante sea un prestamista que empeña su crédito. Constituido el depósito, el dinero se expande admitiendo una doble titularidad. En sede de usufructo impropio, el depositante sería *dominus proprietatis* y la entidad bancaria *dominus usufructus*. También, según otra versión, cabría considerar ese contrato como un negocio *fidei fiducia causa*, en cuya virtud la entidad transmite la propiedad de dinero bancario en garantía de la restitución del crédito en efectivo.

En cualquiera de las dos variantes, el depositante ostenta el pleno dominio de los títulos de crédito o, hablando con más propiedad, del poder irrestricto de su emisión. De hecho, el talonario que recibe es simplemente un título de legitimación que le habilita para ejercitar el libramiento. Hasta que no está completado, el talón no se transforma en cheque. Y puesto que éste, apenas librado, nace vencido, difícilmente puede ser objeto de prenda, salvo dentro de su corta existencia. Y tampoco, aunque se pueda, tiene sentido datarlo con fecha del vencimiento del crédito que garantiza, pues es presentable al cobro de inmediato. Pero la tenencia del talón por tercero impide al titular que lo libre y al acreedor que lo cobre, con lo que se consigue, al menos, el efecto de desplazamiento posesorio sin el uso.

En cualquier caso, sea por entrega de talones o bloqueo del saldo, se opera una segunda escisión del *dominium* entre la *nuda proprietas* del deudor pignorante y la *vacua possessio absentiam* del acreedor pignoraticio. El *usus facti* queda radicalmente abolido, lo cual no es de sorprender ya que no es otro el resultado nefasto a que aboca toda prenda que se precie.

XX

Pero el profesor DE LA ESPERANZA va todavía más allá al proclamar la validez del pacto comisorio cuya prohibición considera no de aplicación en el supuesto de la prenda de crédito. Combate lo dispuesto en el artículo 1.859 del Código Civil, alegando tres razones fundamentales. En primer lugar, la supresión de la cláusula *«aunque así se hubiere estipulado»* del Proyecto de 1851. En segundo lugar, la posibilidad de adjudicación por subasta desierta. Y en tercer lugar, por lo absurdo de la subasta en sí. De tal suerte, el profesor DE LA ESPERANZA afirma que:

«Pese a tal prohibición, hay que llegar a la conclusión de que la apropiación del dinero existente en la cuenta corriente es el medio adecuado para ejecutar la prenda».

Y sentencia de modo inapelable:

«Si la subasta persigue la realización de la prenda en dinero, cuando la misma prenda es dinero de curso legal no hace falta convertirlo en dinero porque ya es dinero».

Que la subasta deviene inútil es cosa que, por evidente, no requiere comentario. Pero de la innecesariedad de la subasta no se sigue automáticamente la apropiación. Porque la apropiación no es el medio para ejecutar, sino el resultado de la ejecución. El *ius distrahendi* es el derecho del acreedor para instar la enajenación. La *lex commissoria* es el derecho de apropiación directa. Decir que porque el bien pignorado consista en dinero, ya no es precisa su enajenación, y, no siendo precisa ésta, cabe el derecho de comiso, del que se insinúa su carácter plenamente dispositivo, es olvidar que lo esencial en la prohibición del pacto no reside en si el bien se subasta o no, sino en la necesidad de seguir un procedimiento previo de carácter público antes de que la titularidad del bien cambie de manos. Lo cual impide de plano la realización del valor en vía privada, pese al poder irrevocable y al requerimiento notarial donde busca ilusorio refugio, apenas encuentre una sombra de oposición del deudor pignorante o del pignorante no deudor. Si el deudor consiente, no consiente: paga. Hay cesión de crédito más que ejecución de prenda. Y si no consiente —ordenando al banco que no atienda pagos a fulano, revocando el poder otorgado, afirmando en el acta de requerimiento que ya pagó en su día, etcétera—, entonces el pleito está servido. El acreedor frustrado tendrá que hacer valer su título de ejecución (escritura pública o póliza mercantil) en procedimiento notarial o judicial.

Ambas vías de ejecución son facultativas y no excluyentes, pero tanto una (la vía del art. 1.872 del Código Civil) como otra (la del art. 681 de la Ley

de Enjuiciamiento) no tienen otro objeto, como es comúnmente admitido, que impedir la indefensión y el abuso. De suerte que la auténtica *ratio legis* del artículo 1.859 del Código no estriba en que no pueda apropiarse ni disponer, sino en no poder hacerlo *por sí mismo adjudicándose directamente de modo automático el dominio del bien pignorado*. En este sentido, afirma MORENO DE LA SANTA GARCÍA que «*el espíritu del art. 1.872 del Código Civil no es otro que el de introducir la necesaria intervención de la Fe Pública para velar por los intereses del constituyente de la prenda*». Cabe igualmente la adjudicación directa, sin subasta, en sede judicial, a tenor de lo dispuesto en los artículos 634.1 y 694 LEC.

Lo que ocurre es que ninguna de las dos vías es imperativa para realizar el valor, sino requisito necesario de ejecución forzosa, que no priva a las partes de proceder al cumplimiento de la manera que estimen pertinente. Mas si cumplen por su cuenta y de mutuo acuerdo, lo que hay, más que ejecución unilateral, es dación convencional para o en pago, según gustos doctrinales. En caso de saldos bancarios, parece, en principio, que lo más propio es la *datio pro soluto* extintiva y liberatoria con transmisión de propiedad; pero creo que también cabe la *cessio pro solvendo* con mandato liquidatorio, atendiendo a la posible disparidad entre el crédito pignorado y el crédito garantizado.

No obstante, buena parte de la doctrina admite la validez del pacto comisorio a virtud del principio de autonomía privada sito en los artículos 1.255 y 1.091 de nuestro Código. En general, se asimila el pacto comisorio a un convenio de realización *inter partes*, que puede lícitamente establecerse en cualquier momento, sea cuando se constituye la garantía o antes o después del vencimiento del préstamo garantizado. Y se recuerda (y es fuerte argumento) que tal excepción no fue nunca abolida, ni en el Derecho romano ni en las Siete Partidas. Lo que se abolió fue el derecho irrestricto de comiso (*lex commissoria*), no el convenio de mutuo acuerdo sobre las condiciones de ejecución (*pactum de lex commissoria*). Así se encuentra en las Partidas donde dice que «*si el pleyto fuesse puesto de guisa que si el peño non le quitasse fasta dia cierto el que lo empeño, que fuesse suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto precio quanto le apreciassen omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria, asi como diximos en el titulo de las promissiones, de los pleytos e de las posturas, en la ley que fabla en esta razon*». Y GUILARTE ZAPATERO sostiene en sus *Comentarios*:

«*La eficacia del convenio es incuestionable por cuanto que el deudor ha tenido la posibilidad de no acceder al pacto en cuestión y soportar la realización del valor de la cosa a través de los correspondientes procedimientos de ejecución*».

En consecuencia con lo dicho, puede afirmarse que la regla general consiste en arrojar sobre el acreedor pignoraticio la carga de accionar vetándole

de plano la vía de hecho y concede al deudor pignorante la facultad de oponerse en régimen de contradicción. Pero como no tiene sentido exigir al acreedor que accione cuando no media oposición de ningún género, lo que supondría agravar costes en perjuicio del deudor, hay que admitir la realización en convenio sin necesidad de intervención. Si lo estipulado en el pacto se cumple, no podrá luego el deudor invocar la nulidad sobre la base de que se ha infringido una norma imperativa. Y si no se cumple, no podrá tampoco el acreedor reclamar la propiedad sobre la sola base del pacto, sino conforme al título de ejecución y dentro del procedimiento ejecutivo. Y si, encima, tampoco tiene el acreedor póliza ni escritura, habrá de ir al declarativo ordinario como todo el mundo. Lo esencial es que se preserve la igualdad de armas, no que se obligue a nadie a batirse en duelo para demostrarlo.

Sobre las tres sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 27-12-85, 19-9-87 y 18-7-89) que DE LA ESPERANZA somete a cerrada crítica, cabe decir que, al cabo, el propio Tribunal Supremo ha venido a darle la razón. En efecto, cuenta MORENO DE LA SANTA GARCÍA que, después de la sentencia de 27 de diciembre de 1985, se sucedieron en cascada una serie de sentencias cuyo *leit motiv* consistía en decretar la invalidez de la pignoración de depósitos alegando que no tenían naturaleza de títulos-valores. «*Ante esta situación, el sector bancario, como medida preventiva —dice el citado autor—, rechazaba el otorgamiento de este tipo de garantías en la mayoría de los casos, por temor a que pudieran considerarse nulas y sin efecto alguno, al menos frente a terceros*».

Dos sentencias del año 97 han determinado un cambio radical en la línea de jurisprudencia. No sólo admite la validez de la prenda de crédito, sino también la ejecución pactada y la transferencia posesoria por la mera notificación al depositario.

Así la sentencia de 19 de abril de 1997:

«*La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca necesariamente en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir, o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración*».

«*La imposición bancaria a plazo origina a favor del imponente el nacimiento del crédito contra el banco depositario de su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de prenda*».

«*La pignoración del crédito obliga a cumplir con el requisito de la desposesión del titular que lo pignora, mediante la comunicación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1.572) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará dicha titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro*».

Y la sentencia de 7 de octubre de 1997:

«Es evidente que, eficaz contra terceros por la intervención de Corredor de Comercio (art. 1.865 CC), los créditos pignorados quedan fuera de la masa de la quiebra, sujetos a ejecución separada por el acreedor pignoraticio de acuerdo con el artículo 918 del Código de Comercio. Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento inapropiado aquí del artículo 1.872 del Código Civil, sin que por ello se pueda decir que se ha producido compensación en la quiebra, porque, repetimos, estamos ante una ejecución separada de la prenda, cuyo objeto no ha entrado en la masa de aquélla».

XXI

Si la antigua jurisprudencia rechazaba la prenda negando al crédito el carácter cósmico, la nueva la consagra reificando al crédito. Todo ello viene a abonar la tesis mantenida desde un principio, a saber, que el depósito bancario constituye una forma de dinero que arranca del Renacimiento y llega hasta nuestros días. Es dinero porque, como sostienen los economistas, opera como medio de cambio, unidad de cuenta y depósito de valor, y, sobre todo, porque se acepta en el tráfico ordinario para adquirir bienes, productos y servicios o derechos sobre tales bienes y servicios o derechos sobre tales derechos. Que eso que se acepta sea una reluciente moneda de oro, un trozo de papel o una tarjeta de plástico, es casi lo más irrelevante de todo. Ya lo advertía GALBRAITH: *es lo que se da o se recibe generalmente por la compra o la venta*. Y mucho antes que él nuestro SARAVIA DE LA CALLE al referirse a aquello *que se conmute, trueque o cambie en vez de dinero*. Desde el buey homérico hasta la tarjeta electrónica, el dinero ha ido no sólo mudando de manos, sino también mudando de cuerpo. Se ha desmaterializado progresivamente en consonancia con nuestra capacidad de abstracción y de complejidad hasta convertirse en lo que es ahora mismo, aunque la gente y los juristas sigan todavía pensando en términos de billetes, siquiera por tener un punto de referencia visual. Y eso en que se ha transformado consiste en un número abstracto, un simple algoritmo matemático, una cantidad abonada en cuenta, una serie de dígitos almacenados en la memoria de un ordenador. También una cifra de poder que sirve para comprarse un par de zapatos o poner en pie de guerra a todo un ejército. El denominado de curso legal es sólo un freno político que impide que el caballo se desboque cabalgando a sus anchas. Es una *cosa* sobre la que tenemos cierto poder y también un *crédito* que nos confiere poder sobre alguien. En sus orígenes comenzó siendo una cosa que además hacía las veces de crédito. Hoy es a todas luces un crédito que adopta figura

de cosa. Su esencial ultrafungibilidad lo ha convertido en un ente matemático de razón y a la propiedad jurídica del mismo en un acto elemental de imputación contable. Incluso el simple manejo de efectivo lleva camino de convertirse en una reliquia histórica como aquellos nobles de la rosa que, según la leyenda, fabricó RAIMUNDO LULIO con oro alquímico. Su metamorfosis en un *quantum* matemático forzosamente tiene que desafiar nuestras arraigadas concepciones sobre el préstamo, el depósito o la prenda. Estas relaciones jurídicas surgieron en un mundo que todavía podía permitirse el lujo de manipular objetos tangibles. Pero nosotros nos hallamos condenados a operar con procesos cuya complejidad desborda el límite de nuestra comprensión. Arrojar luz sobre tamaña mudanza es el reto que el Derecho afronta si no quiere, como el búho de Minerva, levantar sus alas a la caída de la noche, en palabras de HEGEL. Hay que intentarlo porque, como el propio HEGEL nos recuerda en la *Fenomenología del Espíritu*, «*el temor a errar es ya un error*». Yo, en lo que a mí concierne, estoy seguro de haber cometido más de uno a lo largo de estas páginas. Sólo puedo aducir en mi descargo aquello que PANDOLFO PETRUCCI respondió a NICOLÁS MAQUIAVELO: «*Deseando cometer los menores errores posibles llevo mi gobierno día a día y arreglo mis asuntos hora tras hora, porque los tiempos son más poderosos que nuestras cabezas*».

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- SAMUELSON/NORDHAUS, *Macroeconomía*.
 KENNETH GALBRAITH, *El dinero*.
 STIGLITZ, *El malestar en la globalización*.
 CANETTI, *Masa y poder*.
 MARÍN ORTIZ, *Bancos y Banca*.
 — *El crédito*.
 GANE, *La moneda*.
 LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*.
 URÍA, *Derecho Mercantil*.
 GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*.
 — *Jurisprudencia romana*.
 LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por transcurso del tiempo*.
 GONZÁLEZ POVEDA, *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*.
 MORENO DE LA SANTA, *Prenda de valores en garantía*.
 GARCÍA, *En garantía de operaciones crediticias*.
 DE LA ESPERANZA, *Estudio sobre la pignoración*.
 MARTÍNEZ-RADIO, *De cuentas corrientes y depósitos bancarios*.
 — *Arrendamiento de obra y usufructo con facultad de disposición*.

De nuevo, sobre la multipropiedad: La exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno (Una réplica cordial)

SUMARIO: I. LA LEY DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES (LAT) Y LA POLÉMICA EXISTENTE EN TORNO A SU ARTÍCULO 4.3.I, RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE GOCE POR TURNOS.—II. LA ADECUADA INTERPRETACIÓN —LÓGICA, HISTÓRICA Y GRAMATICAL— DEL ARTÍCULO 4.3.I LAT, COMO NORMA CLAVE, Y LA INUTILIDAD DE ALGUNAS OTRAS NORMAS —SATÉLITES— DE LA LAT QUE, SIN SERVIR PARA INTERPRETARLO, SIMPLEMENTE LO CIRCUNDAN.—III. EFECTOS, NECESARIOS Y POSIBLES, ANTE LA INOBSERVANCIA DEL ARTÍCULO 4.3.I LAT.

I. LA LEY DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE BIENES INMUEBLES (LAT) Y LA POLÉMICA EXISTENTE EN TORNO A SU ARTÍCULO 4.3.I, RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE GOCE POR TURNOS

Hacía ya mucho que el goce por períodos con destino vacacional, más conocido como *Time-sharing*, era una realidad muy extendida en el mundo, sobre todo por nuestra turística piel de toro (1), mas no siempre estuvo co-

(1) Como muestra de las ventajas del *Time-sharing*, de su génesis, y de su éxito en España, vid., respectivamente, los párrafos primero, segundo y tercero del apartado I de la Exposición de Motivos de la LAT.

rrespondida por un reconocimiento legal específico. Este era nuestro caso hasta no hace mucho. Frente a su previsión expresa en cierta normativa extranjera (Portugal, Francia y Grecia) y comunitaria, destacando al respecto la Directiva Europea 94/47/CE, de 26 de octubre (2), en nuestra regulación brillaba por su ausencia: sólo algunas normas autonómicas (en Canarias y en las Islas Baleares) (3) y un par de decisiones «jurisprudenciales» (RDGRyN de 4 de marzo de 1993 y STS de 12 de febrero de 1998) (4), abordaban, con alcance reglamentario las unas y parcialmente las otras, esta atípica situación. Con ocasión de la RDGRyN citada, puede verse, entre otros, nuestro trabajo «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1996, págs. 279-351, donde ya nos pronunciamos *de lege lata*, conforme a los principios del Derecho de cosas contenido en el Código Civil y en la legislación hipotecaria, sobre la conveniencia de que el régimen constituido en multipropiedad fuese elevado a escritura pública para luego ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

Tras no pocos intentos abortados (5), y dando, por fin, cumplimiento, aunque con retraso, a la Directiva Europea de 1994 (*vid.* su art. 12), nuestro legislador ha sido capaz de colmar aquella «laguna» legal y de culminar una meta hace ya años ansiada en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (en adelante, LAT), que amén de respetar la normativa autonómica existente

(2) Véanse, al respecto, los párrafos quinto y decimoquinto del apartado I de la Exposición de Motivos de la LAT.

(3) Eran, entre otras, la Orden de 25 de agosto de 1989 en Canarias, y la Orden de 15 de enero de 1990 en las Islas Baleares. Ahora, en su sustitución, destacan en las Islas Canarias, el artículo 46 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo, y el Decreto 272/1997, de 27 de noviembre, sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido, y en las Islas Baleares, el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, regulador de determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y el artículo 12 de la Ley General Turística de 24 de marzo de 1999.

(4) Que se limitó a afirmar «la diferente naturaleza que puede presentar la denominada multipropiedad, atribuyendo al titular un derecho que puede ser tanto real como personal, según los casos». *Stricto sensu*, sin embargo, el término «multipropiedad» debe quedar restringido al supuesto de copropiedad.

(5) Han sido los Borradores de Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad, de febrero de 1988, elaborado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante B-88); el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos Inmobiliarios, de 20 de octubre de 1989 (en adelante B-89); el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos Inmobiliarios, regulador de los complejos urbanos, de la propiedad horizontal y de la multipropiedad, de 18 de diciembre de 1991, elaborado por el Ministerio de Justicia (en adelante B-91); el borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, de enero de 1992, redactado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (en adelante B-92); y el borrador de Anteproyecto de Ley sobre aprovechamientos por turnos de bienes inmuebles, de 6 de septiembre de 1994, elaborado por el Ministerio de Justicia e Interior, en colaboración con el Ministerio de Comercio y Turismo (en adelante B-94).

antes de ella sobre esta figura, permite su modificación, como así ha sucedido, o su desarrollo en las Comunidades Autónomas donde aquélla no exista (art. 149.1.18.º CE y Disposición Final Única LAT) (6). En su breve período de vigencia transcurrido, la LAT ha sido, sin embargo, objeto de algunas modificaciones llevadas a cabo a través de una práctica legal tan común en los últimos tiempos como en buena parte cuestionable: las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario (7).

Lógicamente, esta Ley —la LAT— nos llevó a volver sobre el tema. Así lo hicimos, primero, para dar simplemente noticia de ella en una «Re-seña» que se publicó en *RDPatrim*, 1999, núm. 3, págs. 511-514. Luego, nos ocupamos, ya con más detalle, de la LAT en un trabajo que se publicó en 1999, en *AC*, con el título «*Multipropiedad: constitución e inscripción en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno*» (págs. 1443-1468). Por supuesto, no quedaban en él agotadas todas las posibilidades de estudio que, a nuestro juicio, merece esta Ley. Y es que con la LAT casi se hace completa realidad aquella celeberrima frase de KIRCHMANN: «*tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura*» (8). En efecto, en la LAT, y para su ámbito de aplicación, queda prohibida para el futuro, tan radical como injustificadamente la multipropiedad; queda proscrita hasta en el nombre (cfr. arts. 1.4.II y III, y 8.1 LAT); al menos aquella multipropiedad que se destine al fin vacacional y sea comercializada profesionalmente, por empresarios turísticos (9). En su lugar, en sustitución de

(6) Así lo advierte la LAT en el párrafo primero del apartado I de su Exposición de Motivos, casi reproducido íntegramente en su Disposición Final Única. Al respecto, son destacables los Decretos canario y balear, ambos de 1997, antes citados, en una nota anterior; y, en general, la normativa autonómica sobre turismo que contiene alguna mención del goce por turno. Así, entre otros, los artículos 13 y 24 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Murcia, sobre regulación del Turismo; la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Valencia, sobre regulación del Turismo; el artículo 45 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto de Galicia, sobre Ordenación y Promoción del Turismo (cuyo ap. 2 es casi reproducido en el art. 1.1 LAT); y el artículo 46.1.º de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Canarias, sobre Ordenación del Turismo.

(7) Nos referimos a la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, en cuya Disposición Adicional 4.ª se modifica el artículo 19 LAT, y en cuyo artículo 73, por un lado, se añaden un segundo párrafo al artículo 8.2.b) LAT y un último párrafo a la Disposición Adicional 2.ª LAT; y, por otro, se modifican en su redacción los artículos 8.2.e) y h), 9, apartados 3.I y 4, 10.3.II, y 14, apartados 1.I y 2 LAT. Y también nos referimos a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 95 añade un apartado L) al artículo 8.2 LAT y un apartado 13.º al artículo 9.1 LAT.

(8) En su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, trad., Madrid, 1961, pág. 54.

(9) Para una exposición de tal prohibición —sus consecuencias...— y una crítica, formal y sustantiva, a la misma, puede verse nuestro trabajo de *AC*, 1999, págs. 1446 a 1450; y también, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RCDI*, 2000, págs. 1440 a 1443 y 1447, quien vaticina el fracaso y la desaparición del

la multipropiedad, dentro del ámbito turístico de consumo se cercena la autonomía de la voluntad y se regula el llamado derecho de aprovechamiento por turno bajo dos fórmulas como únicas posibles y supuestamente nuevas (cfr. arts. 1, aps. 1 y 6, 8.2.b, 9.1.2.º LAT, y el párrafo decimoquinto del ap. I de su Exposición de Motivos) (10): la una jurídico-obligacional, es la arrendaticia, en nuestra opinión estimable como hospedaje singular. Según dice la propia LAT en el párrafo 15.º del apartado I de su Exposición de Motivos, no es más que una variante del arrendamiento por temporada vacacional a la que resultarán aplicables, según dice el artículo 1.6 LAT, ella misma y, aunque, en nuestra opinión, sin apenas efectiva aplicabilidad, la LAU (11); y la otra fórmula es la jurídico-real limitada, que —en nuestra opinión— no es más que un usufructo especial, fraccionado temporalmente —por turnos— en su ejercicio, al que, aunque no lo diga la LAT, pueden resultar aplicables supletoriamente algunas normas del Código Civil sobre usufructo (12). Para muy poco, pues, servirá ya lo dicho hasta entonces sobre la multipropiedad.

Pero no todo está perdido, no se va a cumplir con la LAT todo el vaticinio apocalíptico de KIRCHMANN. Actualmente, podrán subsistir las multipropiedades creadas, ya existentes antes de la LAT (cfr. Disp. Trans. 2.ª-2 LAT); y para el futuro, también podrán crearse nuevas multipropiedades, siempre que sean de ámbito particular o estrictamente privado, es decir, siempre que queden fuera del ámbito del Consumo y del Turismo. En lo que afecta a los aspectos registrales, se mantiene, o se potencia a veces desmesuradamente, en la LAT lo que ya antes otros autores y, aunque

aprovechamiento por turno en nuestro país. Significativo, y curioso, es el título de la conferencia que acerca de la LAT pronunció en Baleares en 1999, MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E. (que él mismo cita en su trabajo «Derechos de aprovechamiento por turno. Ley 42/1998, de 15 de diciembre», en *RJN*, 2000, pág. 163): «*In memoriam*» *Multipropiedad*. «*Requiescat in pace*».

(10) Antes de la LAT, sin embargo, uno de los rasgos del *Time-share* era el de su variada configuración posible: podía configurarse como derecho personal, ya fuese bajo el molde societario, como así se regulaba en Francia, o bajo el arrendaticio, como aún se regula en Grecia; también podía constituirse como derecho real, ya fuese limitado a modo de habitación muy *sui generis*, regulado así en Portugal, o ya fuese como derecho real pleno, esto es, como auténtica multipropiedad; consistía esta última en una copropiedad funcional en la que de suyo no hay acción de división ni retracto legal de comuneros.

(11) Sobre esa desdichada configuración y su remisión a la LAU, pueden verse, entre otros, nuestro trabajo de AC, 1999, págs. 1450 y 1451; y, por su mayor detalle, nuestro trabajo específico sobre esta modalidad arrendaticia —en verdad, hospedaje *sui generis* al que apenas resulta aplicable la LAU—, que se publicará en *ADC* (para finales de 2003, probablemente).

(12) Sobre esto último, puede verse nuestro trabajo de AC, 1999, págs. 1453 a 1456; se sigue, en gran parte, esta misma línea en RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (dir.): *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley de aprovechamiento por turno*, Madrid, 2000, págs. 70 a 83.

novicio, nosotros mismos dijimos. Así, *a.e.*, entre otras cuestiones, la que ahora importa destacar: en *RCDI*, 1996, págs. 284, 285, 302, 303, 319 y 320, para evitar posibles fraudes y proteger así al adquirente del derecho-turno, propusimos *de lege lata* como conveniente la elevación a escritura pública del acto constitutivo de esta figura y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Con idéntica *ratio*, la LAT ha erigido a la escritura pública en constitutiva del régimen de aprovechamiento por turno, y en obligatoria su inscripción registral (13). Así lo advertimos en *AC*, 1999, págs. 1456 a 1459, pues así lo dice el artículo 4.3.I LAT: «*El régimen de aprovechamiento por turno de un bien inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad*». Coinciden en este sentido las exigencias formales de constitución del régimen con las de su posible modificación (art. 6.4 *in fine* LAT, que se remite al art. 4.3 LAT) y, aunque con efectos muy distintos, con las de adaptación de regímenes preexistentes a la actual LAT, estén o no ya inscritos (Disp. Trans. 2.^a-2.I LAT). Contrastan, en cambio, con la posterior —siempre posterior (cfr. art. 4.3.II LAT)— transmisión de los derechos-turno ya constituidos (cfr. art. 15.3 LAT), para la que sólo se requiere forma escrita (art. 9.1 LAT), siendo voluntaria su elevación a escritura pública y su inscripción (arts. 9.1.5.^o *in fine* y 11.^o, 14.1 y 15.3 LAT).

Viene todo lo dicho hasta aquí a cuento porque, a pesar del poco tiempo transcurrido desde la promulgación de la LAT, la interpretación del artículo 4.3.I LAT, relativo a la creación del régimen de aprovechamiento por turno, se ha convertido en una de las cuestiones más debatidas dentro de la doctrina. Al respecto, como posición opuesta a la nuestra, a la que critica expresamente, destaca, entre otros, la de doña LUCÍA COSTAS RODAL, quien en su libro «*Los derechos de aprovechamiento por turno*», con Prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Granada, 2000, dedica una buena parte del mismo (págs. 219 a 238), a defender que lo constitutivo del régimen de goce por turno no es la escritura pública, sino la inscripción de ésta en el Regis-

(13) Y, según la LAT, el contenido de ambas, escritura e inscripción, ha de responder a las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica que en relación con la multipropiedad ya defendimos en 1996 con apoyo en la RDGRyN de 1993 y en la Directiva de 1994 (cfr. art. 4 y anexo de ésta y arts. 4 a 6 LAT). Asimismo, en cuanto al aspecto organizativo del registro de esta figura, se convierte con la LAT en obligatorio el sistema de inscripción piramidal que antes de su promulgación defendimos *de lege lata* como conveniente. No sólo han de abrirse hojas registrales propias al complejo inmobiliario y a cada alojamiento que lo integre (cfr. art. 6.1.II LAT). También hay que abrir un folio registral propio al derecho-turno, a cada turno de goce (cfr. art. 14.1 LAT), y ello por razones de claridad y descongestión al ser cada uno de los turnos disponible autónomamente. Para todo esto, pueden verse, entre otros, nuestros trabajos de *RCDI*, 1996, págs. 322 a 348 de *AC*, 1999, págs. 1460 a 1468, y de *ADC*, 2003.

tro de la Propiedad (14). Sin embargo, manteniéndonos nosotros, como intentaremos demostrar *hic et nunc*, en la posición que ya defendimos en AC, 1999, págs. 1456 a 1459, nos sentimos con el derecho, si se apura con el deber, a replicar. Valga, pues, lo que sigue como réplica cordial y puramente científica.

II. LA ADECUADA INTERPRETACIÓN —LÓGICA, HISTÓRICA Y GRAMATICAL— DEL ARTÍCULO 4.3.I LAT, COMO NORMA CLAVE, Y LA INUTILIDAD DE ALGUNAS OTRAS NORMAS —SATÉLITES— DE LA LAT QUE, SIN SERVIR PARA INTERPRETARLO, SIMPLEMENTE LO CIRCUNDAN

Volviendo al artículo 4.3.I LAT, por ser norma eje en este punto, ¿cuál es la razón de la rigurosidad que en ella se exige para la creación —o para la modificación *ex art.* 6.4 LAT— del régimen de aprovechamiento por turno? Según el primer párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LAT, se exigen tales formalidades (escritura pública e inscripción registral) «*con el fin de evitar que se puedan iniciar las transmisiones de derechos de aprovechamiento por turno antes de que tanto el fedatario autorizante como el registrador controlen la legalidad del régimen y se haga público. Así, los adquirentes, antes o después de su adquisición, podrán acudir al Registro para recabar la información esencial sobre el régimen al que se encuentra sometida su adquisición, con plena garantía de su adecuación a la legalidad*». Notarios y registradores se erigen, una vez más, en garantes de la legalidad (cfr. entre otros que veremos, los arts. 4.4, 6, aps. 1 y 2, 8.3 y 14.3 LAT) (15). Y no es sino una muestra más de la constante que impera en la LAT. Esta Ley, aun sin ser mera trasposición del contenido —de mínimos— de la Directiva comunitaria de 1994, la secunda íntegramente en su *ratio*: a lo largo de todo su articulado presenta como *leit motiv* la protección de los titulares de esos derechos-turno como parte contractual más débil, en cuanto consumidores por ser ellos los destinatarios del producto turístico —alojamiento y servicios— que le transmite y presta el promotor, por sí o a través de intermediario (cfr.

(14) Así también lo creen BERCOVITZ en su Prólogo a la obra de COSTAS; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «El denominado derecho de aprovechamiento por turno...», en AC, 1998, pág. 818; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., «Apuntes sobre la multipropiedad», en RCDI, 2000, pág. 1446.

(15) Y así lo advierte, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «El derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: cuestiones concretas que se plantean con la nueva normativa», en BCRE, 1999, pág. 3100, quien habla de notarios y registradores como los «policías del sistema».

arts. 1.5, 2.1, 8.2.a, y 9.3.III LAT); y lo hace probablemente por la «leyenda negra», no nueva, ni siempre fundada, que sobre esta figura se formó, no tanto por su atipicidad, sino por la indefensión del usuario ante los engaños del promotor (16). Sólo desde esa inspiración constante de la Ley cabe explicar, y a veces sólo excusar, su contenido; como, precisamente, así ocurre con el artículo 4.3.I LAT.

Conforme a dicha *ratio*, el artículo 4.3.I LAT, por una parte, ha impuesto la escritura pública como formalidad sustantiva o *ad solemnitatem*, de modo que sin ella el régimen de aprovechamiento por turno no nacerá a la vida jurídica. Comienza diciendo el artículo 4.3.I LAT, recordémoslo, que «*el régimen de aprovechamiento por turno de un bien inmueble se constituirá —dice tan literal como claramente— mediante su formulación en escritura pública*». Antes ya de la LAT, amén de la común exigencia a efectos registrales de elevar el título constitutivo a escritura pública (arts. 3, 18, 21 y 30 LH, 33, 34 y 98 RH), cabía abogar, en aras de la seguridad y de la protección del adquirente como consumidor frente al promotor y también frente a terceros, por la conveniencia material de su formalización en documento público, aunque sólo fuera *ad probationem*, si no *ad solemnitatem* cuando así se obligaran las partes (arts. 1.279 y 1.280 CC) (17). Ahora, la LAT convierte *ope legis* a la escritura en constitutiva del régimen (18).

Y, por otra parte, en cuanto a la inscripción, la LAT la impone como obligatoria: «*y se inscribirá en el Registro de la Propiedad*», dice el artículo 4.3.I LAT. No hace con esto último la LAT sino secundar, ahora con fuerza normativa, una tendencia ya formulada en algunos Congresos Internacionales de Derecho Registral sobre Conjuntos Inmobiliarios y Multipropie-

(16) Así se dice en el segundo Considerando de la Exposición de Motivos de la Directiva Europea y en los párrafos cuarto y sexto del apartado I de la Exposición de Motivos de la LAT. Acerca de esos abusos y fraudes a los que en la práctica se prestó esta figura (inexistencia de servicios anejos al alojamiento; inexistencia del propio alojamiento; agresivas y engañosas técnicas de publicidad empleadas; la precaria situación económica de las empresas promotoras, que pronto eran declaradas en quiebra...), *vid.*, SMORTO, G., «La multiproprietà e la tutela dei consumatori: il recepimento della direttiva 94/47/CE», en *Europa Dir. Civ.*, 1999, págs. 292 y 293. No es novedad esta mala fama del empresario turístico y que sobre él cargue las tintas el legislador. En su glosa a la Ley 26, Título VIII, Partida 3.^a (antecedente de los arts. 1.783 y 1.784 CC), GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso*, Madrid, 1829, decía: «*Communiter hospitatores isti sunt homines rapaces et vulgares*».

(17) Así lo creímos en *RCDI*, 1996, págs. 302 y 303.

(18) Así lo dicen, LETE ACHIRICA, J., «La configuración de la multipropiedad en España... la LAT», en *AC*, 1999, pág. 140; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El derecho de uso de bienes inmuebles...», en *RCDI*, 1998, págs. 1832 y 1833; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (y otros): *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Legislación comentada*, Madrid, 2000, págs. 87 y 88.

dad (19), y reflejada en parte del Derecho extranjero (20) y en la mayoría de nuestros borradores sobre multipropiedad. De forma clara imponían la inscripción registral los borradores de 1988 (Exposición de Motivos y art. 8, aps. 1 y 4) y de 1992 (art. 21, aps. 1 y 2, con la expresión «deberá») (21). Por el contrario, la voluntariedad de la inscripción era declarada en el de 1991 (arts. 5.1 y 52). Y, el borrador de 1989, tras establecer con ámbito general el carácter facultativo de la registración (art. 6.1, con la expresión «podrá»), posteriormente, refiriéndose a la multipropiedad, establecía la necesidad de dicho acceso registral (art. 50.3). Pero, ya por entonces, las razones que fundaban tal obligatoriedad, sólo prevista *de lege ferenda*, tales como la seguridad jurídica, la protección de los titulares y la eficacia de sus derechos frente a terceros (*ex* arts. 32 y 34 LH, sobre todo), y la necesidad de suplir una publicidad posesoria en cada derecho que faltaba en los períodos de no goce, en nuestra opinión sólo hacían conveniente u oportuna la inscripción, sin que para nosotros fuese necesario convertirla en obligatoria para excepcionar el principio de voluntariedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando en verdad sólo está estimulada indirectamente por las

(19) El V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Roma en 1982, sobre publicidad de los conjuntos inmobiliarios, afirma en su conclusión séptima, conforme a los principios de legalidad y de especialidad, que «el Registro de la Propiedad es el medio idóneo de conferir seguridad jurídica al desenvolvimiento de los conjuntos inmobiliarios, pues, por sus fines, organización y consolidación institucional, se ofrece como el instrumento eficaz e insustituible que da respuesta a las nuevas formas de titularidades sobre inmuebles en la sociedad contemporánea», añadiendo posteriormente en su conclusión novena, que dicho «Registro Inmobiliario facilitará la solución de las complejas relaciones entre los partícipes del conjunto y dará certeza a los terceros del contenido de sus determinaciones, contribuyendo así a la mejora de sus relaciones comunitarias y, en definitiva, a una mayor paz social». Así lo ratifica el VII Congreso Internacional de Derecho Registral de Río de Janeiro de 1987, sobre registración de la multipropiedad, en cuya conclusión novena se dice que «la institución idónea para reflejar el régimen jurídico de multipropiedad, los derechos de los titulares y la garantía de los terceros es el Registro inmobiliario, como instrumento de publicidad».

(20) Dentro de nuestro ámbito europeo se establece esa obligatoriedad de inscripción en el Registro Inmobiliario en el artículo 2.1 del Decreto-Ley 355, de 31 de diciembre de 1981, sobre habitación periódica en Portugal, y en el artículo 1.2 de la Ley 1652, de 14 de octubre de 1986, sobre multiarrendamiento en Grecia.

(21) En la Exposición de Motivos del B-88 se decía que «el texto elaborado establece un marco que proporciona al adquirente una completa seguridad jurídica: le garantiza que adquiere su dominio de persona legitimada y con los requisitos precisos para ser mantenido en el derecho adquirido frente a terceros. Certeza, garantía y estabilidad son las premisas del sistema inmobiliario que se dibuja en el texto, apoyado en la escritura pública y en el Registro de la Propiedad». Apoyándose en dicho texto, abogaban por la conveniencia de escritura e inscripción, MUNAR BERNAT, P. A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, pág. 68; HERRERO GARCÍA, J. M., *La multipropiedad*, Madrid, 1989, págs. 60 y 61; y SEISDEDOS MUÑO, A., «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», en *RCDI*, 1990, pág. 492.

ventajas, sustantivas y procesales, que proporciona (22). No obstante, también por entonces, advertimos (en *RCDI*, 1996, págs. 319 y 320), que, aun no habiendo razones técnicas de peso para obligar a la inscripción de esta figura, dada la desconfianza que había originado su práctica, calificada comúnmente, en la conciencia social, como abusiva o fraudulenta, no habría de extrañar que una futura ley impusiera la inscripción del goce por turnos como obligatoria, como así lo ha hecho la LAT, por pura cuestión de política legislativa (la protección del adquirente) (23), aun cuando la inscripción no es la panacea ni la solución a todos los problemas (24).

Siendo así, *de lege lata*, obligatoria la inscripción registral del régimen de aprovechamiento por turno, ¿cabría realmente suscitar si su alcance es además constitutivo? (25). ¿Cabría pensar en que el régimen de aprovechamiento por turno nace, no con su formalización en escritura pública, sino con la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad? Así lo creen, HERNÁNDEZ ANTOLÍN (en *AC*, 1998, pág. 818); DÍAZ-AMBRONA (*op. cit.*, pág. 1446); y, como la más vehemente defensora de tal posición, la citada COSTAS RODAL (*op. cit.*, págs. 219 a 238) (26). Ya antes de la LAT, cierta doctrina (27) y

(22) Así lo afirmábamos en *RCDI*, 1996, págs. 284 y 285.

(23) Recuértese el fragmento de la Exposición de Motivos de la LAT antes reproducido, que justifica el contenido del artículo 4.3.I LAT.

(24) En nuestro trabajo de *RCDI*, 1996, hacíamos ya dos advertencias: la primera (pág. 284), que «en lo obligacional, la protección del multipropietario como adquirente y consumidor, frente al promotor y frente a terceros, puede resolverse, como así se hace en los países anglosajones, mediante un sistema de seguro —como ahora, en parte, hacen los arts. 4.2, 5.2.II, 6.2, 7, 8.2.j y 9.1.4.º, letras *g* y *h* LAT—, en general, y un seguro del título, en particular, a través de la intervención de sociedades aseguradoras». Y la segunda (pág. 285), «que el Registro de la Propiedad no podrá dar completa solución a toda la problemática que la multipropiedad presenta como, por ejemplo, en sus aspectos urbanísticos».

(25) A la vista del artículo 4.3.I LAT, dirá BERCOVITZ, en su Prólogo a la obra de COSTAS (pág. XVII): «se trata de un tema especial, y, sin embargo, los redactores de la Ley han tenido el desacierto —cree él— de regularlo con una total falta de claridad. En definitiva, se plantea la duda de si, además de escritura pública, es necesaria para dicha constitución la inscripción en el Registro de la Propiedad».

(26) En contra, LETE ACHIRICA, J., *op. cit.*, págs. 140 y 141; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los bienes inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid, 1999, pág. 443; y SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico y Cañizares), pág. 183 y sigs., dicen que la inscripción es obligatoria, sin ser constitutiva, pero manifiestan como *desideratum* el que en efecto fuese constitutiva, aduciendo las razones que ya antes —ahora se verán en texto— se indicaban de seguridad jurídica y de fraccionamiento temporal en el ejercicio, en la posesión de esta figura. FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, pág. 1833, niega que la inscripción sea constitutiva, diciendo que «tiene carácter traslativo» (*sic*). Por su parte, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, pág. 285, dice, sin mayor razonamiento, tal vez porque ni siquiera sea necesario ante la claridad del artículo 4.3.I LAT, que la escrituración es constitutiva del régimen y que su posterior inscripción es sólo obligatoria.

(27) SEISDEDOS MUIÑO, A., *op. cit.*, págs. 492 y 493; ROMA RIERA, J., «Multipropiedad», en *RDN*, 1987, pág. 344.

algunos borradores sobre multipropiedad (arts. 8.1 B-88 y 50 B-89), propusieron el carácter constitutivo de la inscripción del goce por turnos por la falta de contacto posesorio de este derecho en los períodos de no efectivo goce y por la propia necesidad de asegurar la cognoscibilidad y oponibilidad *erga omnes* del régimen *ex* artículos 17, 32, 34, 38 y 313 LH. Se olvidaba, sin embargo, con ello: por una parte, que al margen de la hipoteca hay derechos no posesorios de su objeto inmobiliario (como así sucede, vgr., con muchas servidumbres) (28) y derechos posesorios con lapso de no efectivo ejercicio (al menos, en su *corpus*), en los que no por ello su inscripción es constitutiva, ni siquiera obligatoria. Y de otra parte, que la multipropiedad, en cuanto derecho real, era de suyo, por su inmediación e inherencia a la cosa, eficaz frente a los terceros que la conocieran o que expresamente la aceptasen. Aquellas razones, a lo sumo, sólo podían servir para fundamentar la conveniencia de la inscripción registral, para así viabilizar una eficacia frente a todo tercero, con independencia ya de que ese tercero desconociese de buena fe, sin culpa ninguna, la existencia y contenido del goce multipropietario (29). Actualmente, COSTAS RODAL (pág. 231, nota 183), haciendo una interpretación genealógica del artículo 4.3 LAT, creará que los antecedentes de esa norma, refiriéndose a los borradores de 1988 y de 1989, antes citados, son un dato favorable al carácter constitutivo de la inscripción del goce por turnos. ¡No hace falta ir tan lejos en el tiempo! También el Anteproyecto y el Proyecto de la vigente LAT pretendieron, aunque luego veremos que sin éxito, conferir a la inscripción alcance constitutivo del régimen de aprovechamiento por turno. Abundando en los argumentos añejos, insiste COSTAS (págs. 233, 237, 238,...) en la necesidad de proteger al adquirente —lo cual, insistimos, puede satisfacerse erigiendo, como hace la LAT de modo excepcional, a la inscripción en obligatoria—, y, ¡cómo no!, en la similitud que existe entre el artículo 4.3 LAT y el artículo 145 LH sobre hipoteca voluntaria (30); pero argumentos hay —veremos— para comprobar que el artícu-

(28) Puede verse, entre otras, nuestra obra *Usucapión de servidumbres*, Madrid, 2000, en muchas de sus páginas en las que constantemente se aborda como cuestión fundamental, como *punctum dolens*, la posesión de servidumbres como *possessio iuris*, más que como *possessio rei*.

(29) Para mayores detalles, puede verse nuestro trabajo de *RCDI*, 1996, págs. 284, 285, 318 a 320 y 336 a 338. Y acerca de la oponibilidad *erga omnes*, que es esencial y propia, *natura sua*, en los derechos y cargas reales, aunque reforzada frente a todo tercero con su publicidad registral, puede verse, entre otras, nuestra obra *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pág. 275 y sigs.

(30) No es ahora, desde luego, el momento de interpretar correctamente los artículos 145 LH y 1.876 CC (para ello, GORDILLO CAÑAS, A., «Hipoteca voluntaria: el “iter” de su formación y la determinación de su momento constitutivo», en *AASN*, IV, 1991, págs. 323-389).

lo 4.3 LAT tiene su propia entidad y que su coincidencia con aquellas otras normas es simplemente casual.

Ciertamente, la duda —*rectius*, la errónea interpretación del art. 4.3.I LAT— se podría extraer de la propia Exposición de Motivos de la LAT, cuando en otro lugar (párrafo único del ap. IV) —¡y en otro contexto!— en el que no se hace justificación del artículo 4.3.I LAT, aúna escritura e inscripción bajo *«la exigencia de unos requisitos previos muy rigurosos cuyo cumplimiento es indispensable para constituir el régimen —dice— y cuyo control se atribuye a notarios y registradores»*, para que así, sigue diciendo, *«los incumplimientos —de la LAT— sean aislados o, al menos, poco frecuentes, haciendo mínima la necesidad de la intervención administrativa»*. Como expresión de ello, dice la LAT en su artículo 4.4 —¡no en su art. 4.3 LAT!—: *«Los notarios no autorizarán una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno y los registradores no lo inscribirán mientras no se les acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo»*, que se refieren a los requisitos de alojamiento habitable y turístico, de prestación de servicios complementarios y de suscripción de una serie de seguros que el dueño de aquél ha de cumplir antes de proceder a la creación del régimen. En esta norma, y en el texto de la Exposición de Motivos antes reproducido, se apoya COSTAS RODAL (págs. 224 y 225), para decir que la inscripción del régimen es constitutiva. Con tal afirmación se desnaturaliza, queda descontextualizada aquella frase del párrafo único del apartado IV de la Exposición de Motivos de la LAT por eludir su parte anterior y que, precisamente, le da pleno sentido. En ella se dice: *«La Ley, de ámbito estrictamente civil, no impone sanciones administrativas para el caso de incumplimiento de sus normas. Pero es obvio que ello no impide que tales incumplimientos, cuando la actividad sea calificada como turística por las Comunidades Autónomas o mediante el desarrollo de la normativa autonómica en materia de protección a los consumidores y usuarios, puedan ser consideradas por las legislaciones de aquéllas como infracciones administrativas sancionables, sin perjuicio de los derechos que la Ley concede a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno. No obstante, la Ley intenta que, a través de la exigencia de unos requisitos...»*, y continúa con lo antes reproducido. Esto es, dice la LAT que ella sólo se ocupa de los controles y de las sanciones estrictamente civiles (vgr., notarial y registral), y que los demás controles y sanciones, los administrativos, a los que ella misma a veces alude por remisión, quedan en su regulación para las normas puramente administrativas, estatales o autonómicas (vgr., sobre concesión de la cédula de habitabilidad y de licencia turística ex art. 4.1.b LAT; la actuación del promotor, o de su intermediario, como empresario o profesional turístico en la promoción y comercialización de los derechos-

turno, etc.) (31). Aparte, con aquella afirmación de COSTAS, creemos, se menosprecia el primer control de legalidad, el del notario, que no sólo interviene al constituir el régimen (art. 4.4 LAT), sino también luego en la

(31) En este punto, puede afirmarse la plena compenetración entre la LAT y las normas sobre turismo y sobre consumo. Así, por ejemplo, son destacables dentro de las normas estatales: el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, sobre Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales, y, en lo que no se oponga a éste, la Orden de 17 de enero de 1967, modificada por las Órdenes de 12 de febrero de 1972 y de 14 de marzo de 1975, sobre Ordenación de apartamentos, bungalows (*sic*) y otros alojamientos de carácter turístico (cfr., arts. 1, aps. 1 y 2, LAT, 1.1.º y 17 del Real Decreto citado); la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (cfr. art. 2, Disp. Adic. Primera LAT y art. 2.3 y Disp. Adic. 1.ª II.9.ª LGDCyU); y, en particular, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos (cfr. arts. 8, aps. 3 y 4 sobre todo, y 9.3.III LAT y arts. 1, 4 y 10 del Real Decreto citado); y el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, sobre sistema Arbitral de Consumo (cfr. art. 2.2 LAT). En cambio, son muy ocasionales los casos en que la norma turística o de consumo es inaplicable al goce por turno, o que siendo aplicable, lo sea con alguna restricción. Lo primero sucede, casi como único caso, con el artículo 16 del Real Decreto de 1989, arriba citado, que deja libertad a las partes para fijar la duración del arriendo (*versus* arts. 1.6 y 3.1 LAT). Lo segundo sucede con el Real Decreto sobre Arbitraje de Consumo citado, que habrá de amoldarse a las condiciones y requisitos del artículo 2.2 LAT, y que estará muy limitado por el contenido casi íntegramente imperativo de la LAT (cfr. art. 2.2 del Real Decreto, que es idéntico al art. 2.1.b de la Ley arbitral). Pero en la mayoría de los casos, en las demás ocasiones a las indicadas, la aplicabilidad de aquellas normas de turismo y de consumo es plena, no sólo por la compatibilidad existente entre ellas y la LAT, sino porque además sirven para colmar lagunas que, sobre cuestiones no estrictamente civiles, presenta intencionadamente la LAT. Así, por ejemplo, sucede con la licencia de actividad turística y la configuración —delimitación conceptual— del alojamiento turístico como inmueble amueblado y estrictamente habitable —con cédula de habitabilidad— afecto al fin vacacional. Al respecto, los artículos 1, apartados 1 y 2, 4.1.b, y 5.1.6.º LAT se completan desde los artículos 1.1.º, 2, 10 y 17 del Real Decreto de 1982 *supra* citado. Acerca de la obligación y responsabilidad, siempre propias del promotor constituyente del régimen de conservar y reparar el alojamiento, aunque tales servicios los preste un tercero (una empresa de servicios), y sobre las garantías que aquél ha de prestar al respecto, se complementan los artículos 7.II y 16 LAT con los artículos 3.1, 11 y 12 del Real Decreto de 1982. *Idem* en lo que se refiere a la exigencia de profesionalidad que muchos preceptos de la LAT requieren en el promotor, o en su intermediario, cuando oferta y transmite el goce por turnos o preste los servicios de mantenimiento; dicha profesionalidad habrá de entenderse como habitualidad y ánimo de lucro en la realización de dicha actividad; así cabe entenderlo desde los artículos 1.1.º, 17 del Real Decreto de 1982, y artículo 1 del Real Decreto de 1989 (cfr. aps. 2 y 3 del art. 1 LGDCyU, y artículos 1.5, 2.1, 8, aps. 2.a, 3 y 4, 9.3.III LAT, y art. 2 del Decreto balear de 1997). Por su parte, como botón de muestra de las infracciones —leves, graves y muy graves— en materia turística, cfr. artículos 57 a 59 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Castilla y León, sobre Ordenación del Turismo; artículos 62 a 64 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Murcia, sobre Turismo; y artículos 50 a 52 de la Ley 3/1998, de 12 de mayo, de Valencia, sobre Turismo. En concreto, sobre la falta de licencia turística, en toda esa normativa se regula dicha ausencia como falta grave, siendo objeto de la correspondiente sanción administrativa (desde la multa hasta el cierre temporal del alojamiento).

posible escrituración del contrato de transmisión de los derechos-turno ya creados (art. 14.3 LAT), o en su posible desistimiento cuando aquél se hubiere celebrado directamente ante notario (art. 10.3.II LAT). Además, negar el carácter constitutivo de la inscripción del régimen no merma el papel del segundo control de legalidad, el del registrador, porque aun existiendo ya, desde la escritura, el régimen de goce por turno, es posible la denegación de la inscripción de parte de su contenido cuando sea *contra legem* (cfr. arts. 5.1.5.º y 6.1 LAT): el primero de los preceptos indicados, el artículo 5.1.5.º LAT, previendo como algo voluntario la consignación de unos estatutos como contenido de la escritura pública reguladora del régimen («en su caso, los estatutos a los que se somete el régimen de aprovechamiento por turno»), en cuanto al contenido de dichos estatutos, el propio artículo 5.1.5.º LAT impone un solo límite, amparado en la preocupación general de la Ley: la imposibilidad de que los estatutos contengan, en perjuicio de los titulares de los derechos-turno, alguna limitación u obligación que merme los derechos que imperativamente la LAT les concede (art. 2 LAT). Previendo, incluso, que dicho contenido contrario a la LAT se filtre en la escritura pública, como segundo control de legalidad, el artículo 6.1.I LAT impone al registrador la denegación parcial de su acceso al Registro, no de toda la escritura, ni siquiera de los estatutos en su totalidad, sino únicamente de las cláusulas estatutarias que contengan tales disposiciones prohibidas por ley (32).

No obstante, también el artículo 6.1 LAT le servirá a COSTAS RODAL (págs. 226, 238 y 239) para insistir en la naturaleza constitutiva de la inscripción impuesta en el artículo 4.3 LAT. ¿Por qué no apoyarse, entonces, también en el artículo 18 LH y en sus concordantes? ¿Cuándo el control de legalidad y el principio de calificación registral han sido razón para que la inscripción fuese constitutiva? La conexión, en nuestra opinión, no debe hacerse entre estas dos normas (arts. 4.3 y 6.1 LAT), sino más bien entre los

(32) Y en absoluto debe extrañar este doble control de legalidad. Conviene no olvidar que una consecuencia de aquella *ratio*, salvo en contadas ocasiones, en que se deja cierto margen, aunque siempre estrecho, a la autonomía de la voluntad (art. 1, aps. 1 *in fine*, 2 inciso inicial, 3 *ab initio*, y 4.IV, arts. 3.1, 4.1.e, 13.1 inciso inicial, todos de la LAT), la LAT presenta un contenido eminentemente imperativo por mostrarse protectora para con el adquirente del aprovechamiento por turno, impidiendo cualquier abuso que exista por renuncia a los derechos por ella concedidos en su favor (cfr., como más significativos, el art. 1, aps. 4 en todos sus párrafos excepto el último, y 7 y arts. 2, 3, 4.3, 5.1.5.º, 6.1, 10 en relación con los arts. 8 y 9, 11, 15 y 16 LAT y Disp. Adic. 2.ª LAT). Como efecto directo, a su vez, de que la LAT sea en gran parte norma cogente y con el fin de evitar cualquier fraude o vulneración de ella misma, la sanción general ante su inobservancia será, salvo excepciones, la nulidad radical, a veces del pacto o cláusula en concreto que sea *contra legem* o se haga *in fraudem legis* (arts. 2, 5.1.5.º y 6.1 LAT), y en otras ocasiones del propio régimen constitutivo o del contrato de cesión del derecho-turno en su totalidad (arts. 1.7, 4.3.II y 10.2.II LAT).

artículos 2.1 y 6.1 LAT. Según el artículo 2.1 LAT: «*Son nulas las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente Ley. Asimismo, serán nulas las cláusulas que exoneren al propietario o promotor, o a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno, de las responsabilidades que le son propias conforme a lo establecido por aquélla*». Deja así claro el artículo 6.1 LAT —insistimos— que la denegación de inscripción será parcial, sólo referida a las cláusulas estatutarias que en particular sean *contra legem*. Además, dicho control de legalidad de los estatutos no sólo corresponde al registrador, sino también al notario (art. 5.1.5.º LAT). Y, en cualquier caso, aunque la cláusula estatutaria *contra legem* «superase» el filtro notarial, e incluso la criba registral, ¿dejaría por ello de ser nula de pleno derecho aquella cláusula? En absoluto (cfr. art. 33 LH). No es, pues, el artículo 6.1 LAT una norma que aclare la cuestión aquí suscitada sobre el alcance —declarativo o constitutivo— de la inscripción registral del régimen de aprovechamiento por turno.

Tampoco es decisiva, al respecto, la Disposición Transitoria 2.ª-2.I LAT, cuando dice: «*Para esta adaptación —de los regímenes de Timesharing preexistentes a la LAT— será necesario, en todo caso, otorgar escritura reguladora con los requisitos del artículo 5 que sean compatibles con la naturaleza del régimen e inscribirla en el Registro de la Propiedad, a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos*», esto es, con carácter obligatorio, pero con eficacia meramente declarativa (*idem*, ap. VII de la Exp. Motiv. LAT). Sorprende, sin embargo, que, frente a la claridad de la Disposición Transitoria 2.ª LAT en su redacción, diga COSTAS RODAL (pág. 229 y sigs.), que también para la adaptación de los regímenes existentes antes de la LAT la inscripción es constitutiva. Esta interpretación cae por las propias afirmaciones de la autora: primero, dice (págs. 239 y 240), que en aquella Disposición Transitoria «se hace coincidir el cumplimiento de la obligación de adaptación con la inscripción registral, de modo que sin ésta no existe aquélla... La publicidad es lo que se persigue con la adaptación; si no hay publicidad, es decir, inscripción registral, tampoco se habrá cumplido la obligación de adaptación»; sin más, confunde efecto declarativo y constitutivo de la inscripción registral, aunque en las páginas 234 a 238 explique la distinción en la forma por todos conocida y sin novedad ninguna. Además, la propia DT 2.ª-2 LAT parte de un régimen de *timeshare* que ya existe, que ya está constituido con anterioridad a la LAT; ¿acaso pretende la LAT que aquél sea parido por segunda vez?, ¿acaso la LAT impone su renacimiento? En absoluto; lo que pretende la LAT, con esa Disposición Transitoria, es: por una parte, que el régimen prelegal se adapte en su contenido, sin mermar su *natura iuris* y los derechos ya transmitidos, a la LAT, para lo cual

impone como obligatoria la escritura pública; y, por otra, quiere la LAT que esa adaptación sea haga pública, cognoscible y eficaz, para lo que exige, también como obligatoria, la inscripción de aquella escritura. Ni escritura, ni inscripción son requisitos constitutivos; sí lo son obligatorios, pero sólo con efectos publicadores, declarativos. De hecho, si no se cumplen tales formalidades, si no se realiza la adaptación, la consecuencia no será que el régimen preexistente ya a la LAT no exista, ni siquiera que desaparezca, sino que, según la Disposición Transitoria 3.^a LAT, los adquirentes de los derechos- turno de ese régimen podrán instar la resolución de sus respectivos contratos, de algo ya existente. En segundo lugar, alude COSTAS a la Disposición Transitoria 1.^a-2 LAT (33), que bien pudiera servir para insistir en la idea de inscripción obligatoria, pero sólo declarativa que tan claramente expresa la Disposición Transitoria 2.^a-2. Luego dice (pág. 230), repitiéndolo más tarde (pág. 488), para criticar lo que dijimos en AC, 1999, pág. 1448: «es la adaptación y no la inscripción lo que se exige a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos. Ambas expresiones —sigue diciendo— no van referidas a la inscripción registral, sino a la obligación de adaptación... Así lo pone de manifiesto el legislador —dice— al interponer un signo de puntuación entre la imposición de la inscripción y la expresión»; y añade en nota (181): «De este modo, la lectura correcta del precepto —refiriéndose a la Disp. Trans. 2.^a-2 LAT— sería la siguiente: Para esta adaptación, a los solos efectos de publicidad y con pleno respeto a los derechos adquiridos, será necesario, en todo caso, otorgar escritura pública... e inscribirla en el Registro de la Propiedad»; y nos preguntamos ahora nosotros: ¿no es eso lo mismo que dice la Disposición Transitoria 2.^a-2 LAT, refiriendo los efectos de publicidad —no de existencia misma, pues ya el régimen existe antes de la LAT— al Registro, al pleno respeto de los derechos adquiridos y a las menciones mínimas de la escritura *ex* artículo 5 LAT que «*sean compatibles con la naturaleza del régimen*» preexistente como dice la propia Disposición? Es sospechosa esa —no— referencia al artículo 5 LAT, sobre el contenido de la escritura pública, que elude o enmascara COSTAS con esos puntos suspensivos. Revelador, al respecto, es el apartado VII de la Exposición de Motivos de la LAT: «*Naturalmente, la adaptación que exige la Disposición Transitoria segunda no pretende la transformación de los regímenes preexistentes, sino tan sólo que se dé publicidad —o sea, mera declaración frente a terceros— a éstos y a su forma de explotación,*

(33) Que dice: «*La transmisión de tales derechos se regirá por el régimen que hasta la entrada en vigor de la Ley regule el inmueble. Una vez transcurrido el período de adaptación, si ésta no se hubiere realizado, se regirá por la presente Ley. Si tal adaptación se hubiera realizado, a partir de la fecha de la misma, la transmisión se realizará de conformidad con el régimen publicado en el Registro*».

con pleno respeto de los derechos ya adquiridos. Por eso, la Disposición exige solamente los requisitos del artículo 5 —de nuevo, insiste en la misma idea— y no el cumplimiento de todas las obligaciones que la Ley impone al que se proponga constituir un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, una vez que haya entrado en vigor y, en aquéllos, sólo en la medida en que sean compatibles con la propia naturaleza del régimen preexistente». Pero, finalmente, ve COSTAS tan claro que la inscripción *ex* Disposición Transitoria 2.^a-2 LAT es constitutiva, que utiliza ello para decir que también la del artículo 4.3 LAT debe serlo, porque es, dice (pág. 231), «necesaria una unificación de criterios, un mismo régimen tanto para la constitución de nuevos regímenes de aprovechamiento por turno como para la adaptación de los ya existentes». A ello —que es desmentido por el texto de la Exposición de Motivos ahora reproducido— cabe oponer simplemente un interrogante: ¿Por qué esa necesaria unificación? ¿Para qué sirven, entonces, las Disposiciones Transitorias, en general, y las de la LAT, en particular? Y, aun admitiendo como fundada en la LAT esa pretendida unificación, ¿por qué no en ambos casos la inscripción es obligatoria y declarativa, como así cabe extraer de la propia literalidad de ambas normas (art. 4.3 y Disp. Trans. 2.^a-2 LAT)? (34)

Tampoco aporta luz a la cuestión el artículo 4.3 LAT cuando en su párrafo segundo declara nulos los contratos de transmisión de derechos-turno «antes de estar válidamente constituido el régimen» (35), ¿simplemente es-

(34) En fin, como dice RUIZ-RICO, J. M. (dir.): *op. cit.*, pág. 516, sobre dicha Disposición: «En cuanto a la forma, la Ley exige que se otorgue escritura reguladora, que entendemos deberá ser notarial, y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad. La norma da la apariencia de exigir, como requisito *ad solemnitatem*, esa inscripción registral. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La inscripción del régimen en el Registro es obligatoria para su creador sólo en cuanto que su incumplimiento da lugar a las sanciones previstas en la Disposición Transitoria 3.^a, pero no es imprescindible para su eficacia. La adaptación no es equiparable a la constitución del régimen; éste ya estaba constituido, aunque no con la suficiente publicidad, antes de la entrada en vigor de la LAT. Sucede que la finalidad de las formas exigidas a la adaptación del régimen preexistente es, como la propia norma reconoce, a los solos efectos de publicidad; por tanto, su no inscripción registral impide lograr la publicidad deseada; no está bien hecha la adaptación, y por ello hay un incumplimiento del deber de adaptar, que dará lugar a la única sanción prevista: la contenida en la Disposición Transitoria 3.^a, y que consiste en conceder a los adquirentes de los turnos una facultad especial de resolución de los contratos celebrados».

(35) Con ello se erige en obligatorio lo que antes de la LAT era práctica habitual y, en cierto modo, aconsejable: la propia constitución del régimen, antes de proceder a la transmisión de cada derecho-turno; y se prohíbe, en cambio, bajo la sanción de nulidad, la simultaneidad de ambos actos, el constitutivo del régimen y el de transmisión de cada derecho-turno. Ya antes de la ley vigente, cabía preguntarse si era posible la constitución previa del régimen antes de proceder a la cesión de los derechos; y la respuesta era afirmativa, porque se trataba de una sucesión constitutiva, de un título que modificaba un derecho ya existente, el de propiedad, para crear uno nuevo, el de disfrute por períodos (art. 2.2 LH). Así lo decíamos en RCDI, 1996, pág. 321. Y también antes de la

criturado o, además, inscrito? Dependerá de cómo se interprete el párrafo primero de ese mismo artículo 4.3 LAT. Por eso mismo, acudir sin más al párrafo segundo del artículo 4.3 LAT para concluir que la inscripción del régimen es declarativa o constitutiva —como así lo cree, con tal fundamento legal, COSTAS RODAL (pág. 222)—, constituiría una petición de principio, una tautología. Conecta, además, COSTAS dicho párrafo segundo del artículo 4.3 LAT —y lo mismo hace con el ya visto art. 4.4 LAT (págs. 224 y 225)— con el texto de la Exposición de Motivos de la LAT al principio reproducido (el del primer párrafo de su ap. I), para colegir (pág. 222), «que si la inscripción no es constitutiva desaparece el control de la legalidad del régimen por el registrador de manera previa a la transmisión de los derechos». A tal afirmación, dos objeciones: por un lado, ¿es insuficiente el control de legalidad conferido al notario?; y, por otro, insistimos, ¿es bastante argumento el control de legalidad para que la inscripción sea constitutiva?; ¿cuándo ha sido esa la razón para erigir —siempre con cautela y excepcionalmente— en constitutiva la inscripción? A lo más, como así ha sucedido, dicha razón —el control de legalidad a favor del adquirente— justificaría que la inscripción sea obligatoria y que, como veremos luego, su inobservancia produzca ciertos efectos negativos para quien incumplió el deber de inscribir.

Desechadas, pues, todas estas normas para conocer el alcance de la inscripción del régimen de aprovechamiento por turno, ¿dónde se encuentra, entonces, la respuesta? Sólo el texto del propio artículo 4.3.I LAT, norma clave en este punto, y su génesis la ofrecen. Al principio, el artículo 4.3.I del Proyecto de LAT, siguiendo fielmente al artículo 4.2 del Anteproyecto, proponía claramente la naturaleza constitutiva de la inscripción registral. Ambos disponían: «*El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble, que deberá constar en escritura pública, se constituirá mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad*». Y añadía el artículo 5.3 del Anteproyecto (art. 6.4 del Proyecto): «*No podrá modificarse el régimen sino cumpliendo los requisitos del artículo 4.2*» (4.3, diría el art. 6.4 del Proyecto). En su propia Exposición de Motivos (párrafo primero del bloque III), se decía: «*La inscripción del régimen en el Registro se establece como constitutiva...*»,

LAT, conforme al principio de tracto sucesivo, era posible el simultáneo otorgamiento, y en su caso inscripción, del título regulador del régimen y la transmisión de los derechos (RCDI, 1996, pág. 321). Ahora, ex artículo 4.3.II LAT, sólo cabe la previa constitución y posterior transmisión, no habiendo ya lugar a la simultaneidad. De ahí que hoy sólo quepa la creación unilateral, porque, como exige el artículo 4.1 LAT, «*el régimen de aprovechamiento por turno deberá ser constituido por el propietario registral del inmueble*». Y bien está la exigencia de constitución unilateral y previa a la cesión de los derechos, pues ello presupone un control de legalidad del régimen, de su conformidad con la LAT especialmente, por el Notario y el Registrador (cfr. arts. 4, aps. 3 y 4, 6, aps. 1 y 2, 8.3 y 14.3 LAT).

siendo lo que seguía, para su justificación, prácticamente igual a lo que se dice ahora acerca del control de legalidad en manos de notarios y registradores, para así proteger al usuario, al adquirente del derecho-turno. Frente a dicha redacción, el grupo parlamentario de CiU propuso dos enmiendas ante el Congreso de los Diputados: en la primera, la número 43, sugirió introducir en la Exposición de Motivos, en sustitución de la frase antes reproducida, que *«la formalización del régimen en escritura pública se establece como constitutiva, y se impone como obligatoria su inscripción en el Registro de la Propiedad»*; y se motivaba así: *«En coherencia con la enmienda de modificación del artículo 4.3 del Proyecto de Ley —es la núm. 56, que exponemos a continuación— toda vez que se establece la eficacia constitutiva de la formalización en escritura pública del régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble»*. Y en esa segunda enmienda, la número 56, CiU recomendó que el artículo 4.3.I, en vez de *«y se inscribirá»*, como dice actualmente, dijese *«y será obligatoria su inscripción»*, motivándolo *«por considerar que el régimen de aprovechamiento por turno se constituye en el momento de su formalización en escritura pública, y no por la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad»* (36). En la redacción definitiva de la Ley sólo prosperará la primera de las enmiendas, con reflejo en la actual Exposición de Motivos de la LAT, siendo rechazada, en cambio, la segunda para adoptar la redacción transaccional que actualmente presenta el artículo 4.3.I LAT. Esta aceptación sólo parcial no niega la motivación sostenida, sino que la ratifica, demostrando que ya la redacción presente del precepto sirve, por su propia claridad, como fundamento del carácter no constitutivo y sólo obligatorio de la inscripción: *«y —una vez constituido el régimen de goce por turno en escritura pública— se inscribirá»*, dice la norma. En efecto, conforme a la literalidad del artículo 4.3.I LAT, la conexión gramatical sólo existe entre constitución y escritura pública, quedando la inscripción separada de aquélla por un signo de puntuación, una coma, y por una conjunción copulativa, la «y», que indica la adición de un requisito extra a la constitución. No puede admitirse, pues, que el artículo 4.3.I LAT no sea claro, como en cambio dice

(36) El PSOE, sin argumentación y sin éxito, propondría que la inscripción no fuese obligatoria, ni constitutiva (enmiendas 104 y 105). Aportando razones de mera oportunidad, propondría, por su parte, la Coalición Canaria, en la enmienda 157 ante el Congreso, que el artículo 4.3 dijese: *«El régimen de aprovechamiento por tiempo compartido de un inmueble deberá formalizarse en escritura pública»*. Y lo motivaba diciendo: *«Desde un punto de vista de práctica normal de la actividad el dar carácter constitutivo a la inscripción registral supondrá la paralización de los proyectos y de las inversiones efectuadas hasta que se obtenga dicha inscripción y que, en un primer momento dada la complejidad y novedad de la escritura puede suponer varios meses, así como que un determinado Registro pueda negar la inscripción que otro sí ha concedido, lo que influirá negativamente en las inversiones»*. Este alegato, sin embargo, podría servir igualmente como crítica al carácter constitutivo de la propia escritura pública.

COSTAS RODAL (pág. 223), cuando esta misma autora hace (en págs. 220 a 222) parecido recorrido —aunque como mera introducción a la cuestión— sobre la tramitación parlamentaria de dicho precepto. Y para ella no es claro, seguramente porque para defender el carácter constitutivo de la inscripción registral del régimen, como ella lo defiende, no es posible apoyarse en aquella norma, haciéndolo, en cambio, en otras (vgr., arts. 3.1, 4.4, 5.3.II, 6.1.I, 6.3.I y II, 6.4, 9.1.1.º, 14.1 y Disp. Trans. 2.ª-2 LAT). Ciertamente, algunas de esas otras normas —algunas de las cuales han quedado ya vistas *supra* y otras que quedan aún por ver en las siguientes páginas— han conservado la redacción originaria del Proyecto LAT, cuando, en efecto, la inscripción era constitutiva del régimen, no por lo que decían, y siguen diciendo, esas otras normas, sino porque así lo expresaba claramente su artículo 4.3 (y su justificación), desde el cual habían de interpretarse y coordinarse aquellos otros preceptos. Pero ahora, habiendo sido *in esentia* modificado el artículo 4.3.I LAT, que es la clave, la norma eje por referirse directa y expresamente a la creación del régimen, en el sentido expresado por la propia Exposición de Motivos de la LAT, la lectura e interpretación de los demás preceptos «satélites», que se refieren al artículo 4.3.I LAT directa o indirectamente (a veces por remisión expresa; vgr., art. 6.4 LAT, sobre modificación del régimen), ha de hacerse desde la nueva redacción y espíritu que éste ahora presenta, y no desde el que en principio se le pretendió dar. No cabe, por el contrario, como pretende COSTAS (pág. 222), interpretar el artículo 4.3 LAT a partir de aquellos otros. Es el artículo 4.3.I LAT, ningún otro, el que encierra el nudo gordiano sobre la constitución del régimen de aprovechamiento por turno. A lo más, lo criticable es que con él no haya sido también modificada la redacción de algunas de esas otras normas que lo circundan (37). Y no es, desgraciadamente, la primera vez, ni probablemente la última, que esto ocurre con una ley tras su tortuosa y descoordinada tramitación parlamentaria.

No cabe, por tanto, a la vista del artículo 4.3.I LAT, de su redacción y de su espíritu, desmembrar el *iter* constitutivo del régimen de aprovechamiento en dos fases (escritura e inscripción), puesto que su nacimiento acaecerá en un solo acto, con el de su escrituración, quedando la inscripción como requisito *ex post*, sólo necesario a los efectos publicadores del régimen, viabilizando así la cognoscibilidad de todo su contenido *ex* artículo 5 LAT por los

(37) Eso es, precisamente, lo que han terminado haciendo los propios padres de la Ley, PAU PEDRÓN, A., en su Prólogo a la LAT, ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 16 y 17; MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, pág. 108; y también RUIZ-RICO, J. M. (dir.): *op. cit.*, pág. 41; y LORA-TAMAYO, I. (y otros): *op. cit.*, págs. 87 a 92, 155 y 156; todos ellos critican esa —posible— discordancia, diciendo que algunas normas de la LAT recuerdan, a modo de vestigio, la intención originaria del legislador, pero a continuación reconocen que a la vista del definitivo artículo 4.3.I LAT y de la razón que de él se da en la Exposición de Motivos, la inscripción del régimen es obligatoria y sólo declarativa del mismo.

posibles adquirentes y su eficacia frente a todo tercero (38). En contra, COSTAS RODAL (págs. 232 y 233), dice que la LAT se refiere en reiteradas ocasiones a la escritura pública del régimen como «escritura reguladora», de modo que, en su opinión, no parece ser constitutiva del mismo. ¡Y tanto que es reguladora! Basta con leer el artículo 5 LAT para comprobar la complejidad y minuciosidad del contenido mínimo y necesario de la escritura pública, pudiendo ello obedecer, precisamente, a que en ella se crea el régimen de goce por turno.

III. EFECTOS, NECESARIOS Y POSIBLES, ANTE LA INOBSERVANCIA DEL ARTÍCULO 4.3.I LAT

Buena prueba de la naturaleza obligatoria, pero sólo declarativa, de la inscripción del régimen de aprovechamiento por turno es que su inobservancia no supondrá la inexistencia del régimen, ni la nulidad radical que el artículo 4.3.II LAT impone para cuando se ceda un derecho-turno sin estar creado, esto es, escriturado el régimen en documento público (39). Las consecuencias del incumplimiento de inscribir y de que aún así se comercialicen los derechos-turno ya existentes, amén de la normal desprotección registral —arts. 17, 32, 34, 38, 313 (40) LH—, serán (41):

Como efecto necesario, la imposibilidad de computar el plazo de duración del régimen de aprovechamiento por turno; así cabe entenderlo *ex* artículo 3.1 LAT, en cuya virtud «*la duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen*»; lo cual, dicen con razón, PAU PEDRÓN (pág. 27), LORA-TAMAYO (págs. 81 y 82); y MARTÍNEZ-PIÑEIRO (pág. 179), es un vestigio —ciertamente perturbador— de cuando la inscrip-

(38) Así lo han reconocido, finalmente, PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, págs. 16 y 17; y MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, págs. 108 a 110, aunque insisten en la conveniencia de que la inscripción hubiese sido constitutiva, insistiendo en los mismos argumentos —antes vistos y rebatidos— que antaño: la falta de posesión del derecho fuera de los turnos de uso y la necesidad de asegurar la oponibilidad del régimen, especialmente frente a los terceros adquirentes.

(39) No debe extrañar, sin embargo, que en la práctica se estime finalmente como constitutiva la inscripción mediante una —tan errónea como excesivamente— generosa interpretación combinada de los artículos 4.3.II y 1.7 LAT, al que aquél se remite.

(40) Quizá muy en conexión con el artículo 313 LH, haya que poner el artículo 2.2 LAT, sobre arbitraje.

(41) Como aclara SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.* (dir. Ruiz-Rico y Cañizares), pág. 188, si bien la obligación de inscribir surge tras la constitución del régimen (con su escrituración), su infracción se produce cuando el régimen de aprovechamiento por turno, ya nacido, se pone en actuación (mediante su promoción *ex* art. 8 LAT —o mediante su comercialización *ex* art. 9 LAT, habría que añadir—), sin estar inscrito.

ción del régimen prevista en el Anteproyecto de LAT era constitutiva. Aún así, sirve el artículo 3.1 LAT a COSTAS RODAL (págs. 223 y 224), para decir que *de lege lata* la inscripción es constitutiva del régimen, pues de serlo sólo la escritura, entonces, el cómputo debería hacerse desde su otorgamiento, a diferencia de lo que dispone el artículo 3.1 LAT, que atiende a la fecha de inscripción (42). Fundamenta tal interpretación en el propio tiempo máximo de duración fijado en el artículo 3.1 LAT (cincuenta años), que no se puede infringir. Olvida, no obstante, que una cosa es que la inscripción sea simplemente obligatoria, en cuyo caso es normal que despliegue algún efecto (vgr. el del art. 3.1 LAT) y algún tipo de consecuencia desfavorable para el caso de no inscripción, y otra diversa es que además sea constitutiva. Y, por otro lado, olvida que de no computarse la duración del régimen de goce por turno por su falta de inscripción quien se ve más perjudicado es el promotor, no tanto ya los adquirentes; pues si bien el límite temporal mínimo de duración del régimen (tres años), ya exigido en el artículo 2 de la Directiva Europea, se impone como garantía del titular del derecho-turno, el máximo de cincuenta años se establece no sólo para asegurar una efectiva viabilidad económica del régimen (en cuanto a la prestación de los servicios complementarios de mantenimiento del complejo inmobiliario sometido al régimen de goce por turno), sino también a favor del dueño, que ha de quedar vinculado al régimen durante toda su duración, para que éste no se convierta en una carga casi-perpetua para aquél (*vid.*, el último párrafo del ap. II de la Exposición de Motivos de la LAT). Además, que la inscripción marque el *dies a quo* de la viabilidad del régimen, ¿no podrá ser coherente, en cuanto efecto, con su naturaleza obligatoria? La inscripción, o no inscripción, afecta a la eficacia —temporal— del régimen, no a su nacimiento. Por eso, de no haber inscripción, no habría infracción del límite legal máximo de tiempo —que debe estar perfectamente satisfecho, cumplido en la escritura constitutiva del régimen (art. 5.1.8.º LAT)—, sino perjuicio para el dueño que habrá de estar por mucho más tiempo vinculado al régimen ya creado y existente en su escrituración y sin poder comercializar aún los turnos bajo el riesgo de resolución —como efecto posible, ahora se verá, de la no inscripción— (43).

(42) Y ello para PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, pág. 27, es una excepción al artículo 24 LH, pues no se atiende a la fecha del asiento de presentación, sino a la de la inscripción misma. TENA ARREGUI, R. (y otros): *op. cit.*, pág. 209, mantiene sus dudas al respecto y no se pronuncia. A nosotros, sin embargo, no nos parece que exista tal excepción. ¡En cuántas ocasiones las normas marcan como *dies a quo* el de la fecha de inscripción sin pretender por ello excepcionar el artículo 24 LH!

(43) En esta línea, LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, *loc. cit.*, añadiendo, como ventaja del titular del derecho-turno, que éste podrá ejercitarlo a pesar de la no inscripción. También se apoya COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, págs. 225 y 226, en el inciso final del artículo 3.1 LAT para insistir en el carácter constitutivo de la inscripción *ex* artículo 4.3 LAT, en cuya virtud «la duración del régimen será... a contar... desde la inscripción de la terminación

Como efectos posibles de la falta de inscripción obligada del régimen de goce por turno ya constituido en escritura pública, destacan:

Por un lado, la imposibilidad de escriturar e inscribir el contrato de transmisión de los derechos-turno (art. 14.3 LAT) o la modificación del contrato de arrendamiento de servicios celebrado por el constituyente del régimen con un tercero, con una empresa de servicios (art. 16.3.II LAT) (44). Curioso resulta, al respecto, que MANZANO FERNÁNDEZ, tras reconocer (pág. 443), a su pesar, que la inscripción del régimen constituido en escritura pública es obligatoria sin más, luego (pág. 444), diga que la inscripción del régimen es constitutiva *ex* artículo 6.3 LAT, cuando en verdad tal precepto se refiere al contrato de arrendamiento de servicios nuevo o modificado —subjetivamente, como aclara COSTAS (pág. 246)— (cfr. art. 16 LAT). Porque a la modificación del régimen de aprovechamiento por turno se refiere el artículo 6 LAT, sí, pero en su apartado 4, no en el apartado 3, para, precisamente, remitirse sin más al artículo 4.3 LAT sobre constitución del régimen. Refiriéndose también al artículo 6.3 LAT, dice COSTAS (págs. 226 y 227), que es muestra del carácter constitutivo de la inscripción del artículo 4.3 LAT, al que por eso, dice, se remite el artículo 6.4 LAT. No parece que así deba entenderse la conexión existente entre los artículos 4.3 y 6 LAT: en el artículo 6.3 LAT la inscripción sí es constitutiva —único caso auténtico— (45), pero no por adecuación con el artículo 4.3 LAT, ni siquiera con el artículo 6.4 LAT, sino más bien por exigencias del artículo 16 LAT *in fine* (46), en cuya virtud la alteración del contrato de servicios no podrá perjudicar al titular del derecho-turno, y tampoco le afectará si no se inscribe en el Registro de la Propiedad, ya que, en principio, dicho titular tiene derecho a los servicios tal y como estaban pactados con el promotor en el contrato de goce por turno. Por otra

de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción»; pero como ella misma reconoce (pág. 226), «la inscripción de la terminación de la obra se hace necesaria —haec est quaestio, añadimos nosotros— para los plenos efectos —¡de publicidad, de cognoscibilidad!— del régimen constituido —¡ya existente!— sobre el inmueble en construcción».

(44) Así lo dice MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, pág. 128, como prueba de que finalmente la inscripción del régimen tiene fuerza y relevancia; lo cual, por su parte, no es negado por la LAT, que impone dicha inscripción como obligatoria.

(45) Carácter constitutivo de la inscripción de la modificación del contrato de servicios que advierten PAU PEDRÓN, A., *op. cit.*, pág. 18; MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, pág. 128; y MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *op. cit.*, pág. 444, como vestigio de los Anteproyecto y Proyecto LAT, cuando la inscripción del propio régimen era constitutiva. Para una interpretación correctora del artículo 6.3 LAT desde los artículos 4.3 y 16 LAT, nos convence la que hace LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, págs. 169 a 172.

(46) Me refiero, en particular, a su última frase («*cualquier alteración del contrato no perjudicará, en ningún caso, a los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno*»).

parte, si la inscripción fuese constitutiva tanto para crear el régimen (art. 4.3 LAT), como para modificarlo (art. 6.4 LAT), ¿para qué ese especial párrafo segundo del artículo 6.3 LAT? Precisamente porque este precepto constituye la única excepción frente a los artículos 4.3 y 6.4 LAT.

Y, por otra parte, otro posible efecto por incumplir la obligación legal de inscribir el régimen ya nacido, es la posibilidad de extinguir, por resolución o por desistimiento, el contrato de transmisión de los derechos-turno a instancia unilateral del adquirente (cfr. art. 8, aps. 1.1.º, 3.º, 10.º, 11.º *a*, 2 y 5, art. 9, aps. 1.1.º, 3.º, 10.º y 11.º, y 2; y art. 10.2 LAT). Necesario nos parece, al respecto, explicarnos con cierto detenimiento. En general, por exigencias de la LAT cumpliendo mandato de la Directiva de 1994, una vez constituido el régimen, el promotor, antes de proceder a la transmisión en particular de cada turno de goce, queda sujeto a una obligación de previa información gratuita, que funciona como oferta vinculante, sobre el régimen constituido, según su contenido escriturado (cfr. arts. 5 y 8.2 LAT). Y ya cubierta esa exigencia de información —de cognoscibilidad—, si, en efecto, llega a cederse algún derecho-turno, el contrato de transmisión, fiel a la información previa, deberá igualmente contener todos los datos que el artículo 9 LAT exige para la seguridad y no engaño del adquirente. Y es aquí donde emerge, de nuevo, la protección del adquirente como *ratio legis* permanente: si el documento informativo o, en su caso, el contrato celebrado no comprende algunos de los datos que la LAT exige o, conteniéndolos todos, desvirtúa su veracidad o existe discordancia entre el contenido de la oferta y el de la efectiva transmisión, amén de no poderse escriturar ni inscribir la cesión (art. 14.3 LAT), el adquirente dispondrá, *ex* artículo 10.2 LAT, de un plazo de tres meses a contar desde la celebración —desde la fecha que en dicho contrato escrito conste (art. 9.1 LAT)— para resolverlo, sin que se le pueda exigir por ello ningún tipo de resarcimiento (arts. 11.1 y 12 LAT); y transcurridos los tres meses, se haya o no colmado la laguna o corregido la discrepancia de aquellos escritos —informativo y de transmisión—, el titular del derecho-turno dispondrá en cualquier caso de un adicional plazo de diez días para desistir de él (47). Pues bien, en particular, por lo que a la inscripción del régimen concierne, una vez constituido éste, para proceder ya entonces a la transmisión de todos y cada uno de los derechos creados, el artículo 8 LAT exige previamente un documento informativo que, amén de ser archivado en el Registro de la Propiedad (ap. 2), «*ha de indicar* —entre otras muchas circunstancias— *los datos de inscripción del régimen en el Registro de la Pro-*

(47) Una posibilidad de desistimiento unilateral de la que el titular del derecho de goce por turno siempre dispone incondicionalmente (*ad nutum*), a su libre arbitrio y sin necesidad de justificar, aunque la información y el contrato fuesen *ab initio secundum legem* (arts. 9.1 y 10.1 LAT).

piedad, expresando la titularidad y cargas, advirtiéndole que aquél debe consultarse a efectos de conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen de aprovechamiento por turno» (ap. 5 de dicho art. 8 LAT). Ya en el propio contrato de transmisión del derecho, según exige el artículo 9.1 LAT, habrán de constar los datos de inscripción registral de la escritura constitutiva y reguladora del régimen (núm. 1.º); los datos registrales del edificio, de los alojamientos y de los turnos (núm. 3.º); la duración del régimen, con referencia a la escritura y a su fecha de inscripción (núm. 10.º); y expresión del derecho que tiene el adquirente de consultar el Registro de la Propiedad (núm. 11.º). ¿Qué ocurrirá, entonces, de no haber inscripción registral de la escritura constitutiva del régimen? ¿Que ni el documento informativo, ni el contrato de transmisión contendrán, o podrán contener con veracidad, los datos registrales exigidos por los artículos 8 y 9 LAT. Y, ¿qué podrá suceder entonces? Que el titular del derecho-turno adquirido, si lo desea, resuelva o desista del contrato, esto es, ¡que extinga algo ya nacido y existente! (48).

No falta quien, como COSTAS RODAL (págs. 227 a 229, 232 y 233), se apoye en el artículo 9.1.1.º LAT para afirmar el carácter constitutivo de la inscripción del régimen, creyendo que en la LAT no hay sanción ante la inobservancia de una supuesta inscripción obligatoria, pero sólo declarativa: por un lado, conecta dicha norma con el ya visto artículo 14.3 LAT, cuando este precepto, aplicado al caso de no inscripción del régimen de aprovechamiento por turno, estaría simplemente aludiendo a una exigencia registral de tracto sucesivo; es decir, si no está inscrito el régimen, el contrato de transmisión lógicamente tampoco podrá ser inscrito sin serlo previamente aquél. Por eso mismo, por ejemplo, el artículo 4.1 LAT exige que el constituyente del régimen sea «*el propietario registral*», para que así, inscrito el régimen, luego se puedan inscribir los contratos de cesión (49). Por otro lado, conecta

(48) Coincidimos, pues, en este punto con MUNAR BERNAT, P. A., *op. cit.*, págs. 49, 110 y 111, para quien la escritura pública es constitutiva y la inscripción registral *conditio sine qua non*, dice, para la comercialización *ex* artículos 8.2.b y 5, y 9.1.1.º y 3.º LAT; lo cual, para LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, págs. 156 y 157, aunque así sea en virtud de la LAT, es criticable, pues excede de los principios generales hipotecarios. En la misma línea que Munar, TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, págs. 239 y 240. En contra, y más favorable a una simple indemnización por daños y perjuicios, SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.* (dir. Ruiz-Rico y Cañizares), págs. 189 y 190, porque aplicar el artículo 10.2 LAT para cuando no hay inscripción supondría, dice, «que la falta de inscripción caracteriza al contrato como carente de circunstancias informativas». Pero es que de eso se trata.

(49) O dicho de un modo más pausado: la exigencia *ex* artículo 4.1 LAT de que la titularidad dominical del constituyente del régimen sea «*registral*» parece evidente, porque constando *ab initio* la unidad inmobiliaria, objeto del régimen de goce por turno a crear, como finca registral independiente, se asegura, por la pura mecánica registral del tracto sucesivo, la posterior y obligada inscripción del régimen en sí, que, en principio,

COSTAS RODAL el artículo 9.1.1.º LAT con el artículo 10.2 LAT, diciendo que éste no contiene una sanción ante el incumplimiento de la obligación de inscribir, sino ante el incumplimiento del deber de información (cfr. aps. 2.*b* y 5 del art. 8 LAT). Pues, precisamente, parece olvidar que en tales normas —indicadas entre paréntesis— se exige como contenido del documento informativo los datos de inscripción registral del inmueble y del régimen de aprovechamiento por turno sobre él constituido, porque de lo contrario cabe la resolución del contrato a instancia del adquirente del derecho-turno (cfr. art. 9.4 LAT en su explícita remisión, al respecto, al art. 10 LAT).

Así las cosas, y sirva como colofón, habida cuenta del artículo 4.3.I LAT, de su letra, de su gestación y de su justificación, creemos que no cabe más conclusión que afirmar —como lo hacemos en el título de este trabajo— la exigencia constitutiva de escritura pública y su obligatoria —aunque sólo declarativa— inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno. Ponemos, así, punto final a esta réplica, siempre cordial y estrictamente científica, a la crítica que se nos hizo por afirmar hace no mucho tiempo, en AC, 1999, lo mismo que aquí confirmamos. Por supuesto, sometemos nuestro parecer a cualquier otro mejor fundado. Quede de este modo hecha la invitación para la réplica, si es que la merece esta pobre reflexión nuestra que aquí concluye.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho civil
en la Universidad de Sevilla

ha de instar el propio promotor, y así luego poder proceder a la inscripción de cada contrato de transmisión, con todo lo que ello puede suponer de protección, o de elusión de obstáculos, para el titular de los derechos-turno frente a terceros posibles adquirentes del inmueble en sí o de otros derechos de goce por turno (cfr., arts. 4.3 y 15.3 LAT, 32 y 34 LH). Y así lo advierte también COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, págs. 193 y 417, en la línea hipotecaria del tracto sucesivo, al señalar la posibilidad de que así el adquirente confíe: por un lado, en la titularidad del constituyente, y, por otro, en la viable inscripción de su derecho-turno.

Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales (*)

En recuerdo, siempre presente, de Rafael Sánchez de Lamadrid y Sandoval; y con mi agradecimiento a Guillermo Orozco Pardo, Universidad de Granada, por el interés mostrado en el desarrollo de esta investigación.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: a) REGISTROS Y PUBLICIDAD MATERIAL; b) EL REGISTRADOR ANTE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—2. ESTATUTO DE LA PROFESIÓN: a) LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REGISTRADOR; b) FUNCIÓN PÚBLICA *VERSUS* ACTIVIDAD PRIVADA PROFESIONAL: SU CONCILIACIÓN.—3. FUNCIÓN REGISTRAL: LABOR ENCOMENDADA AL REGISTRADOR: a) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD; b) CALIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR; c) CRITERIO MANTENIDO POR LA

(*) El presente estudio de investigación fue concluido en septiembre de 2001 y es por ello por lo que a la fecha de su publicación, con la velocidad de vértigo del actual mundo jurídico, es posible pensar que algunos comentarios pueden mostrarse inútiles o redundantes como consecuencia de acontecimientos posteriores al trabajo realizado. La mayor influencia de estos comentarios la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, Sala 3.^a, Sección 6.^a, que deroga, por anulación, gran parte del articulado del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La doctrina tampoco ha cesado en la disertación de la materia tanto en lo referente a las Condiciones Generales como la relación de los Registradores con el Derecho de Consumo, por lo que es posible encontrar nuevas referencias de estudio. Para resolver en lo posible este desfase y respetando el trabajo originario que, a pesar de ello, conserva toda su vigencia, se han producido escasos añadidos en el texto y en algunas notas de «pie de página» para poner de relieve los cambios posteriores al estudio realizado.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO; d) «CALIFICACIÓN» EN EL NUEVO REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—4. EL REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: a) CONSIDERACIONES GENERALES; b) CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO; c) MODELOS DE REGISTRO EN DERECHO COMPARADO.—5. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL Y LA MODERNA CONTRATACIÓN: a) DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LIMITACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA; b) EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—6. LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL: a) PLANTEAMIENTO SOBRE LA INDEFENSIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO; b) EL REGISTRADOR COMO PROFESIONAL IMPARCIAL.—7. EL DICTAMEN CONCILIADOR ENCOMENDADO A LOS REGISTRADORES POR LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: a) ANÁLISIS GENERAL; b) ¿DICTAMEN DE «CONCILIACIÓN»?; c) CONCLUSIONES SOBRE LA PROPUESTA LEGAL; d) ANTECEDENTES DE LA LEY SOBRE CGC PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN; e) NORMATIVA FINALMENTE PROMULGADA PARA UNA CONCLUSIÓN DEFINITIVA; f) NUEVAS PROPUESTAS ACORDES CON EL ESTATUTO DEL REGISTRADOR.—8. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN: POSIBLE EQUIPARACIÓN A LA LABOR INTELECTIVA DE CALIFICACIÓN.—9. RELACIONES ENTRE EL ACTO DE CONCILIACIÓN Y FIGURAS ANÁLOGAS: a) OTRAS SOLUCIONES PARA LA PRETENDIDA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS; b) PROPUESTAS SUSTITUTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES INDIVIDUALES O COLECTIVAS; c) CONCLUSIÓN: NECESIDAD SOCIAL.

1. INTRODUCCIÓN

a) REGISTROS Y PUBLICIDAD MATERIAL (1)

Todo Registro jurídico cumple, entre otras, una función fundamental de publicidad (2), la que forma parte de su objeto. Así, el Registro de la Propiedad,

(1) Como expresión de todos los efectos sustantivos que derivan de un Registro Jurídico para el que accede al mismo o, como dice CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA (*Estudios de Derecho Hipotecario*, 2.^a edición, Tomo 1, pág. 271, Marcial Pons, 1989) «...precisar los efectos que la Ley confiere a esa publicidad».

(2) Publicidad para la seguridad jurídica (publicidad con efecto jurídico —de amparo o protección de los derechos—), a diferencia de los Registros Administrativos que pueden tener fines diversos pero principalmente de fiscalización y control por parte de las Administraciones Públicas (publicidad con efecto noticia). Sobre esta distinción, vid. ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN («Registro de Condiciones Generales», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, págs. 316 y sigs.). Es, precisamente, esta nota la que separa la persona del Registrador del funcionario propiamente dicho (al servicio de la Administración y de sus Registros Administrativos) pues aún calificado como funcionario público, lo es en el sentido de desempeñar una función que corresponde al Estado, a lo público, pero que la ejerce desde la más absoluta privacidad e independencia. Esta dualidad de caracteres la pone de manifiesto CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Marcial Pons, 1989) expresando que los Registradores reciben poderes del Estado pero

a cargo del Registrador (3) tiene por objeto la inscripción o anotación (para su publicidad) de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (4); el Mercantil, a cargo del mismo, la inscripción (publicidad) de empresarios y actos y contratos relativos a los mismos (5); y el de Condiciones Generales de la Contratación, también a cargo del anterior (6), como Sección del Registro de Bienes Muebles, la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia en los términos previstos en la Ley (7).

Cumplen los Registros, decimos, una labor de publicidad, y la trascendencia de ésta, tratándose de Registros jurídicos, la encontramos en los efectos que se producen en las relaciones entre los particulares; efectos que tienden a la máxima seguridad jurídica de prevención que el Estado, con el instrumento del Derecho, puede ofrecerles (8). Evidentemente, para saber quien tiene seguridad jurídica (v.gr.: principio de legitimación —art. 38 LH— o de integridad en la fe pública registral —art. 34 LH—) y para ofrecerla a quien se quiera valer de ella (v.gr.: principio de exactitud —art. 32 LH—) los Registros jurídicos deben cumplir con su finalidad de que el contenido de los mismos, con sus efectos en el ámbito de los derechos subjetivos, pueda llegar a conocimiento de los interesados. Se trata, en definitiva, de un sistema de protección cuya organización corresponde al Estado y que, por afectar al ámbito de lo privado en el que puede tener intereses el mismo Estado, debe delegar su funcionamiento en personas independientes que cumplen de una manera privada esa función pública de protección.

actúan en nombre propio, y que prestar un servicio público no quiere decir ser (representar) tal servicio. Este autor refuerza su postura con las manifestaciones de LACRUZ BERDEJO en el sentido de que la resistencia del Registrador a la inserción en el orden administrativo es un fenómeno de fondo que determina la conveniencia de la exclusión de la función registral del ámbito de la Administración.

(3) Artículo 274 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (en adelante LH).

(4) Artículo 1 de la LH coincidente con el artículo 605 del Código Civil.

(5) Artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1748/1996, de 19 de julio —BOE de 31 de julio de 1996—, modificado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre).

(6) Artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

(7) Artículo 1 del Reglamento del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, del Ministerio de Justicia —BOE 306/99, de 23 de diciembre—) que, en su Disposición Adicional única crea el Registro de Bienes Muebles como Registro de titularidades y gravámenes mobiliarios, del que forma parte, como Sección 6.ª, el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

(8) PAU PEDRÓN, ANTONIO (*Curso de práctica registral*, Madrid, 1995) señala que son rasgos propios de los Registros de Seguridad Jurídica los siguientes: la existencia de un control de legalidad o calificación (principio de legalidad); la conexión entre los asientos registrales (principio de tracto sucesivo); el carácter documental público del asiento; la oponibilidad o eficacia frente a terceros, y la posibilidad de conocer el contenido del Registro.

b) EL REGISTRADOR ANTE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El Registrador, como funcionario *calificado y calificante* (9) ejerce su labor sometiéndose al principio de legalidad. Con el recién creado Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación se amplían sus funciones, ahora quizá más administrativas o de control a pesar de la calificación jurídica que el legislador da a la nueva institución. La función asumida por el cuerpo de Registradores de protección del consumidor y usuario puede producir, si se concibe como verdadera protección, un giro en la labor independiente, imparcial, preventiva, legitimadora y protectora del tráfico jurídico que venía desempeñando hasta ahora y aunque, es cierto, de ello podía tener un gran provecho el consumidor, éste no era tenido en cuenta, en cuanto tal, en la función registral.

Hasta ahora el Registrador, como tal, era solamente un defensor del tráfico jurídico inmobiliario y del crédito territorial que ha desarrollado su labor en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, importando mucho los derechos y poco, o nada, los sujetos. Sin embargo, el Derecho sobre protección del consumidor hizo que tímidamente afectara a la labor calificadora del Registrador en el ámbito de la propiedad inmobiliaria (control de cláusulas abusivas en la calificación) orientando a cierto sector doctrinal hacia el «abanderamiento» de la institución registral como instrumento de protección del consumidor inmobiliario. Esto pudo ser un primer paso para una nueva perspectiva futura (10) de la profesión. El siguiente paso lo acaba de dar el legislador en el ámbito de la contratación en la que, en un intento de organizar un nuevo Registro al que difícilmente, *imposible* se puede decir, se pueden trasladar los conceptos y efectos del de la Propiedad, crea a un incipiente protector de determinados sujetos: el consumidor y usuario. ¿Es el consumidor el punto de mira y destinatario de la nueva función Registral? ¿No estamos ante un lento proceso de *contaminación* de una institución que ha pervivido un largo período de tiempo cumpliendo la función para la que fue creada? El tiempo lo dirá, pero, sin duda, el Registrador, con su nuevo Registro, que por muy jurídico que se adjetive no deja de ser un simple instrumento de control administrativo para el que no es necesario, ni se justifica, ninguna independencia de su responsable, es más Admi-

(9) Expresión que utiliza Díez PICAZO cuando define el Registro de la Propiedad como institución jurídica ... *que funciona a base de funcionarios calificados y calificantes...*

(10) Hablamos en término de futuro ya que, hasta ahora, los intentos de utilización del Registro como instrumento protector de los destinatarios finales de bienes y servicios han sido eso, meros intentos que no han afectado esencialmente a la institución registral pero que, luego lo estudiaremos, con las nuevas funciones que se encomiendan al Cuerpo de Registradores conviene analizar si, de alguna manera, afecta a la posición del Registrador de no tomar partido más que por la trascendencia real de los derechos...

nistración (funcionario) que antes. La función protectora que la LGDCU encomienda a la Administración se atribuye a los Registradores que, en esta nueva andadura, cumplen una función meramente administrativa.

El nuevo Registro, su Reglamento, sobre Condiciones Generales de la Contratación, al igual que la ley, no ha tenido una buena acogida. Su eficacia está más que en entredicho; más que una solución de seguridad jurídica o de protección del consumidor, se habla de experimento fallido desde su intento, pero sólo el tiempo, unido a la voluntad de los que tienen en sus manos el nuevo instrumento, demostrará si las soluciones dadas son acordes con las necesidades demandadas.

No se sabe muy bien a quién beneficia el Registro pues, ya de partida, responde a lo «irracional, a lo incoherente y a lo absurdo». Si se trata de proteger al consumidor es evidente que el Registro no funcionará pues no habrá predisponente que, voluntariamente, aún con señuelos, facilite la apertura del camino que a aquél se le ofrece. Lo más grave es que aún estemos en la duda de si realmente se trata de un Registro que sirva para iluminar la ceguera de la «masa» que se adhiere a las cláusulas predispuestas e impuestas por quien sólo se rige, y ampara, por los rancios principios del *pacta sunt servanda* o *signing is binding* (11) que, hoy, en la sociedad de economía globalizada, liberal, mercantilista y consumista, han de ver reducido, sin remedio, su ámbito de aplicación.

El presente trabajo no pretende entrar en la viva polémica (que por mucho tiempo se pronostica) surgida a raíz de la nueva normativa de contratos o consumo, en esa labor crítica en la que multitud de intereses afloran y evidencian dificultades para el desarrollo de nuevas iniciativas. Se trata sólo de dar una «pincelada» al estatuto profesional de Registrador, para descubrir las nuevas atribuciones que se le encomiendan tras la creación del nuevo Registro, advertir que el control de legalidad propio de la función Registral y base del funcionamiento del Registro y de sus importantes efectos no es, precisamente, lo que encierra el nuevo Registro de CGC, y examinar la única función de cierta trascendencia que puede llegar a tener el Registrador, que es la de «conciliar» mediante dictamen el conflicto de intereses que exista en orden a una cláusula presumiblemente abusiva. Por lo demás, veremos instituciones análogas de las que pueden valerse los sujetos, al margen de la nueva normativa, para salvar sus diferencias. Iniciado el presente trabajo en el análisis de la nueva normativa sobre condiciones generales, y con la perspectiva del tiempo desde los primeros trabajos sobre la materia, es necesario advertir como la tradicional función

(11) Expresión que utiliza ALFARO ÁGUILA REAL, JESÚS (*Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991), con el significado de que quien firma un contrato comunica su consentimiento respecto del total contenido del mismo, con su consecuencia (afirmaba VON TUHR) de que quien no lo haya leído deberá ser tratado como si lo hubiera leído, comprendido y aceptado.

calificadora de los Registradores de la Propiedad puede verse afectada con su extensión al control de las cláusulas abusivas. Es como un arma de doble filo: es loable el intento de protección del consumidor desde el Registro de la Propiedad, pero ello afecta a la esencia misma del Registro que, además, desde antiguo, ha sido el único verdadero protector de dicho consumidor, pero sin excluir a quien en la nueva normativa no entra dentro del ámbito subjetivo de este concepto. Aportaremos, incluso, nuevas propuestas que puedan dar luz al desarrollo de una institución que no ha hecho más que nacer.

Por tanto, pasamos por alto el examen de la nueva normativa, sus contradicciones, sus omisiones, su legalidad, su utilidad, etc., de lo que ya mucho se ha dicho (12) y, tras ello, sólo queda actuar en consecuencia.

2. ESTATUTO DE LA PROFESIÓN

a) LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REGISTRADOR

El Registrador tiene atribuida una función pública y, en este sentido, debe estar sometido a la ley cumpliendo con esta función su misión de garantizar el sometimiento de los sujetos de determinadas relaciones jurídicas a la legalidad vigente (seguridad jurídica preventiva de conflictos de solución jurisdiccional) (13). Sin embargo, fuera de esta función pública, la actuación del Registrador es exactamente igual que la de cualquier particular (14). Ser *profesional* del Derecho con cualificación demostrada tiene sus ventajas y ello determina el que, para dar seguridad a quien la demande, se pueda contar con determinados cuerpos profesionales con una buena organización de acceso que pretende garantizar la cualificación necesaria para el cumplimiento de esa función. También justifica, a su vez, que se tengan en cuenta en la creación de nuevos institutos; pero claro, no basta una cualificación, las nuevas «tareas» deben estar en consonancia con el carácter de la profesión.

El Registrador, el de la Propiedad (15), en el cumplimiento de la función encomendada, ejerce una profesión liberal y es por ello que queda sujeto, fren-

(12) En el presente trabajo se hará referencia a muchos autores, que no todos, que, de manera directa o tangencial, han tratado la materia.

(13) Precisamente, una de las finalidades de la seguridad jurídica preventiva, y por tanto del Registro de la Propiedad, es evitar los litigios que puedan surgir en el ámbito que le es propio.

(14) GÓMEZ JENE, FRANCISCO JAVIER (Boletín de Información Registral. Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, 1995) estudia el Registro desde la concepción de empresa privada con los mismos criterios que cualquier otra empresa (organización, contratación de servicios, de personal, de local, de material, de mantenimiento, etc.).

(15) El legislador, y el cuerpo, han querido que el Registrador siga siendo «de la Propiedad y del Registro Mercantil» aún cuando esté desempeñando sus funciones en el

te al solicitante de la operación registral, al Derecho Civil, ligado en esa relación al contrato de prestación o arrendamiento de servicios, con responsabilidad personal en caso de daños por incumplimiento o mal cumplimiento de los mismos, con características propias que derivan de su particular estatuto. Su servicio consiste en una labor intelectual primero (calificación) y material después (práctica de asientos) que tiene como fin ofrecer seguridad jurídica a quien el Ordenamiento legitima para obtenerla (16) y tiene su traducción en el procedimiento registral entendido como conjunto de actividades que se desarrollan desde la aportación de un título al Registro hasta su inscripción (17).

b) FUNCIÓN PÚBLICA *VERSUS* ACTIVIDAD PRIVADA PROFESIONAL: SU CONCILIACIÓN

Sin embargo, la prestación de este servicio «público» por el Registrador, sin ser un servicio público (18), tiene unas connotaciones que, por un lado, lo

Registro de las CGC, y eso que nada tiene que ver una función con la otra, a pesar de la pretendida equiparación. Por tanto, digo «el de la Propiedad», no con ánimo de distinguirlo del de las Condiciones Generales, sino para indicar que me refiero a cuando cumple su función en ese ámbito, pues en el otro, en el de registrar condiciones generales, realiza una actividad meramente administrativa, funcionarial.

En cuanto a la denominación del cuerpo, el Registro de Bienes Muebles no les afecta en nada por ser, en todas sus secciones, un Registro de Titularidades (entiéndase propiedades) y gravámenes sobre bienes muebles (Disposición Adicional única 2 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre). Sólo hay una excepción que es la Sección 6.^a que se refiere al Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, por lo que podemos afirmar que en realidad estamos, aunque no suene muy bien, ante Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Predisponentes (sistema de folio personal —ex art. 8 del Real Decreto 1828—) de condiciones generales.

(16) Los que determina el artículo 6 de la LH.

(17) En tal sentido se pronuncia MONREAL VIDAL en su «Práctica Registral» (CRPME, CER, Madrid, 1997), aclarando que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no de tipo administrativo, por lo que no se rige por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (hoy Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992), sino por la LH y su Reglamento. Son sus fases: aportación del título y rogación, presentación a libro diario, calificación, práctica de asientos y retirada del documento con las notas correspondientes. Todo ello, como dice LACRUZ BERDEJO en su *Derecho Inmobiliario Registral*, con los efectos jurídicos inherentes.

Resulta evidente que la función del Registrador no se agota en el procedimiento registral; la publicidad, la estadística, la coordinación con la administración, la recaudación y algún control administrativo forma parte de esa función; la primera como propia de la profesión, el resto como coadyuvante de la Administración; es la rémora administrativa que saca partido de la institución y que se justifica por el deber de toda corporación de derecho público de colaborar con la Administración y por el interés general a que obedece su existencia (art. 5 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974; y 4.^o y 5.^o del Estatuto General).

(18) *Stricto sensu*, se entiende. Así lo afirma CHICO Y ORTIZ (*ob. cit.*, pág. 661), apoyándose en los estudios de LACRUZ BERDEJO, quien en contraposición a las teorías de

apartan de la mera actividad privada y, por otro, lo acercan al estatuto de la prestación de servicios por los profesionales. Así, en el primer sentido, la función jurídica de control de la legalidad vigente, la *inexcusabilidad* del servicio que presta, la *indelegabilidad* y *unipersonalidad* en su actuación, son caracteres impropios de la actividad privada en la que opera la libertad de aceptación de la encomienda, y en donde se encuentran con frecuencia vínculos de colaboración y delegación entre los miembros de la misma profesión e incluso de otras profesiones, pues en la actualidad se tiende a la actividad profesional multidisciplinar (19). Por el contrario, la independencia funcional, la responsabilidad personal y la organización «empresarial» (20) son propias de la actividad profesional, al igual que la relación de confianza que, aunque es cierto que no se puede individualizar en la persona del Registrador (la demarcación territorial impone al prestador del servicio), es indudable que la ofrece la institución registral, y por tanto esa confianza, aún cuando podría pensarse que quien la ofrece es el propio sistema de seguridad, ante la regla general de inscripción voluntaria y declarativa, no tiene más que transferirse en la persona del Registrador como sujeto capacitado para el funcionamiento de esa seguridad.

GONZÁLEZ PÉREZ apuntó que no toda la actividad registral puede ser considerada como administrativa; la Administración no es parte en el procedimiento registral como sí ocurre en el administrativo común. Al margen de lo anterior, resulta curioso como en la doctrina tampoco hay contundencia en afirmar el *sensu contrario* a esta posición: que se trata de una actividad (servicio) privada, sin más, que presta un servicio público.

(19) Como algo más que simples comentarios, mucho se ha hablado en los últimos tiempos de la incursión del Derecho de competencia en el ámbito profesional y, por tanto, en el de los profesionales con atribuciones públicas. Difícil es, dadas las características y la función encomendada, llegar a un consenso sobre estas cuestiones (libertad de elección de Registrador, de honorarios, etc.), pero quizá no estemos lejos del asociacionismo entre los mismos profesionales ¿y multidisciplinarios; v.gr.: Letrado asesor, asesor-liquidador fiscal, Notario, Gestor y Registrador en la misma oficina? Es cierto, ciencia ficción...

El Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE núm. 92 de 17 de abril) de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 1999) se pronuncia sobre función pública de ciertos profesionales que, en el caso de los Registradores, no es sino consecuencia de la incompatibilidad entre el control de legalidad que supone la calificación y el principio de libre competencia.

Así se modifica la Disposición Adicional segunda de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los colegios profesionales, que queda redactada de la siguiente forma:

«Los Estatutos, generales o particulares, los reglamentos de régimen interior y demás normas de los Colegios de Notarios, Corredores de Comercio y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se adaptarán a lo establecido en la presente Ley, en cuanto no se oponga a las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. En todo caso, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 2.1 y 2.4 de la presente Ley».

(20) GÓMEZ JENE, FRANCISCO JAVIER (*op. cit.*) vino a configurar el Registro como «empresa de servicios jurídicos», con rasgos distintivos que la hacen merecer la calificación de *sui generis*, pues el Registrador, para el buen funcionamiento de la Institución a su cargo, debe adoptar criterios propios de los empresarios.

Este doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho queda bien patente en la Exposición de Motivos de los recientes Estatutos de la profesión, a los que alude la última reforma del Reglamento Hipotecario (21), en los que se expresa que ambos quedan unidos de manera indisoluble (22).

En cuanto a la consideración de profesional, lo característico de la regulación para el moderno prestador de servicios es su heteronomía normativa, la diversidad y dispersión de su normativa reguladora. En este sentido, se ha dado en el arrendamiento de servicios entrada a un sistema de fuentes complejo en el que la regulación específica del Código Civil es prácticamente inaplicable y en el que resulta esencial el artículo 1.258 del Código Civil como criterio de integración de carácter positivo. Por tanto: actuación conforme a la buena fe, a los usos, muy arraigados en el servicio (procedimiento) registral, y a la Ley —además de la Ley Hipotecaria (23), la Ley de Consumidores y Usuarios, de Condiciones Generales de la Contratación, Defensa de la Competencia, Publicidad, etc.— (24). En realidad, hoy, los principios generales del derecho adquieren relevancia en la prestación de servicios ante la falta, en muchas ocasiones, de normativa concreta para el caso. Por tanto, el estatuto profesional del Registrador, como el de toda profesión liberal, es

(21) Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que dice en su Preámbulo que la aprobación de los Estatutos Generales del Colegio justifica también la correlativa modificación del Reglamento Hipotecario ... Real Decreto que, aún sin afectar al estatuto profesional y a los principios programáticos de la profesión, ha sido «vapuleado» por el Tribunal Supremo en recientes sentencias de 10 de mayo de 1999, 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 12 de diciembre de 2000, y 31 de enero de 2001.

(22) El Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, en su Exposición de Motivos, se refiere al *ejercicio profesional de la función pública encomendada a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, señalando que éstos tienen el doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales del Derecho, unidos de manera indisoluble. Se trata de un Estatuto regulador de la vida colegial y no de la profesión que queda (dice la E.M.) a la «regulación de la ley hipotecaria» y (debería decir) demás leyes por las que se les encomienden sus funciones.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL (*Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 3.^a ed.) señala que la función pública del Registrador se manifiesta en los artículos 274.3 de la LH y 332.7, 334.1, 536 y 538 del RH. Y el carácter de profesional del Derecho en los artículos 222, 294 a 296, y 258.1 LH y artículos 334.1 y 3, 335 y 536.1 del RH.

(23) En concreto, los artículos 274 y sigs. de la Ley Hipotecaria y 482 y sigs. de su Reglamento (Título XI en ambos casos), aunque en realidad toda la Ley y el Reglamento vincula al trabajo profesional (modo de actuar y practicar los asientos...) del Registrador.

(24) Estas últimas, por más que se quiera en base a los principios liberalizadores que hoy imperan, son aplicables al profesional liberal en general, pero no a los Registradores (se ha llegado a comentar la libertad en la elección del calificador, y de honorarios, etc., lo que nos parece nada compatible con el sistema de seguridad). Realmente no nos imaginamos que en pro de la libre competencia se puedan buscar clientes bajando los honorarios o siendo más benévolo en la calificación.

amplio y variado, sin que pueda contraerse al procedimiento registral que impone la Legislación Hipotecaria tanto en su funcionamiento (25) como en su organización corporativa (26).

Los usos a los que hemos hecho referencia forman parte de esa heteronomía que constituye la *lex artis ad hoc* (27) y que en ocasiones se manifiesta en el uso establecido, y en otras se cristaliza a través de los códigos deontológicos profesionales, e incluso de las normas estatutarias (28).

A pesar de la ambigüedad de la Jurisprudencia (29), podemos concluir (30) que la «profesión oficial» es un *totum revolutum*, un producto organizativo complejo que tiene (algo) de ejercicio privado de funciones

(25) Actividad a desarrollar por el Registrador (v.gr.: los Títulos VII y VIII del Reglamento Hipotecario referentes a la *rectificación de los errores en los asientos y publicidad de los Registros*, respectivamente) y llevanza del Registro (v.gr.: Título IX sobre el modo de llevar los Registros).

(26) Así, el Título XI del Reglamento Hipotecario sobre «*de la demarcación de los Registros de la Propiedad y del nombramiento, cualidades y deberes de los Registradores*», o, en general, los Estatutos Generales del Colegio (Real Decreto 483/1997, de 14 de abril).

(27) En cuanto que toda actuación profesional requiere conocimiento científico (capacitación para la profesión —título, oposición—), habilidad técnica (capacidad de aplicación del conocimiento científico) y condicionante ético (responsabilidad en el obrar). OROZCO PARDO, GUILLERMO (*El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, 1993, pág. 522) define la «*Lex Artis*» como *el conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo con las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el «buen profesional».*

(28) Así, el artículo 5.2.e) de los Estatutos Generales del Colegio impone a los Registradores la obligación de *realizar o, en su caso, controlar personalmente todas las actividades profesionales propias de su función en el Registro, oficina o despacho, al que deberá dotar de los medios materiales, técnicos y personales adecuados.*

(29) La STS, 3.^a, Sección 6.^a, de 24 de febrero de 2000, dice literalmente lo siguiente: «*El Registro de la Propiedad es un organismo formalmente administrativo integrado en la organización administrativa del Estado, aun cuando el procedimiento registral presente características específicas. Del mismo modo, si bien el titular del Registro no se identifica de manera absoluta con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como privada, razón por la que sus actos como titular de un organismo administrativo, cuando sean vinculantes por establecerlo así una norma con rango de ley, lo serán para el órgano de la Administración del que es titular, ya que los Registradores de la Propiedad desempeñan una función pública y no una función privada a título personal*». Lo que parece desprenderse de la sentencia es que el dictamen a que hace referencia el nuevo artículo 253.3 LH, si vincula al Registrador, también al ámbito administrativo del que depende (al que está adscrito) y, por tanto, a nuevos Registradores que accedan a la titularidad del que emitió el informe (¿y a la Dirección General?).

(30) Siguiendo a PARADA VÁZQUEZ que se apoya, a su vez, en el trabajo inédito de SILVIA DEL SAZ («Los Registradores de la Propiedad —a propósito de la presentación del libro “Práctica Hipotecaria”», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, diciembre de 1994).

públicas, rasgos de las profesiones liberales, parte de elementos funcionarios y muchos de los que caracterizan a la concesión de servicios públicos. Al margen de este desenvolvimiento de la institución hay dos cuestiones fundamentales: la primera es la necesidad de independencia frente a la administración (31); y la segunda es la de plantearse si la fórmula es válida, si funciona. Los resultados están a la vista y ello ha determinado la pervivencia de este modelo liberal de «profesional oficial» (32).

2. FUNCIÓN REGISTRAL: LABOR ENCOMENDADA AL REGISTRADOR

a) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La piedra angular de la actividad del Registrador está en la labor intelectual de calificación; y, en cierto modo, ésta justifica la independencia del Registrador en su función pública respecto a la Administración (33). Esta

(31) Es cierto que la Administración puede tener cierta incidencia a través del recurso gubernativo, pero aún en estos casos la independencia del Registrador se mantiene, pues sólo queda vinculado para el caso concreto sin que en futuras calificaciones tengan que someterse al dictado de la DGRN, siendo el interesado, y no la propia Administración de oficio, el que tiene que hacer cambiar el criterio de la calificación apoyándose en la doctrina mantenida por la DG. La posibilidad de acudir a la jurisdicción civil (mejor que a la contencioso-administrativa) pretendida por la reforma del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) era plausible (no puede quedar en manos de la Administración, sería aberrante, las decisiones sobre los derechos reales de las personas —sus titularidades, su protección—; ni siquiera que la Administración se integre con miembros del poder judicial a los efectos de crear comisiones paritarias decisorias, pues no cabe la confusión entre lo jurisdiccional y lo gubernativo —STS de 22 de mayo de 2000—). El problema es que se estaba ante una cuestión de reserva de ley que impidió el buen fin de esta iniciativa (STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 22 de mayo de 2000). Una última reflexión sobre el particular: se podrá decir que con el control jurisdiccional de las decisiones administrativas la figura del Registrador independiente, en su calificación-decisión sobre la legalidad de los actos que buscan seguridad, es prescindible. Contra esta opinión choca un principio superior del ordenamiento (art. 1 CE): la libertad. ¿Hasta para adquirir y gozar de los derechos se requiere el permiso de la Administración? ¿Al poderoso Estado le corresponde poner los medios para la seguridad o, yendo más allá, decidir quién debe tener esa seguridad? La independencia, respecto al Estado, es garantía, y la garantía es igualdad, sea quien sea el Estado en cada momento.

(32) PARADA VÁZQUEZ (*ob. cit.*), defensor del modelo y de su potenciación, señala como únicos profesionales oficiales existentes, tras la desaparición (como modelo unas, o como profesión otras) de los Secretarios Judiciales, Agentes de Cambio y Bolsa y Recaudadores de Contribuciones (añado: y, recientemente, Corredores Colegiados de Comercio), a los Registradores y Notarios.

(33) Esto, sin decirlo explícitamente, es lo que se desprende de las palabras de FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO: «*el ejercicio de la calificación se atribuye a un órgano independiente de la propia Administración*», que queda —incluso— sometida a ella

calificación supone un control de legalidad de todo aquello (derechos o títulos —según la concepción—) que pretende acceder al Registro. Una publicidad incontrolada sería fuente de conflicto y, por tanto, de inseguridad, lo contrario a lo que se pretende con la institución registral. En el Registro todo gira en rededor de la calificación; para el Registrador es (o debería ser) un acto casi solemne o, si se permite la expresión, es la bendición que hará, o no (suspensión o denegación), desplegar los efectos de seguridad a que se aspira con la inscripción (legitimación y fe pública de exactitud e integridad), y que justifica la propia existencia del Registro de la Propiedad (34).

La calificación, y consiguiente práctica de asientos, no agota la labor que impone el ejercicio de la función registral. Esta función se concreta en su resultado: la publicidad material, y ésta se exterioriza con la publicidad formal o medios de dar a conocer el contenido del Registro (35). Se da por sentado que esta función es altamente provechosa para ciertos controles administrativos (36) que son ajenos a la misma, lo que determina un particular interés del Estado en la buena marcha de la Institución.

cuando actúa en el ámbito inmobiliario». (*La calificación registral*, Tomo I, CRPME, pág. 48). Esta es la grandeza de la institución registral que, aún adscrita a la Administración (DGRN del Ministerio de Justicia), se impone sobre ella con plena independencia y en igualdad frente a los administrados en el ámbito de la seguridad jurídica de los derechos absolutos.

Es por ello que encontramos Resoluciones en las que se dice que «*La doctrina, en materia de contratos de los entes públicos, del llamado acto separable —arts. 5.3 y 9 LCAP—, trasladadas sus consecuencias al ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, determina que las cuestiones que en los contratos privados de la Administración están sujetos al Derecho Privado —efectos y extinción del contrato—, se sujetan a la regla general sobre calificación del artículo 18 LH, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan sólo los particulares: en tanto que la materia sujeta al Derecho administrativo —fase de preparación y adjudicación del contrato—, tan sólo puede ser calificada dentro de los más rigurosos límites que impone el artículo 99 RH, lógica consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos —arts. 56 y 57 LRJAP—*» (DGRN, DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO 27-3-1999).

(34) Sin olvidar la «otra versión» del Registro como instrumento del poder económico para garantizar su mantenimiento y movilizar el tráfico jurídico-económico, el crédito territorial, con la confianza y seguridad que ofrece la institución registral; a lo que cabría añadir la concepción de catálogo de patrimonio inmobiliario que permite la realización del crédito personal.

(35) Que fue potenciada con los Reales Decretos 1558/1992, de 18 de diciembre (derogado por el siguiente) y 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad; y con algunas modificaciones en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre, que modifica el Reglamento Hipotecario y que, en esta materia, debe ser interpretado y aplicado conforme al dictado de la STS, 3.^a, Sección 6.^a, de 31 de enero de 2001.

(36) V.gr., pago de impuestos: su justificación (carta de pago y nota de pago, exención o no sujeción inserta en el título), así como la nota marginal de afección cuya práctica escapa al principio fundamental de rogación.

Formando parte de la calificación la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, modificando la Ley Hipotecaria, aportó como novedad, y alguna relación tiene con lo que se pretende dilucidar con este trabajo, el dictamen que se puede solicitar al Registrador, en caso de calificación desfavorable, con carácter vinculante o no (37).

No tratamos, con este estudio, de analizar la calificación de los distintos documentos que pueden acceder al Registro (notariales, judiciales y administrativos), pero sí merece un breve comentario el artículo 18 LH como máxima expresión de la operación calificadora para luego examinar su coincidencia con lo que se impone en la reglamentación sobre condiciones generales, bien entendido que existen ciertas limitaciones en cuanto a los documentos administrativos (99 RH) y judiciales (100 RH). Pues bien, la calificación se extiende a la *legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase*, entendiendo la doctrina que esta calificación abarca no sólo la forma documental propiamente dicha, sino la competencia del funcionario autor del documento, los requisitos que se exigen para la inscripción, autenticidad, legalización y legitimación, timbre del documento y justificante de liquidación impositiva; la capacidad de los otorgantes, su consentimiento, por supuesto todo lo relacionado con la misma como la jurídica, de obrar, circunstancias modificativas, nacionalidad, vecindad civil, estado civil, régimen económico matrimonial, representación legal o voluntaria e, incluso, prohibiciones para contratar; y, finalmente, la *validez de los actos dispositivos* (38)

(37) El artículo 253.3 de la LH, tras la reforma de la Ley 7/1998 dice que cuando el dictamen sea vinculante, éste se hará bajo la premisa del mantenimiento de la situación jurídico registral y de la adecuación del medio subsanatorio al contenido de dicho dictamen. El antecedente lo encontramos en el informe «no vinculante» que se podía solicitar con la certificación conforme al artículo 355 RH, que, como consecuencia de la Ley anterior, también se reformó con el Real Decreto 1867/1998, precepto, éste, que ha sido parcialmente anulado (en el inciso final por el que el informe vincula sólo al Registrador) por la STS, 3.ª, Sección 6.ª de 24 de febrero de 2000.

(38) Cuando ALBIEZ DOHRMANN, J. K. trata estos temas en «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral» (*RCDI*, año LXIX, septiembre-octubre 1993, núm. 618), y hace referencia al artículo 18 LH, parece querer identificar (pág. 1443) «acto dispositivo» con «acto jurídico». Es evidente que la calificación se refiere al acto dispositivo que forma parte del acto jurídico, debiendo comprender los elementos esenciales de éste por afectar o alcanzar a aquél, pero sólo esos elementos, sin comprender el total contenido del acto jurídico, pues quitando los elementos esenciales, el resto del contenido no afecta al acto dispositivo en sí; y es por ello por lo que la calificación sólo ha de alcanzar a todo lo que tiene un alcance real, como formando parte del acto dispositivo, pero desterrando a todo lo demás que forma parte del acto jurídico, y por tanto a las cláusulas por las que los interesados se obligan.

Desde luego, el legislador tendría algo en su mente en el sentido de que alguna diferencia tendría que ver entre «*validez de las obligaciones de las escrituras públicas*» (LH de 1909) y «*validez de los actos dispositivos*» (TR de 8 de febrero de 1946). CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, págs. 70 y 71) atri-

contenidos en las escrituras por lo que resulte de ellas y del contenido del Registro (cargas o gravámenes, limitaciones, prohibiciones legales, judiciales, administrativas o voluntarias...) validez que comprende el rechazo por parte

buye esta última expresión a la Ley de 1909 en lugar de al texto posterior y dice, como si fuera una obviedad, que «*en esta acepción debe comprenderse el negocio causal*», y ello «*porque el sistema español no adopta el sistema del negocio abstracto de disposición*». Bueno, podemos estar de acuerdo, pero siempre que la «deficiencia» del negocio causal afecte al acto dispositivo.

Es cierto que hay obligaciones que, por su inscripción, tienen alcance real; pero una cosa es que la cláusula que recoge la obligación sea nula (por abusiva, o por falta de causa, dirían ÁVILA NAVARRO —*La hipoteca*, CER, Madrid, 1991— o AMORÓS GUARDIOLA —«El *leasing* inmobiliario y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1985— que conecta la causa con lo que él llama «justificación suficiente»), y otra distinta es que el negocio jurídico sea inválido por nulo. En el primer caso el acto dispositivo no resulta afectado; en el segundo, siendo nulo el negocio jurídico, lo será el acto dispositivo que en él se contiene. Es decir, el negocio jurídico es un *todo*, es *único*, y sólo la nulidad del mismo, en su totalidad, afecta a su total contenido; pero el acto dispositivo que lo contiene es independiente del resto del contenido, pudiendo ser nulo dicho acto con independencia del resto del negocio, pues éste puede cumplir con los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y sin embargo no tener acceso al Registro por la existencia de condiciones, prohibiciones, retractos legales o convencionales, etc. Al igual que una cláusula del negocio puede ser abusiva y, a pesar de ello, no afectar al acto dispositivo ni al negocio jurídico, al predicar la nulidad sólo respecto de la cláusula cuestionada.

Esto lo advierte ALBIEZ DOHRMANN, apoyándose en los estudios de ALFARO ÁGUILA-REAL, al cuestionar el planteamiento causal de los autores mencionados y su eco entre los hipotecaristas (pág. 1447): «...*la nulidad a que dan lugar las cláusulas abusivas es, por norma general, parcial... La causa es un elemento estructural básico del contrato... afecta a la misma esencia del contrato*».

A la vista de la evolución legislativa y doctrinal que ha sufrido la materia, había que preguntarle al autor si, hoy, mantiene la posición «radical» (personalmente, no lo creo) que otros autores han interpretado de su trabajo. ¿Es que por calificar una cláusula como abusiva y por no acceder al Registro va a dejar de producir efectos entre los obligados en virtud del contrato? ¿Siendo válido el contrato y el negocio dispositivo que contiene se puede suspender, o denegar, el acceso al Registro de la totalidad del mismo por una sola cláusula? Y..., si se deniega la cláusula aislada por abusiva y por no afectar a la esencia del negocio, del acto dispositivo, accediendo el resto del contrato, ¿quién se encargará de la integración del contrato, de buscar el equilibrio a que aspira la nueva normativa de condiciones generales, o, en su caso, de la sustitución por otra? Es evidente que sólo una resolución judicial podrá hacer que la cláusula cuestionada deje de producir efectos, como también lo es que sólo el Juez tiene facultades para la integración (arts. 9.2 y 10.2 LCGC; art. 10-bis, 2 LGDCU). Aunque la acción de nulidad sea meramente declarativa, la apariencia hacia el exterior que surge de la existencia de la obligación a que la cláusula se refiere, y la exigencia del sujeto a quien favorece, sólo puede ser destruida mediante la oportuna declaración oficial (sentencia judicial). En definitiva, la cláusula, y sólo la cláusula, será nula (art. 33 LH), lo diga, o no, el Registrador, y acceda, o no, al Registro, y lo será por así declararlo una sentencia judicial en interpretación y aplicación de la ley (LCGC y LGDCU), con arreglo a un procedimiento en el que se practicarán unas pruebas (no sólo documental, sino declaraciones de las partes, testigos, etc.) que serán debidamente valoradas, al igual que lo será el contrato, en el que se hace constar la cláusula cuestionada, con arreglo a los preceptos que sobre interpretación recoge el Código Civil y demás normas que, en esta materia, lo complementan.

del Registrador tanto de los actos inválidos (atendiendo al consentimiento, objeto —hasta su *traditio*— y causa, a la norma imperativa) como los ineficaces impidiendo el acceso de los negocios *irregulares*, si es que resulta del documento y del contenido del Registro.

b) CALIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Ha sido tema debatido en orden a la calificación registral si ésta era extensible al ámbito de la LGDCU, de la defensa del consumidor y usuario. Para evitar cualquier confusión, antes de analizar la cuestión, quiero empezar señalando mi opinión al respecto que se resume en: ¿Protección al consumidor? Sin ninguna duda, desde luego; pero no es el Registro institución adecuada para tomar criterios partidistas y, aunque pueda ser cuestión de «buena imagen» vender esta concepción proteccionista, ponerse del lado de la desprotegida masa a la larga puede afectar a la privilegiada situación de independencia e imparcialidad de la institución, sin olvidar que el Registro es, *per sé*, y sin salirse de sus esquemas hipotecarios, la principal baza protectora del ciudadano, sea o no destinatario final de su «producto» inmobiliario, por tanto también del consumidor; y sin olvidar tampoco que estamos más ante una cuestión de «imagen» que dé realidad efectiva, ya que la decisión del Registrador (de rechazar el acceso al Registro de una cláusula), en todo caso, no afectará a la obligación asumida por las partes en virtud de la cláusula cuestionada y habría que discutir si tampoco al tercero que asume, voluntariamente, la obligación contractual de su predecesor.

Las opiniones doctrinales al respecto han sido variadas (39), pero con independencia de ello es lo cierto que el criterio de la DGRN, después de algunos titubeos, ha sido el de que los medios de calificación de que dispone

(39) MANZANO SOLANO, A. («Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso universitarios», *CRPME*, CER, Madrid, 1994) hace un resumen de la doctrina existente en esta controvertida cuestión y señala como partidarios de extender la calificación a los extremos del artículo 10 de la LGDCU a GÓMEZ GÁLLIGO, GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y AMORÓS GUARDIOLA. Por el contrario rechaza este criterio REY PORTOLÉS, pero centrándose en el estudio del *leasing* inmobiliario. El propio MANZANO SOLANO resume su posición al respecto sin dejar dudas sobre la aplicación de la LGDCU, que ya defendió en 1987 al tratar «la inscripción del leasing sobre inmuebles en el Registro de la Propiedad».

Más recientemente, GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, 2000) repasa la doctrina sobre la materia, sin que haya cambios significativos a lo que se decía a comienzos de los noventa. Su crítica se centra en lo que llama falta de cultura específica de la protección del consumidor, y no está conforme con la protección que se brinda al consumidor desde el Registro con la aplicación exclusiva de la legislación civil e hipotecaria (pág. 1409).

el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones tienen carácter abusivo conforme a la LGDCU (40). En este trance, la nueva normativa sobre condiciones generales reafirma esta posición, pues

(40) La no extensión de la calificación a la apreciación del posible carácter abusivo de alguna cláusula pactada en el contrato se reitera en Resoluciones de la DGRN de 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991 y posteriores de 5 de junio y 6, 9, 11, 13, 14 y 17 de julio de 1992. Con la nueva LCGC parece que se confirma el criterio de la DGRN, ya que el artículo 10.6 de la LGDCU, modificado por aquélla, permite a los Registradores la denegación de la inscripción cuando el carácter abusivo haya sido determinado en sentencia firme inscrita en el Registro de CGC (calificación meramente formal); por lo que, *a sensu contrario*, no cabe la denegación si falta la sentencia. Sin embargo, el artículo 258.2 de la LH, tras la nueva redacción dada por la LCGC, no es nada clarificador cuando permite denegar la inscripción (entendemos que sin calificación, pues no se trata de que el Registrador entre en un proceso intelectual de interpretación y decisión sobre si la cláusula en cuestión es ajustada a la ley, sino que la nulidad le viene ya dada) de la cláusula declarada nula (entiéndase por el Juez) conforme al artículo 10 *bis* de la LGDCU (entiéndase también por el 10 —sin *bis*—, y por tanto que la sentencia sobre nulidad esté inscrita en el Registro de CGC).

Entendemos que, aunque cada uno en su materia, el espíritu del artículo 258 de la LH es el mismo que el del artículo 10.6 de la LGDCU; es decir, que quieren decir lo mismo, aunque no lo parezca. No podemos especular sobre un sentido distinto entre ambos cuando se han redactado en una misma ley y con referencia al mismo tema, a no ser que acudamos al viejo principio de que en caso de antinomias irreductibles los preceptos, *per se*, se anulan. Por tanto la denegación de la inscripción a que se refiere el artículo 258 LH lo es con relación a una cláusula declarada nula judicialmente. Esto lo confirma el propio artículo cuando en su número 2 remite al párrafo 2.º del artículo 10 *bis* de la LGDCU que, al regular la nulidad de las cláusulas abusivas, señala que será el Juez el que las declare. La conclusión no puede ser más que la que sigue: el Registrador no puede calificar (analizar, estudiar, valorar y decidir) sobre el carácter abusivo de una cláusula. Sólo se impone el rechazo de una cláusula (y esto también es calificar) cuando exista una declaración judicial de nulidad inscrita en el nuevo Registro de Condiciones Generales de la Contratación y, evidentemente, tendrá que coincidir la cláusula rechazada con la declarada nula por la sentencia en los términos que dictamine la propia sentencia.

Con la LCGC los autores han venido a revisar sus criterios tratando la materia en busca de los límites de la calificación de las cláusulas abusivas: si sólo el control formal o, también y en qué medida, el material. Parece prevalecer la tesis mixta atendiendo al formal con apoyo en el artículo 258.2 LH y al material conforme al artículo 18 LH (GÓMEZ GÁLLIGO, en «Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas» de *Lex Nova* en el año 2000; BUSTO LAGO en «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI* de 2001; GONZÁLEZ LAGUNA en *Comentarios a la LCGC*, de Aranzadi 2000; ALBIEZ DOHRMANN en sus últimos estudios sobre la materia...). En opinión de GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL (págs. 229 y 230 del Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil, Edit. Civitas) el artículo que analizamos se refiere exclusivamente a las condiciones generales abusivas anuladas por resolución judicial inscrita en el Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, lo que no significa que, *a sensu contra*, el resto de cláusulas tengan acceso, sin más (sin control) en el Registro de la Propiedad. A las anteriores añade también las que son nulas *ex lege* (las de la Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU). Todas serían nulas por tener el Registrador conocimiento directo del Registro de CGC, en el primer caso, o de la ley en el segundo. Todo ello sin perjuicio de lo que resulte de la calificación sobre la validez de los actos dispositivos que corresponde hacer no sólo en los contratos individuales, sino

la calificación sobre las cláusulas abusivas no alcanza su verdadero sentido (labor intelectual de la calificación material), sino que se queda en un mero acto fiscalizador (labor de comprobación-control) ya que se trata tan sólo de rechazar las cláusulas abusivas declaradas judicialmente por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 10.6 LGDCU y 258.2 LH), es decir, lo que viene denominándose como CONTROL FORMAL. Esta posición no ha impedido que en algunos casos la DG permitiera, tímidamente, que el Registrador entrara en el análisis del artículo 10 LGDCU (41), o que considerara la posibilidad de controlar las cláusulas generales imprecisas (42), pero en este caso le ha bastado con acudir al

también en los que contengan condiciones generales, con arreglo a los principios generales de la legislación civil e hipotecaria.

(41) Siguiendo a ALBIEZ DOHRMANN (*ob. cit.*), los criterios de la DGRN han sido los de: a) no admitir la aplicación directa del artículo 10 de la LGDCU, sino en combinación con preceptos del Código Civil (salvo en la Resolución de 7 de septiembre de 1988), b) la no aplicación *ipso iure* de dicho artículo, y c) la negativa a que el Registrador tenga medios para apreciar el carácter abusivo conforme a dicho artículo 10.

(42) Son las potencialmente abusivas, dice ALBIEZ DOHRMANN (pág. 1438 de la *ob. cit.*); es decir, «*en sí mismas no son abusivas, pero cuando llega el momento de su utilización pueden servir para imponer exclusivamente la voluntad del predisponente, a su arbitrio, con lo que se puede crear una situación de desequilibrio en perjuicio del contratante débil...*». Es curioso como en la obra del autor se lee que «*al Derecho Inmobiliario Registral le interesa la protección del tercero con independencia de que quien aparece como titular de derechos en el Registro de la Propiedad sea consumidor o no*» (pág. 1475, en la que se dice cómo ALFARO ÁGUILA-REAL cuestiona que en el ámbito registral es donde la noción de consumidor resulta menos adecuada para determinar el ámbito subjetivo —entiendo que de aplicación del art. 10 LGDCU—; o como el autor reconoce (pág. 1445) que, por razones que se derivan principalmente del principio de especialidad, «*cuando dictamina el Registrador una cláusula imprecisa está dispensando, al mismo tiempo, una protección al consumidor*». Esto que dice el autor es cierto, pero el matiz que conviene destacar es que por ese principio no es que se proteja al consumidor, es que éste, como cualquier otro, sale beneficiado, y que el beneficio deriva del principio hipotecario y no de las normas de protección del consumidor, y por tanto se limita a ese tipo de cláusulas que entran en el principio de especialidad desde mucho antes de que existiera norma de protección del consumidor, lo que, por otro lado, no podemos extender a las cláusulas abusivas. Aunque se tache de *aventurada*, es mi conclusión (y en parecidos términos se leen frases de LÓPEZ MEDEL en «El derecho a la información registral...», en *RCDI*, núm. 659, mayo-junio 2000, págs. 1775 y sigs.) que el Derecho Hipotecario reconoció al consumidor antes que éste a sí mismo, sólo que no hay distinciones; todos los que se amparan en el Registro son, además de usuarios del Registro, sus consumidores inmobiliarios. Y, en principio, el sistema hipotecario es tan bueno, ¿alguien lo duda?, que no debe ser contaminado, de manera que el principio de legalidad sólo se predica (debe predicarse) respecto de los abusos que afectan al acto dispositivo, sin que pueda entrar en la función calificadoradora la atención a cláusulas aisladas que no extiendan sus «tentáculos» a la totalidad del acto o negocio por vías reconocidas por la DG como la de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 del Código Civil. Y aunque el artículo 10 y 10 bis de la LGDCU constituya norma central del derecho de la contratación, como los anteriores, están limitados a elementos que, o no son esenciales del contrato, o no se inmiscuyen

principio hipotecario de especialidad o determinación y, por tanto, no se ha salido del ámbito propio en el que se desenvuelve el Registro para la protección de terceros (CONTROL MATERIAL O DE CONTENIDO) y, en general, del tráfico inmobiliario y crédito territorial. Al contrario que las cláusulas *imprecisas*, las *abusivas* no son controlables por ningún principio hipotecario, ni siquiera con el de legalidad, ya que ésta, desde el punto de vista registral, no abarca la total conformidad a Derecho de cada una de las estipulaciones que forman parte del acto o negocio, sino que se circunscribe a la exigencia de titulación auténtica y a la calificación en los términos que recoge el artículo 18 de la LH —y concordantes— en función del título que se presente y que, por supuesto, abarca la validez del acto o negocio en sí, en su totalidad. En cierto modo, sin dejar de ser opinión propia, el título, más bien su autorizante, nos dice a quién debería corresponder el control de esa legalidad puntual (de cláusulas concretas), adecuación al Ordenamiento jurídico, en cada caso: al Notario (43) (art. 147 Reglamento Notarial), al funcionario

en la causa principal del mismo de manera que, en su esencia, no afecta a lo realmente querido, y necesitado, por el adherente a quien ni el Notario, ni el Registrador, le puede privar de la prestación querida, pues aun cuando el artículo 434.4 del RH permita la inscripción parcial, el predisponente puede estar en la posición privilegiada de no aceptarla sin la cláusula cuestionada (es evidente que si está en posición —de mercado— de someter al adherido a la aceptación de la cláusula, lo está para no aceptar imposiciones; *ítem* más, con el actual artículo 258 LH dudamos que el Registrador pueda imponer su voluntad en tanto no se decreta judicialmente la nulidad). Por lo demás, y esto lo advierte el autor que comentamos (pág. 1458), los postulados de la normativa sobre condiciones generales (predisposición, imposición, pluralidad de contratos) o de consumidores (destinatario final...) son distintos a los que mantiene el Código Civil (contratación individual en plano de igualdad, al menos formal), siendo difícil que el Registrador, con el solo título, pueda acceder a los datos requeridos por la moderna normativa de contratación para que sus decisiones sean mínimamente solventes. GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER lo dice (*Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989), a pesar de que luego matiza a favor de su tesis sobre calificación en esta materia, sosteniendo que hay que atender a toda la documentación que entra en el Registro, que se puede exigir documentación complementaria, etc.: no se puede acudir en la calificación a datos extrarregistrales; el Registrador no puede desempeñar un papel activo en la investigación; no puede basarse en meras presunciones; ni considerar circunstancias no demostrables en el procedimiento registral.

(43) Como señala MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, ALFONSO (*Comentarios a la Ley de CGC* —ya cit.— coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 600 y sigs.) el Notario, como único profesional que interviene en la elaboración del contrato (matizo, en su documentación pública, ya que antes han podido concurrir abogados, asesores, agentes de la propiedad inmobiliaria, mediadores del mercado financiero, etc.), tiene una posición privilegiada para saber en cada momento si las cláusulas de un contrato han sido predisuestas, impuestas y reiteradas en distintos contratos (salvo que el predisponente recorra las Notarías de España con su minuta en mano evitando que el mismo notario autorice más de uno de sus contratos), en definitiva, para saber cuándo estamos ante una cláusula general. Añade que calificada una cláusula como condición general, *el Notario debe extremar su control de legalidad y su actividad asesora respecto de la parte más débil*

competente y, en todo caso, con mayor extensión que aquellos (44), y en última instancia, a la Autoridad Judicial, no siendo responsable el Registrador de la decisión que pueda tomar cada uno de ellos, aunque deberá advertir, en

(*igualando a las partes y superando la asimetría de la información*). Pues bien, como programa de intenciones, lo anterior queda muy bien, pero la vida práctica demuestra que al Notario llega el negocio perfecto o pendiente de matices accesorios, y que éste no puede convertirse en destructor de vínculos asumidos, de obligaciones jurídicas. Por ello, ese control de legalidad no suele entrar en el ámbito del querer de las partes, y también por ello las cláusulas nulas no pueden quedar en el tamiz notarial, sino que lo traspasan con la simple advertencia o recordatorio (información dice MADRIDEJOS como algo más que mera advertencia) de la existencia de una protección (art. 23.1 de la LCGC) que, aunque tiene como inconveniente que el consumidor o usuario no sabe cómo accionar, en cualquier caso puede hacerse valer. Por eso, la intervención de los profesionales en materia de nulidad de cláusulas se limita a las que así hayan sido declaradas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales, lo que no soluciona nada, pues un pequeño cambio de redacción evitaría coincidencias y determinaría el nuevo sometimiento de la cuestión a los Juzgados y Tribunales. A continuación se completa este argumento.

(44) Lo que no deja de ser un juicio de valor para el Notario que, no lo olvidemos, en determinados casos debe negar su autorización (145 Reglamento Notarial), es una decisión de imposición coactiva (ejecutable) en el control judicial. No quiero decir, respecto al Notario, que ante una cláusula abusiva deba excusar el deber de autorización por ser el acto parcialmente contrario a Ley (sobre todo cuando se encuentre con cláusulas abusivas de la «lista negra», de las que no necesitan valoración), pues ello podría ser gravemente perjudicial para el sujeto «adherente» que tuviera la necesidad imperiosa de celebrar el negocio sin perjuicio del carácter abusivo de alguna de sus cláusulas que aún con la autorización notarial no dejan de ser abusivas y que podría, en cualquier momento, dejar sin efecto con el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. La conclusión es que si descendemos a la práctica y a las necesidades humanas, en muchos casos sería peor el remedio que la enfermedad (y es que el consumidor no es que deba tener la protección del imbecil, es que tiene necesidades, y en muchos casos imperiosas): Pensemos en el supuesto de préstamos hipotecarios en los que puede haber abusos del prestamista en la determinación máxima de responsabilidad por intereses, fechas de vencimientos, limitaciones administrativas o dispositivas del inmueble. Puede que, en muchos casos, al adherente le interese cobrar para pagar y, por tanto, que se autorice la escritura, y que se inscriba (pues, hasta entonces, no le darán el dinero) aunque inmediatamente después ejercite una acción individual de nulidad de la cláusula abusiva que, para el supuesto, tendrá plena efectividad con independencia de los criterios del Registrador y del Notario. Por tanto, le interesa contraer la enfermedad y, después, curarla (vid. nota anterior: comentario sobre inscripción parcial). En realidad, los autores que venimos mencionando, especialmente ALBIEZ DOHRMANN, después de un intento loable de defensa del consumidor a través del Registro desde la perspectiva teórica (que no comparto), advierten los graves inconvenientes que existen desde el punto de vista práctico: bastaría con la lectura de su apartado VIII en el que, a modo de conclusiones, trata de los efectos que produce la vulneración del artículo 10 en el ámbito registral (págs. 1483 a 1486 de obra cit.).

En cualquier caso, justificando la calificación de cláusulas en determinados casos, los supuestos más discutidos están en íntima relación con el derecho de hipoteca. Con ésta, el hipotecante realiza un acto dispositivo gravando su propiedad, por lo que las cláusulas abusivas que puedan ser determinantes en la futura realización forzosa están afectando a ese acto dispositivo, a su esencia, pues la cláusula en cuestión (prohibición de enajenar o arrendar, intereses sin tope máximo de responsabilidad, vencimientos anti-

su caso, el sometimiento del contrato a la normativa sobre condiciones generales y protección de consumidores (art. 23 LCGC), a modo de puesta en conocimiento de que él no ha entrado en esas consideraciones y de que, por tanto, están abiertas las vías oportunas (45).

c) CRITERIO MANTENIDO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Considero acertado, al menos prudente, el criterio general mantenido por la DGRN (46) de no extender la calificación a la determinación del carácter abusivo de las cláusulas (47), pero el argumento debe ir más allá de la falta de medios del Registrador para apreciar dicho carácter. En efecto, no basta la lec-

cionados...) puede ser la que anticipe la realización, la que la provoque, sin que ese acto dispositivo, al no calificarse la cláusula, haya sido protegido por el sistema de seguridad jurídica «del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Es por ello por lo que en este ámbito podemos, en cierto modo, justificar la calificación de las cláusulas y su rechazo del Registro, como hasta ahora se ha venido haciendo con aplicación del artículo 434.4.º LH.

(45) Evidentemente, si rechazará las cláusulas declaradas nulas judicialmente (art. 258 LH), apoyándose en el nuevo Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 10.6 LGDCU).

(46) En contra de algunas Resoluciones presidenciales de los TTSSJJ, v.gr., varios autos en Cataluña en los años 89, 90 y 91.

(47) En contraposición a lo dicho, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M. (*La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, 1998, pág. 90) mantiene que el criterio de la DGRN (Resolución de 7 de septiembre de 1988) es el de calificación de las cláusulas cuantitativa o subjetivamente abusivas, y no entrar en las objetivamente abusivas. Alude a los trabajos sobre la materia de AMORÓS GUARDIOLA y GARCÍA GARCÍA, así como a RODRÍGUEZ-PORRERO y al profesor EMPARANZA quien, a su vez, se remite al estudio de ALBIEZ DOHRMANN para quien, según dice, la calificación es inevitable. El autor apunta a no sabe qué posibles intereses en la aprobación de la ley al no optar por esta posición.

Con independencia de la doctrina de la DG, entiendo que los argumentos que se aportan en el presente trabajo son de peso como para admitir los límites de la calificación como criterio acertado, sobre todo cuando la trascendencia de las cláusulas cuestionadas suele ser meramente personal (sin que las cláusulas puedan acceder al Registro). Y, aunque es cierto que, por ejemplo, en los préstamos hipotecarios pueden existir cláusulas que, en su momento, puedan afectar al tercero, esta afectación es por voluntad del tercero, que lo es en función de que se subroga en la posición del deudor aceptando los compromisos anteriores de éste cuando podía haber optado por la cancelación, subrogación del acreedor, novación, etc. En cualquier caso, es la asunción voluntaria de la obligación personal la que produce la afectación del tercero, lo que está al margen del ámbito real en el que se mueve el Registro. ¿Que el tercero resulta afectado por la ejecución en la cuantía de la responsabilidad por intereses, costas, etc., en caso de que no asumiendo la deuda el antiguo deudor incumpla? Es de los pocos supuestos que plantea dudas (también las hay en el *leasing inmobiliario* —diría AMORÓS GUARDIOLA—), pero en este caso es lo cierto que el tercer poseedor, desde el primer momento, ha tenido la oportunidad de eliminar esta situación.

tura del contrato en cuestión para determinar el carácter abusivo de una cláusula, sino que puede haber más medios a los que no accede el Registrador, además de que supondría inmiscuirse en funciones que, al menos, y sin perjuicio de posteriores argumentos que daremos sobre esta cuestión, rozarían lo jurisdiccional. A los argumentos que emplea la Dirección General (48) cabe añadir, por un lado, que la propia Ley Hipotecaria, en la dicción literal (art. 18 LH y 98 RH), impide entrar en ese análisis, pues la validez del acto dispositivo no dependerá de un abuso puntual que se desprenda de una determinada cláusula que podrá ser nula cuando así se declare, pero que no afecta al acto «dispositivo» en sí. Y por otro, que tal pronunciamiento haría al Registrador partícipe de intereses de un colectivo determinado, el de los consumidores o usuarios de bienes y derechos inmobiliarios, a los que tendría que defender, lo que devaluaría la igualdad e imparcialidad de la general labor calificadora. El Registrador no debe erigirse en interpretar y aplicar la ley sin un procedimiento de defensa adecuado y asumiendo el papel de protector de determinados intereses colectivos (consumidores y usuarios) que deberían defenderse individual o colectivamente con los medios (acciones) que, en este último caso, establece la ley. Debe limitarse, en consecuencia, a la validez del acto en sí, por lo que habría que pensar en una cláusula que, por su redacción, afectara a la validez del acto dispositivo, en cuyo supuesto la denegación por defecto insubsanable estaría más que justificada, no por proteger al consumidor, sino por preservar el orden y tráfico jurídico frente a cualquiera.

A lo anterior cabe añadir que la calificación de una cláusula como abusiva tiene como sanción la nulidad radical, y supone en la moderna doctrina sobre la nulidad del contrato, un análisis mucho más profundo de lo que permite la dinámica y práctica diaria de la calificación registral (49). La integración del

Es difícil, en la práctica, encontrar a un tercer poseedor que, acogiéndose al artículo 118 LH, no retenga (asunción de cumplimiento —no de deuda— con provisión de fondos en el que surge una relación de mandato del vendedor al comprador) o descuento (sin asumir la deuda, pues se trata de una simple modalidad de pago compensando la deuda del acreedor) el préstamo pendiente de pago al acreedor, con el consiguiente perjuicio que ello podría producirle. Si, en caso contrario, el tercer poseedor, por asumir expresamente la deuda, pasa a la posición de deudor, lo será respecto de la totalidad de lo contratado por el antiguo deudor, con independencia de que una posible cláusula abusiva no haya accedido al Registro de la Propiedad. De esta manera, la no inscripción de dicha cláusula no impedirá su subsistencia en virtud del contrato asumido por el nuevo deudor, y ello en tanto no recaiga la oportuna declaración judicial por la que se decrete la nulidad de dicha cláusula.

(48) Confirmados por el legislador con la dicción que da a esta materia la Ley sobre CGC si la contrastamos con lo Proyectoado (vid. notas núms. 56 y 57).

(49) PASQUAU LIAÑO, MIGUEL (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, pág. 781), afirma que la determinación de una cláusula como abusiva «reviste un grado de complejidad valorativa que no cabe, ni funcional ni conceptualmente, en los estrechos márgenes de la

contrato con cláusulas abusivas ya apareció de manera incipiente en sentencias aisladas del Tribunal Supremo y tiende hoy a generalizarse como necesaria en la decisión final (50). Ya no se trata de determinar si una cláusula es nula, sino que habrá que examinar en qué medida afecta al resto del contrato, si simplemente se elimina o se sustituye por otra equivalente y equitativa, si el contrato *puede subsistir sin las cláusulas abusivas* (51)..., y todo ello se trate de una nulidad debida a una cláusula de las de la lista *negra* o de la *gris* (52). Sólo resta decir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sabemos si intencionadamente, por evolución natural, o por dislates propios de la condición humana, abre la puerta a nuevas concepciones que, apartándose de los criterios tradicionales, derivan en nuevas teorías sobre la dimensión de los términos de nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez (53). La complejidad de la materia requiere, a su vez, ir más allá del propio documento calificado, considerando la naturaleza del contrato, las cir-

calificación registral». Aun así sostiene que el Registrador puede declarar la nulidad de una cláusula si *ha sido judicialmente declarada abusiva por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales o si se trata de cláusulas directamente reprobadas como abusivas por el legislador*. En mi opinión no hay la menor duda en el primer caso (art. 10.6 LGDCU modificado por DA 1.ª de la LCGC), pero sí la hay en el segundo, pues la declaración de nulidad no depende sólo de la reprobación legal, sino de su redacción y valoración, atendiendo a todos los hechos y circunstancias que se pueden poner de relieve en un procedimiento adecuado que no es precisamente el que se da en la calificación registral.

(50) El artículo 10, bis, 2 de la LGDCU dice: «...*La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez... integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos obligaciones de las partes...*».

(51) Así lo prevé el artículo 6.1 de la Directiva comunitaria objeto de trasposición de la LCGC, en el que se dice que se dispondrá «*que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». Y en el mismo sentido el artículo 10, bis, 2 *in fine* de la LGDCU.

(52) La doctrina habla de cláusulas abusivas, con presunción *iuris et de iure*, que lo son sin necesidad de ser valoradas (lista negra) y cláusulas grises (sospechosas) que se presumen abusivas pero que, por ser presunción *iuris tantum*, para determinar su condición de abusivas pueden ser valoradas con arreglo a los hechos y circunstancias del caso. En esta clasificación, y ante los términos de la Ley, nos encontramos con el problema de ponernos de acuerdo en determinar las cláusulas de la lista negra y las de la gris, porque ello no depende sólo de la propia ley, sino de los términos utilizados en la redacción de la cláusula. A lo anterior cabe añadir cómo muchos autores dudan que la lista negra lo sea en su totalidad (recientemente CADARSO PALAU, JUAN, «La lista negra de las cláusulas abusivas», en *La Ley*, núm. 5033, 12-4-2000). Pues bien, la tendencia del estado de opinión es entender que el Registrador debe rechazar, al menos, las cláusulas de la lista negra. Se entiende que no la comparto por todas las razones que se van apuntando más algunas más que se descubrirán al tratar del dictamen de «conciliación» encomendado al Registrador por la LCGC.

(53) Vid., la monografía sobre «la nulidad y anulabilidad del contrato», Madrid, 1997, de PASQUAU LIAÑO, MIGUEL.

cunstancias concurrentes en su celebración, precontratos, documentos publicitarios, etc., a los que no puede acceder el Registrador. ¿El procedimiento registral, en el aspecto intelectual que conlleva la calificación, permite entrar en estas consideraciones? Posiblemente sí. Ahora bien, ¿las partes interesadas no tienen nada que decir? La respuesta no puede ser otra: si se toman decisiones sobre sus derechos deberán, al menos, entrar en un proceso contradictorio en el que se atienda al mínimo de audiencia e igualdad. Este proceso sólo lo encontramos en los dos ámbitos posibles, el público y el privado, en la jurisdicción y en el arbitraje.

Lo que venimos diciendo, que el Registrador debe velar por el tráfico-jurídico-dispositivo-inmobiliario y no inmiscuirse en ámbitos que no le corresponden, se justifica, además, por la existencia de organismos protectores de los consumidores y usuarios, creados precisamente para cumplir con esta función (54). Hoy, con el nuevo «instrumento» de las acciones colectivas, bastaría imponer a las entidades financieras (o de leasing inmobiliario, o de aprovechamientos por turnos de inmuebles vacacionales, o...) el depósito de sus cláusulas generales sobre préstamos hipotecarios (y demás negocios...) para que las Asociaciones de Consumidores, mediante las oportunas acciones, *fulminaran* por la vía adecuada las cláusulas abusivas que lo fueran. Se acabó la presente discusión sobre calificación registral, la cláusula cuestionada dejó de existir (art. 258 LH)...

d) «CALIFICACIÓN» EN EL NUEVO REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Saliendo del ámbito del Registro de la Propiedad, y centrándonos en la nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y Reglamento sobre el Registro, la novedosa «calificación» (55), a los solos efectos de acceso a éste se extenderá a (56):

(54) A ningún autor se le ocurriría hablar del Registro de la Propiedad como organismo de defensa de los consumidores. Recientemente, bajo la dirección de LEÓN ARCE, ALICIA DE, se publicó el *Derecho de los consumidores y usuarios (doctrina, normativa, jurisprudencia y usuarios)* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2000) en el que se habla de las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores, el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Instituto Nacional del Consumo y otros Organismos entre los que, evidentemente, no incluye a los Registros de la Propiedad. Sería, incluso, chocante ver al Registro entre todos ellos.

(55) Es discutible que se pueda utilizar este término cuando, después de reiterar que se trata de un Registro «jurídico», el Registrador no puede entrar en cuestiones de fondo, examen del contenido de la cláusula, su legalidad.

(56) Atendemos a los artículos 3, 4, 9 y 14 del Reglamento del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de

1. La competencia del Registro que se limitará a la práctica de asientos sobre las Condiciones Generales, mandamientos y ejecutorias relativas a resoluciones judiciales cuando el predisponente tenga su domicilio social o profesional o establecimiento principal en la provincia a que pertenezca (sea competente) el Registro Provincial correspondiente.
2. El carácter de condiciones generales de las que se presenten a inscripción (predisposición, imposición y destino universal —pluralidad de contratos—).
3. Legitimación del presentante que lo serán el profesional que utilice o recomiende las condiciones generales; el que, con autorización de éste para la presentación, se hubiera adherido al contrato que las contenga; los legitimados, también con autorización del predisponente, para la interposición de acciones colectivas; los que inicien acciones colectivas una vez que obtengan la ejecutoria oportuna quienes, entre tanto, podrán solicitar anotación preventiva de demanda que se efectuará por orden judicial en el mandamiento oportuno.
4. Comprobación de la identidad del predisponente (es lógico, no se presenta con un documento notarial en el que ya se comprobó la identidad del otorgante) o, en su caso, acreditación de su representación (nada se dice cuando no presente el predisponente o su representante; en este caso se aplicará la misma regla de identidad además de exigirse la autorización del predisponente).
5. Comprobación de la naturaleza del contrato presentado: que no sea administrativo, de trabajo, de constitución de sociedades o regulador de relaciones familiares o sucesorias.
6. Legibilidad de las cláusulas (57).

Vemos como, realmente, no hay una calificación en el sentido que se recoge en la legislación hipotecaria de «velar» por la legalidad (58), limitándose, en consecuencia, a acreditar la identidad de los legitimados o sus representantes y a determinar si lo que pretende tener acceso al Registro

diciembre. No obstante conviene recordar la aplicación supletoria de los Reglamentos Mercantil e Hipotecario (art. 24 del Real Decreto 1828), sin que quepa, a los efectos de presentación de documentos, dados los términos en que se pronuncia el Reglamento, la presunción de representación por el presentante del documento a que hace referencia el artículo 39 del Reglamento Hipotecario (art. 24 del Reglamento derogado por STS de 12 de febrero de 2002).

(57) Entendido, pienso, que se puedan leer; no que resulten de interpretación dudosa, oscura o incomprensible; cuestiones en las que no entra el Registrador.

(58) Abarcando «lo divino y lo humano», expresión que se atribuye a don JERÓNIMO GONZÁLEZ; aunque habría que traer a colación lo ya comentado sobre calificación de cláusulas abusivas.

son, o no, condiciones generales. No se califica o prejuzga, por llamarlo de alguna manera, la legalidad o adecuación a Derecho del negocio que subyace en la documentación presentada, ni siquiera la bondad (carácter no abusivo) de las condiciones generales cuya inscripción (59) se pretende. ¿El dictamen posterior a dictar por el Registrador, si las partes se someten, es considerable como tal (dictamen) o más bien se trata de una calificación inicialmente no atribuida? Dejamos este análisis para después; sólo decir que, en principio, no se puede hablar de calificación, no hay recurso gubernativo (si el dictamen no es favorable a una de las partes), no vincula, y aun cuando vincule ¿impide el posterior pronunciamiento judicial? En cualquier caso, todas las «calificaciones» de todos los Registradores se difuminarían instantáneamente en el momento en que prosperare una acción colectiva con resultado distinto a los de la «calificación», aún cuando las partes se hubieran vinculado a la misma.

4. EL REGISTRO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

a) CONSIDERACIONES GENERALES

Ya hemos adelantado la novedosa creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación que apareció como exigencia de desarrollo de la Ley sobre tales condiciones creada por trasposición de la Directiva Comunitaria sobre la materia (60).

El Reglamento por el que se pretende regular el Registro aporta nuevas dudas y contradicciones, pero, al margen del análisis de las mismas, tenemos una primera impresión de que la acogida no ha sido nada favorable. Esta titubeante partida augura un futuro no menos incierto de la nueva institución (61).

Antes de analizar el Registro, y respecto de uno de sus novedosos efectos (*ultra partes*), nos parece importante destacar la derogación, por la Ley de

(59) Mediante depósito, según el artículo 7 del Reglamento del Registro de CGC, del documento presentado sin exigencia de forma ni comprobación del pago o liquidación de impuesto que, por razón del negocio de que se trate, se pueda devengar.

(60) Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1994, que ha conseguido la creación y actualización de normas relativas a la materia en Derecho Comparado Europeo: Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido.

(61) En el mes de julio de 2001, después de más de un año de funcionamiento del Registro de CGC, en el provincial de Granada no han entrado solicitudes de inscripción (depósito) ni, por supuesto, de dictamen de conciliación. Habría que examinar la estadística a nivel nacional que, seguramente, habrá sido desalentadora.

Enjuiciamiento Civil (62), del artículo 20 de la LCGC (sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la nueva LEC sobre la extensión subjetiva de los efectos procesales de la sentencia que se dictare, y 221,1 y 4 de la misma ley al tratar la cosa juzgada material) (63), y por tanto el número 4 de dicho artículo, que establecía una vinculación de los Jueces a las decisiones del Tribunal Supremo, constituidas en doctrina legal, cuando se tratara de litigio del mismo predisponente respecto a cláusulas idénticas a las de la sentencia de aquél, lo que suponía romper con moldes básicos del Ordenamiento español (64). Sobre el derogado artículo 20 se ha dicho (65) que: 1) el valor normativo (como fuente directa) de la sentencia resulta arriesgado dentro de nuestro sistema jurídico ya que ésta, preceptivamente vinculante, pasa a crear auténticas normas jurídicas aplicables a ciudadanos (predisponentes) determinados; que 2) resulta contradictorio que, frente a nuestro sistema (continental) de primacía absoluta de las fuentes del Ordenamiento jurídico se recojan criterios basados en referencias anglosajonas («Common-Law») (66) que están fuera de nuestro orden jurídico-normativo, de sus principios generales y de la propia Constitución (67); y que 3) los efectos *erga omnes* (más bien *ultra partes*) del pretendido Registro Jurídico (como posibilidad de oponer lo publicado por el teórico destinatario del mismo: el con-

(62) Disposición Derogatoria única, 2, 15.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2001).

(63) Sobre esta cuestión trata REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL, en *Comentarios a la LCGC*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, págs. 569 y sigs.

(64) Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER («La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la LCGC», en *La Ley*, año XIX, núm. 4.640, 1 de octubre de 1998) afirmó con rotundidad la inconstitucionalidad del precepto poniendo de relieve las incongruencias de la Ley no sólo desde una perspectiva teórica, sino también práctica.

(65) En *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, de GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, FRANCISCO JAVIER (Rev. Folio Registral, del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, núm. 77, 19 de enero de 1999, pág. 123).

(66) Hay que reconocer que alguna razón tiene VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas* del Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Lex Nova 2000) cuando afirma que esta opinión se desvanece, ya que «basta comprender que los Jueces que resuelvan posteriores demandas de nulidad contra idénticas cláusulas, siempre que sean en contratos estipulados por el mismo predisponente, no hacen más que respetar los efectos de la cosa juzgada de cualquier sentencia anterior firme en un juicio por acción colectiva de cesación». Algo parecido entendió PAGADOR LÓPEZ, J. («La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC», en *Derecho de los Negocios*, núm. 97) diciendo que la doctrina legal (a través de la segunda sentencia) sería difícil de conseguir salvo que el demandante fuera persona distinta a la del procedimiento anterior, y no se hubiera personado en éste en virtud del artículo 18 (hoy derogado por LEC, de 7 de enero de 2000) advertido por la anotación preventiva que regula el artículo 11.3 de la LCGC.

(67) Con remisión a la opinión anterior de GARCÍA DE ENTERRÍA.

sumidor) (68) deben ir no en el sentido de que los Tribunales tengan la facultad creadora de normas jurídicas, sino de facilitar la ejecución de normas preexistentes y debidamente interpretadas y aplicadas por el Supremo dándole a los contratos de los predisponentes fuerza ejecutiva a favor de otros adherentes que no necesitarían la obtención de una nueva declaración de nulidad, y sin que esta opinión suponga menoscabo de la tutela efectiva del predisponente (art. 24 CE) en cuanto se le permitiera oponerse a la ejecución por determinados motivos que condujeran a la apertura de la vía declarativa (69). Resulta evidente que aunque el Reglamento del Registro de CGC haga referencia a esta cuestión (art. 17), remitiendo al artículo 20 de la Ley, al derogarse este artículo queda sin efecto el precepto reglamentario.

En cuanto a la justificación del Registro podemos decir que los nuevos conflictos que surgen como consecuencia de la evolución social, sin renunciar a la garantía que supone la Administración de Justicia, buscan solución en la iniciativa privada donde la autonomía de la voluntad juega un papel autorregulador de la contraposición de intereses entre las personas. Y la fórmula

(68) Cuando expresé esta opinión se pudo producir una confusión entre el efecto *erga omnes* del Registro o posibilidad de oponer las cláusulas depositadas frente a cualquiera como formando parte del contrato celebrado, y el efecto *ultra partes* de la sentencia como posibilidad de favorecer a terceros que no han formado parte del procedimiento mediante el sistema de imponer la vinculación a Jueces y Tribunales. La confusión, sin duda, se produjo por el hecho de que la oponibilidad de las cláusulas, en cuanto ampara al predisponente y no al consumidor, rompía con la concepción de la propia ley, con su finalidad, por lo que invertí los términos de la oponibilidad poniéndola a favor del consumidor cuando realmente se trataba de ese efecto *ultra partes* de la sentencia. La propia exposición de motivos de la Ley contribuye a la confusión cuando habla de efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, lo que es impropio, pues tal efecto es conocido como oponibilidad de lo que publica el Registro frente a cualquiera que confíe en su contenido (es el sentido antes dado respecto a las cláusulas) mientras que la declaración judicial de nulidad no afectaría (derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) más que a los adheridos con el mismo predisponente y cláusula (efectos más allá de los que fueron partes en el procedimiento judicial).

(69) Algo así como si en aplicación del actual 221 de la LEC se permitiera que la sentencia facultara para instar la ejecución, no sólo a todos los que fueron parte del procedimiento, sino también a cualquier adherido cuando se tratase de contrato del mismo predisponente condenado en la sentencia y de la misma cláusula declarada nula por abusiva; y ello, salvando posibles indefensiones permitiendo a dicho predisponente oponerse a esa ejecución si presentara, por ejemplo, principio de prueba (anexo al contrato, existencia de nuevas cláusulas que matizan la anulada por el Supremo...) de que no se está ante un supuesto (cláusula) idéntico al que se refirió el Supremo, consiguiendo, de esta manera, la apertura del proceso declarativo que permitiera la contradicción y defensa entre partes.

Esta idea, aunque no de manera exacta, late en el artículo 519 de la nueva LEC, que permite que cualquier interesado no beneficiario individualizado de la sentencia, con audiencia del condenado, inste a su favor el reconocimiento de beneficiario y, si es así, la ejecución de la sentencia.

empleada para pacificar este cruce de intereses no puede ser otra que los acuerdos de voluntades realizados directamente por los que se obligan, o dejando en manos de un tercero esa labor de punto de encuentro entre los intereses contrapuestos; en ambos casos nos encontramos ante fórmulas contractuales: en el primero ante un contrato principal, y en el segundo ante uno preliminar o para la consecución de aquél. Además, en este último caso existen supuestos en los que la solución del conflicto depende totalmente de la iniciativa privada (transacción, mediación, arbitraje, principalmente), y otros en que puede actuar la iniciativa privada pero con cierto «revestimiento de *imperium*» o, si se prefiere, con respaldo de los poderes públicos (v.gr.: impugnaciones, por indebidas o excesivas, de minutas de los miembros de un Colegio en que las partes se pueden someter al arbitraje de la Corporación o ésta tiene facultades de dictaminar sobre la procedencia de lo exigido conforme a lo pactado y a las tablas de honorarios profesionales). Descendiendo al último supuesto, podemos decir, finalmente, antes de llegar a las soluciones judiciales, que el conflicto puede ser resuelto, como prevé la Directiva comunitaria sobre la materia, por los órganos administrativos (70). Es cierto que los Registros Jurídicos, en sentido estricto, no son Registros dependientes de, o sometidos a, la Administración pero, como señala la propia Directiva (71),

(70) Así lo prevé el artículo 7 de la Directiva Comunitaria de 5 de abril de 1993, en la que no exige, ni siquiera alude, la creación de un Registro de Condiciones Generales; tan sólo se especifica que la protección del consumidor debe ser resuelta por los órganos judiciales y administrativos competentes. Siguiendo la teoría que mantenemos de que los Registradores y sus Registros no actúan como propia Administración, cabría excluir a éstos de las soluciones propuestas en la Directiva; pero dado el régimen específico de éstos de cumplir una función pública, parece que se consideró conveniente contar con ellos, máxime cuando se ha pretendido (otra cosa es que se consiga) que el nuevo Registro fuera algo más que administrativo. ¿Era conveniente la atribución a los Registradores? El tiempo lo dirá.

Tanto el Consejo General del Poder Judicial (Informe de 20 de diciembre de 1995) como el Consejo de Consumidores y Usuarios (Informe de 24 de febrero de 1997) se muestran partidarios del Registro de Condiciones Generales e igualmente se pronuncian sobre la eficacia *ultra partes* de las sentencias estimatorias de demandas de cesación y retractación; al igual que el Consejo de Estado que en su dictamen de 31 de octubre de 1996 se refiere a este refuerzo judicial por medio de la eficacia de las sentencias y a la conveniencia de crear el Registro, siguiendo el modelo portugués, sin necesidad de crear nuevos órganos. Con posterioridad, el 24 de julio de 1997, el Consejo de Estado emite nuevo dictamen (núm. 3.194/97) que no añade nada nuevo al aspecto que comentamos. Sin embargo parece que el Registro, finalmente creado, se ha salido de los esquemas que tenía el Consejo, pues en el Dictamen al Proyecto de Reglamento se hace referencia al Registro como «instrumento de los predisponentes para evitar acciones judiciales que puedan impedir el uso de cláusulas presuntamente abusivas», lo cual diverge del intento de tomar como modelo de Registro al de la Propiedad y al Mercantil.

(71) Artículo 8; además, como dispone el artículo 189 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), la Directiva *obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*

los Estados podrán adoptar disposiciones más estrictas, que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección; por lo tanto, el Registro de CGC no se sale de los esquemas que marcó la Directiva.

b) CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO

Es interesante lo reflejado sobre el nuevo Registro en la Memoria justificativa del Proyecto de Ley sobre CGC del que podemos extraer, sintéticamente, que las notas características del mismo, según lo proyectado, son las siguientes:

- Es un Registro de ámbito estatal (72).
- Es un Registro jurídico, y no administrativo de mera publicidad (73).
Ello conlleva el conocimiento de su contenido en todo el territorio

(72) Se rechaza la competencia de las CCAA, que la podían demandar, por ser materia que afecta a consumidores y usuarios, afirmando, como ya lo hizo el Consejo de Estado (Dictámenes de 31 de octubre de 1996 y 24 de julio de 1997), basándose en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la eficacia de las sentencias exige un Registro «jurídico» estatal único y no tantos Registros «administrativos» como CCAA. Sobre el TC, podemos recordar que tanto la conceptualización de la cláusula abusiva (STC de 30 de noviembre de 1982) como la defensa del consumidor y usuario (STC de 26 de enero de 1989), por formar parte de la legislación civil y mercantil, son de competencia estatal.

(73) El carácter jurídico del Registro es puesto en duda por numerosos autores, entre los que podemos destacar a PAU PEDRÓN, ANTONIO («Sobre la Ley de CGC», *Folio Registral*, núm. 70, Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental, mayo 1998; pág. 509 y sigs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS («Proyecto de Ley sobre CGC...», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 1997, pág. 887 y sigs.), y COCA PAYERAS, MIGUEL (*Las CGC y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, 1999, págs. 97 y sigs.) que aportan como argumentos el que no exista una calificación de la validez de las condiciones generales, en que el Registro cumple una mera función de depósito de formularios y de sentencias y que al no inscribirse derechos difícilmente se puede hablar de una publicidad con efecto jurídico propio de los Registros de este tipo (Propiedad o Mercantil). ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN («Registro y Condiciones Generales», en *Comentarios a LCGC*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, pág. 319) nos dice que la publicidad de este Registro no deja de ser pura noticia de un hecho y advierte de las consecuencias nefastas (entendemos que por la confusión que se produce) de este extraño híbrido creado (*contra natura*, podríamos decir) por el legislador. Por su parte, CABANAS TREJO, RICARDO, en «El Reglamento del Registro de CGC, o también ¿sólo los terroristas están fuera de la Constitución?» (*Carta Mercantil*, núm. 14, 20 de junio de 2000) dice que no hay control de legalidad o calificación sobre el contenido de las CGC, ya que la actuación del Registrador se limita a verificar la concurrencia de ciertos requisitos y en este sentido, añade, el propio Consejo de Estado no consideraba adecuado el término de Registro Jurídico. Acusa a los «impulsores» de la ley de revestir «jurídicamente» al Registro de CGC por intereses meramente corporativos y monopolísticos. Este mismo autor, junto a BONARDELL LENZANO, RAFAEL («Ilegalidad del Reglamento de CGC»,

nacional, la eficacia *erga-omnes* de las sentencias (74) y la prescripción de las acciones colectivas.

- El Registro estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil por dos cuestiones: por ser de carácter jurídico, y por razones económicas (de coste) (75).
- Es un Registro de depósito voluntario (76), a salvo la obligación de presentación que se prevé para determinados sectores económicos.

en *La Notaría*, núm. 5, 2000, Colegio de Notarios de Cataluña, págs. 19 y sigs.) desmontan el carácter jurídico del nuevo Registro aportando numerosos argumentos y llegando a la conclusión de que «lo que define a un Registro como de seguridad jurídica es la calidad de los efectos que genera» y «no el mero hecho de producirlos»; consideran que los efectos jurídicos de este Registro son, desde luego, muy atenuados. ALFARO ÁGUILA-REAL también lo refiere en «El Proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en Derecho Privado» (*RDBB*, antes citado), título que lo dice todo.

Contrarrestamos las anteriores opiniones con la de GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER (*Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Lex Nova, 2000. Director: Ubaldo Nieto Carol, págs. 367 y sigs.) que, en posición intermedia, reconoce que el Registro de CGC no tiene la eficacia radical de los Registros Jurídicos, pero que tiene trascendencia jurídica por la legitimación en el tráfico profesional, la prescripción de las acciones colectivas, y la eficacia *erga omnes* que se manifiesta prohibiendo a Notarios y Registradores actuar ante negocios con cláusulas nulas en virtud de sentencia inscrita en el Registro (art. 10.6 de la LGDCU), cierta eficacia prejudicial o efectos *ultra partes* que aunque deriva de las solas sentencias judiciales, la ley lo hace derivar a un nuevo requisito como el de inscripción de dicha sentencia (nos atenemos a comentarios anteriores y la posibilidad de instar ejecución por los interesados declarados beneficiarios por el Tribunal competente), y por el dictamen de conciliación (que el autor lo extiende también a los supuestos de ejercicio de acciones individuales).

(74) Es difícil de entender el tratamiento de la sentencia como si se tratare de un derecho real, pues se trata de cuestiones distintas. Puestos en esta tesitura es como si se creara un Registro de derechos personales que pasarían a tener eficacia absoluta (¿) por su inscripción.

(75) CABANAS TREJO, RICARDO (*ob. cit.*) crítica con acritud al impulsor y lo califica de «disparate jurídico de primera magnitud» o «bodrio normativo» y, para él, la razón de la atribución del Registro al cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España no está justificada. No es imparcial cuando, siendo Notario, se muestra tan beligerante en su exposición y, además, se pregunta por la exclusión de su cuerpo.

(76) Se dice, por comparación con el Registro de la Propiedad, que es una nota de los Registros jurídicos frente a los administrativos, aunque, en realidad, ello nada tiene que ver con esta distinción. Es evidente que, a pesar del acicate de la prescripción de las acciones colectivas, el depósito voluntario es casi una condena al fracaso del nuevo Registro. CABANAS TREJO (*ob. cit.*) dice que la prescripción no puede ser suficiente estímulo para el depósito de las CGC, ya que cuando prospera una acción individual de nulidad, la colectiva revive. Añade que el vestigio de «presunción de conocimiento» del artículo 18 del Reglamento, presunción que fue desechada del proyecto por afectar directamente al artículo 5 de la Ley, así como la referencia del Proyecto a la presunción de legitimación en el tráfico a favor del predisponente en caso de depósito (hoy enmascarada en el preámbulo del Reglamento cuando dice «los profesionales (...) no infractores procurarán obtener

- No es Registro de calificación de validez de las condiciones generales, ya que esta decisión corresponde en exclusiva a los jueces (77).

c) MODELOS DE REGISTRO EN DERECHO COMPARADO

No es este Registro innovador por el hecho de su creación, aunque sí por la publicidad y efectos que con la misma se ha pretendido tener. Registros con finalidad protectora del consumidor y usuario los encontramos en numerosos Ordenamientos jurídicos. Siguiendo un orden cronológico tenemos los siguientes:

La Ley 5.724 de 1964 de Israel será el primer antecedente de control de los contratos «standar» y en la que luego se inspiró la legislación francesa. Con esta Ley se estableció un control preferentemente preventivo sin renunciar a la fiscalización judicial posterior.

El modelo británico lo encontramos en la *Fair Trading Act* de 1973, que instituyó un departamento ministerial y transfirió al Director General las funciones registrales en los contratos restrictivos («*Registrar of Restrictive Trading Agreements*»). Se atribuyen, de esta manera, al Director funciones interventoras en las hipótesis que puedan atentar a los intereses de los consumidores (elaborando códigos de conducta a aceptar por todos los interesados) o que supongan violación de la legislación antitrust. A 1994 se remonta la regulación sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores; en ella, el Director General de Defensa de la Competencia podrá, ante una cláusula abusiva, solicitar al Tribunal la inhibitoria.

la inscripción de las condiciones generales que utilicen, dado el efecto de transparencia de su actividad que ello les dará en el tráfico jurídico...»), además de ser señuelos para tal depósito responden a oscuros intereses de utilizar en beneficio de los predisponentes un instrumento destinado a la protección de los adherentes. Claro, esto no es descabellado, pues sería así si en posibles litigios los Tribunales, por comodidad intelectual, llegaran a identificar el depósito del documento con la bondad de su contenido, bien por presumir que el predisponente ante el depósito nada tenía que ocultar, bien por entender que hay el primer «filtro registral» que, aunque no esté en la intervención del Registrador, se encuentra en el no temor a la publicidad (cuestión que podríamos llamar «presunción de legitimación indirecta», o lo que ATAZ LÓPEZ —*ob. cit.*, pág. 320—, denomina «certificado de buena conciencia comercial»). Y es que cualquier jurista que se mueva en el ámbito forense sabe que la actual situación de la justicia, la acumulación de expedientes, la falta de medios... provocan que el Juzgador, aunque sea inconscientemente, se relaje en la búsqueda del fondo si, en el camino de la resolución, encuentra alguna fácil salida (la cantidad afecta a la calidad).

(77) Sirva esta expresión como nuevo argumento a los planteamientos sobre la calificación del carácter abusivo de las cláusulas y, por tanto de su nulidad. Si como Registrador de CGC, las que son calificables como abusivas —las no negociadas—, no cabe tal pronunciamiento más que por el Juez, con más razón, fuera de la esfera de ese ámbito objetivo no se le puede atribuir esa facultad.

En la Ley alemana sobre Condiciones Generales de 1976 (78) aparece como único objeto del Registro la publicidad de las resoluciones judiciales a través de una Oficina (informativa) Federal de Carteles (antimonopolio) de naturaleza administrativa (*Bundeskartellamt*).

La Ley francesa de 1978 crea un órgano administrativo o Comisión de cláusulas abusivas (*protection et L'information des consommateurs de produits et des services*) que depende directamente del Ministro de Consumo. La Ley de 1 de febrero de 1996, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos de diversas actividades de orden económico y comercial, desarrolla esta materia.

El modelo mexicano crea un Registro en la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (*PROFECO*) en el que se deben inscribir los contratos que determine la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Es un Registro que trata de verificar si los contratos en cuestión se ajustan a la legalidad vigente.

En Portugal, el Decreto-ley 220/1995 (79) crea un Registro administrativo para la publicidad de las cláusulas que hayan sido prohibidas por una decisión judicial, y el artículo 35.2 *in fine* señala que el servicio encargado del Registro deberá «prestar las aclaraciones que les sean solicitadas dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones».

En Italia, la Ley de 6 de febrero de 1996 modifica y añade determinados artículos (80) en el Código Civil de 1942, pero no recurre a ningún Registro, pues sólo se prevé que el Juez pueda ordenar la publicidad mediante la inserción del auto en uno o más periódicos, uno de ellos de difusión nacional.

En cualquier caso, el Registro español sobre CGC no es equiparable a ninguno de los modelos conocidos, ya que hay una pretensión de ampliación de funciones que lo separan de aquellos: unos (alemán y portugués) nacieron para dar publicidad a cierto tipo de resoluciones judiciales sobre acciones colectivas, frente al español, en el que entran las resoluciones judiciales sobre acciones individuales o colectivas siempre que sean estimatorias; y otros se crearon como imposición de un peculiar, aunque de dudosa efectividad, sistema de control de condiciones generales, frente al español, que prevé el depósito de dichas condiciones sin entrar en el análisis de su validez (control), aunque sí con la pretensión de facilitar el control judicial, a instancias (individual o colectiva) de quien corresponda, de dichas cláusulas.

(78) Es Ley de 9 de diciembre de 1976, modificada por la Ley de 19 de julio de 1996, de trasposición de la Directiva Comunitaria 13/93/CEE.

(79) Es de 31 de agosto de 1995, que modifica la anterior Ley de 27 de octubre de 1985.

(80) Sobre Condiciones Generales de los contratos, contrato mediante módulo o formulario, cláusulas vejatorias...

A pesar de ello, nuestro Registro no llega tan lejos en sus efectos, como parece desprenderse de la terminología que utiliza en su regulación (81). En este sentido, el único efecto de la «inscripción» que realmente no ofrece dudas para nadie es el del cómputo del plazo para la prescripción en el ejercicio de las acciones colectivas. Algún autor habla de otros efectos extra-jurídicos, pero eso pertenece al mundo de la fantasía (82).

5. LA SEGURIDAD JURÍDICA (83) EN LA VERTIENTE EXTRAJUDICIAL Y LA MODERNA CONTRATACIÓN

a) DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LIMITACIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Sobre esta cuestión cabe preguntarse dónde está la frontera en el control de las cláusulas generales de la contratación y en la defensa del consumidor o usuario. Hasta dónde quiere llegar el legislador para proporcionar la anhelada seguridad jurídica preventiva. ¿Se eliminan realmente los conflictos —litigios— con este reconfortante término? Intentaremos, al menos, avanzar

(81) Con clara inspiración de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

(82) En cierto modo ya hemos hecho referencia a los mismos en anteriores notas. Así, ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, pág. 334) habla de la pretensión del legislador, según expone el Preámbulo de la Ley, de que el Registro sirva de «ranking» de la buena conciencia comercial y del artículo 18 (al que hemos aludido anteriormente con CABANAS TREJO) que, en aparente contradicción con el artículo 5 de la Ley, es un precepto inútil, «de las muchas normas inútiles dictadas en esta materia, que no añaden nada al silencio, y que constituyen ejemplos de la que he denominado “autoalimentación legal” (inflación artificial de la regulación para justificarla). Se trata de transmitir la sensación de que el depósito de condiciones generales puede tener numerosos efectos. Pero sólo de transmitir la citada sensación».

(83) OROZCO PARDO, GUILLERMO (*De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Comares, 1995) trata de la seguridad jurídica como «una situación de estabilidad y certeza creada por el ordenamiento, que garantiza la aplicación objetiva de las normas para la protección de los derechos» y nos remite al estudio de MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (*Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Bosch, 1989) en el que afirmaba, en palabras de aquél, que en las relaciones privadas *es imprescindible lograr «una certeza en su normativa rectora» con la finalidad de que las partes llamadas a respetarla la conozcan claramente y para que los órganos encargados de interpretar y aplicar tales normas lo puedan hacer de forma ajustada y coherente. Por ello, afirma el autor antes citado, la vertiente privada de la seguridad jurídica pretende garantizar la eficacia de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos tanto en los actos de constitución, modificación o extinción y «la regularidad y certeza de las instituciones que operan en este campo del Derecho».*

STC 147/86, de 25 de noviembre, hace referencia al artículo 9.3 CE, asimilando la seguridad a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

en estos planteamientos, pero sobre la última cuestión podemos afirmar que si ello no fuera así, si por la seguridad jurídica preventiva no se consiguen evitar conflictos pacificando intereses contrapuestos, la conclusión no puede ser otra: bastaría la intervención jurisdiccional para el control de las cláusulas; la Administración no debería inmiscuirse en las relaciones entre particulares más que en los casos extremos y con instituciones creadas al efecto (protección del consumidor y usuario), sin desnaturalizar las que en su génesis no tuvieron tal concepción; sólo ante el conflicto están las instituciones privadas (mediación, arbitraje, transacción, etc.) o la propia Administración de Justicia para restablecer las situaciones de equilibrio y de desviación legal pacificando los intereses contrapuestos. Gráficamente: se puede decir que muchos barrenderos en el mismo patio sólo conseguirían limpiar cada uno su losa para ensuciar la del compañero y, al final, el patio sin barrer (84). Sin embargo, resulta sugerente hablar de la desjudicialización del tráfico jurídico (85). El problema está en buscar el equilibrio para no caer en esa situación. Por tanto, el planteamiento definitivo es el siguiente: si basta la creación del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación para facilitar la labor judicial de juzgar o es necesario, además, que se puedan ofrecer solu-

(84) El puro filosofar no es una mera retórica; a veces se encuentra su visión práctica. Esto viene a cuento de las reflexiones que plantea LÓPEZ MEDEL, JESÚS («Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica. Estudios de Derecho y Sociología Registral», CRPME, CER, 1995, págs. 386 y 387) cuando habla de «la independencia judicial: delimitación de lo registral», poniendo cada institución en su debido lugar: «...una cosa es aprovechar al máximo la eficacia de las instituciones —como los supuestos de adscripción a los Notarios de declaraciones abintestato o a los Registradores las notificaciones antes judiciales en procedimientos ejecutivos, o la certificación de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios, o a los Mercantiles, depósito de las cuentas anuales, o nombramiento de expertos independientes— y otra distinta el que se pueda ir desnaturalizando la propia función. Sobre todo si obedece a meras coyunturas, o decisiones políticas no convergentes». En realidad, el pensamiento del autor va más allá de las cuestiones que aquí planteamos, pero tendrá que perdonar la osadía en este provecho, y por ello añado lo que, a continuación de lo anterior y recordando el pensamiento de JOAQUÍN COSTA, concluye: «Las cosas judiciales, las cosas registrales, las cosas administrativas... cada una de ellas tienen su orden, y ordenadas en sí, pueden coordinarse con las demás... cada institución debe ser fiel a sí misma, y desde ella se puede servir a las demás».

(85) L. M. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA en su obra *La ley de las Condiciones Generales de la Contratación* (CRPME, Centro de Estudios Registrales, 1998; págs. 13 a 15) comienza hablando de la desjudicialización de la contratación privada que, dice, «requiere no sólo la adecuación de los medios personales, formativos y materiales a las necesidades de cada momento, sino el dotar a los Jueces y Tribunales de los instrumentos jurídicos útiles para desarrollar su misión constitucional». Parece que se trata de poner, no entiendo que pueda ser de otra manera, la seguridad jurídica extrajudicial al servicio de la judicial. Es por ello que los distintos Estados de la Unión Europea no sólo se han preocupado de simplificar los procedimientos aplicables a los litigios de pequeña cuantía, sino que también han desarrollado los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) (pág. 19, *ob. cit.*).

ciones alternativas o definitivas. Es cuestión de decidir si se atribuyen facultades decisorias al Registrador para descongestionar a la Administración de Justicia o, por el contrario, la adecuada política es dotar a ésta de medios humanos y materiales para dar respuesta rápida y acorde a lo que demanda la sociedad. En definitiva, por un lado si el Registrador de la Propiedad, como tal, debe ser protector del consumidor; y por otro si aquél, como «funcionario» del Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, en el dictamen de conciliación cumple una función jurisdiccional que se sustrae, en pro de la eficacia, de quien corresponde, o forma parte de la calificación que tradicionalmente ha sido atribuida a los Registradores. Adviértase que, por primera vez, una decisión del Registrador puede llegar a ser vinculante (*¿ultra partes?*) (86) sin un adecuado procedimiento contradictorio y la práctica de una prueba de la que se pueda concluir con un mínimo de garantía la evidente intención de los contratantes (87).

b) EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Algunos autores (88) ponen de manifiesto los tres tipos de controles que pueden tener las cláusulas abusivas: *preventivo* (voluntario de los empresarios que establecen códigos de conducta o convienen con los consumidores, o administrativo con sistemas preventivos de control, negativa a la autorización de los fedatarios públicos, registros públicos, etc.), *legislativo* (con la no incorporación de cláusulas desconocidas para el adherente, control del contenido de las cláusulas con listados de las que son nulas, sanción de nulidad y sus consecuencias, normas sobre interpretación) y *judicial o extrajudicial (a posteriori)*, sobre todo en cuanto a la eficacia, cumplimiento y ejecución de las condiciones generales; control de su contenido con declaración de nulidad de las cláusulas abusivas sin duda y de las que admiten valoración).

(86) Ni la Ley ni el Reglamento prevén que el dictamen, al menos cuando sea vinculante, sea inscribible en el Registro. Entendiendo que lo sea, se plantea el problema de si, por suplir a la sentencia, por voluntad de las partes, sus efectos han de ser los pretendidos para la misma.

(87) En efecto, aún cuando estemos en el ámbito de los contratos de adhesión, ¿quién puede afirmar que las partes se limitaron al contenido del contrato adherido? ¿Es que no puede haber anexos al mismo que saquen de dudas, o testigos que manifiesten que el predisponente matizó la cláusula cuestionada ante todos los presentes en determinado sentido? ¿Y todo ello no requiere una tutela efectiva para las partes mediante un procedimiento adecuado que esté bajo la salvaguardia de los tribunales? En su momento estudiaremos las contradicciones que plantea el Reglamento con relación a la Ley.

(88) EDUARDO POLO (*La protección del contratante débil*, Civitas) y ALBIEZ DOHRMANN (*ob. cit.*).

Los dos primeros son «fáciles» de eludir, prácticamente basta la voluntad del predisponente, pues aunque se pueda hablar de seguridad preventiva (v.gr.: la no inclusión de cláusulas), ésta sólo es efectiva mediante el ejercicio de la correspondiente acción. No así el último, que tiene el poder del constreñimiento a aquél. Sin embargo, la moderna contratación, que se caracteriza por afectar a las masas dispuestas a demandar todo cuanto su patrimonio personal pudiera soportar, dando lugar a la contratación adhesiva (89), ofrecía una fácil escapatoria a los oferentes de bienes y servicios que, evaluando el riesgo de contravenir la norma, se percataron de que para ellos el coste del cumplimiento de la norma era superior al de su contravención: es más rentable (mayor beneficio) cometer abusos que sufrir limitaciones. Así, los monopolios u oligopolios en determinados sectores de la economía; el alto coste para los adherentes en la selección de condiciones no abusivas (90); el hecho de que ante los abusos sólo unos pocos ejercitarán acciones en defensa de sus intereses; y que, de estos últimos, muy pocos resultarán victoriosos (dificultades de prueba, artimañas procesales, errores en los planteamientos de defensa e interpretaciones judiciales). Todo ello invitaba a los oferentes a no plantearse que debe evitarse el abuso ante la reacción sancionadora del Ordenamiento jurídico.

Se deduce, por tanto, que una de las mayores dificultades para conseguir la seguridad más efectiva se encuentra en la protección individual del consumidor impuesta por nuestro sistema procesal (91). Ello trae como consecuen-

(89) «ADHESIÓN» fue denominación que utilizó por primera vez SALEILLES en su *Declaration de volonté* de 1901. También se han utilizado otras denominaciones como la de contrato «impuesto», «tipo», «formulario», «standard», «masa», «en serie», «de cola», «de ventanilla», «de sumisión» o «sometimiento».

(90) ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS (*Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991) argumenta, con aplastante lógica, el coste que supondría para un adherente buscar los posibles oferentes del mercado, comparar y decidir. En este sentido, concluye el autor, que los adherentes no hacen *shopping* (selección) entre las condiciones generales de sus oferentes (prácticamente sólo se fijan en el objeto esencial del contrato) y es por ello que los oferentes no tienen necesidad de cambiar las cláusulas generales para un posible aumento de la cuota de mercado. En este sentido se afirma que no es posible sostener la teoría de que sólo en las situaciones de monopolio existe indefensión de los adherentes. Es por ello necesaria la legislación de protección de los adherentes pues la regla *signing is binding* (quien firma el contrato comunica su consentimiento respecto del total contenido del mismo con su consecuencia —como ya afirmó VON TUHR— de que quien no lo haya leído deberá ser tratado como si lo hubiera leído, comprendido y aceptado) hoy ve reducido su ámbito de aplicación.

(91) Según BARONA VILAR, SILVIA («Acciones de cesación, retractación y declarativa», en *Comentarios a la LCGC*, Aranzadi, 2000, págs. 392 y sigs.) el reconocimiento de la legitimación a las asociaciones de consumidores fue uno de los logros más importantes de la LGDCU/1984 (art. 20 que legitimó para tres pretensiones: en defensa de los asociados, en la de la propia asociación y en la de los intereses generales), así como de la LOPJ (art. 7.3). Pero ello no era suficiente para proteger a los consumidores, ya que sólo facilitaba el ejercicio de acciones para el caso de la producción de daños, pero no en el supuesto de protección como consecuencia de una actuación contractual en masa o en

cia (92) el planteamiento de la necesidad de ejercicio de acciones colectivas por las organizaciones y asociaciones que tienen una finalidad de protección del consumidor (93) del que puedan salir beneficiados (eficacia *ultra partes* de la sentencia firme) el conjunto de adherentes que consiente la cláusula abusiva con el mismo predisponente (oferente, profesional o predisponente). Claro está, los mecanismos previos de seguridad jurídica pueden evitar llegar a esta situación, y aún llegada la situación de conflicto consistente en la puesta en escena de una presumible cláusula abusiva, no podemos rechazar la búsqueda de fórmulas jurídicas que, aunque no preventivamente, pueden ofrecer la seguridad jurídica «firme» propia de la jurisdicción. La conclusión no es otra que la de la siguiente frase: «Por mucho que prevenga la seguridad jurídica preventiva en el ámbito de la contratación, el conflicto es inevitable, por lo que aquélla no puede ofrecer soluciones definitivas, o al menos de una gran estabilidad, como ocurre con la seguridad tradicional que se ofrece con los derechos reales en el ámbito del Derecho Inmobiliario».

La protección del consumidor y usuario aparece consagrada en nuestra Constitución, posteriormente se publicó la LGDCU (94) y, aunque con cierto retraso, los autores advirtieron la relación que podía haber en el ámbito inmobiliario entre esta protección y la calificación del Registrador (95). El resultado fue entender que como el Registro estaba íntimamente

serie. Leyes posteriores, en determinados sectores (General de Publicidad, de Competencia Desleal) se han preocupado de la legitimación «colectiva»; pero es la LCGC la que, desde el punto de vista procesal, crea una nueva tutela específica, privilegiada que, con la actual LEC, resuelve los grandes problemas procesales que planteaban las incipientes acciones por intereses «difusos». La LCGC «resuelve» (el entrecomillado es mío), a través de las acciones colectivas ejercitadas por las personas legitimadas activas, la defensa de los consumidores en la contratación en masa, en caso de afectación o perjuicio por condiciones o cláusulas abusivas.

(92) Así lo exige el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

(93) PINTO MONTEIRO, ANTONIO («El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, enero-marzo de 1996, págs. 79 y sigs.) apunta como problemas fundamentales a resolver en las condiciones generales los de: a) desconocimiento del adherente, b) incorporación de cláusulas abusivas, y c) la inercia del adherente que, dice, sólo se puede evitar con medidas preventivas de las instituciones públicas o con las asociaciones u organizaciones de los consumidores a los que se les otorga legitimación procesal activa.

(94) Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que siguiendo el criterio de la CE impone a los poderes públicos y, en particular, a las Administraciones Públicas competentes en materia de consumo, la adopción y promoción de medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario.

(95) El artículo 51 CE dice: 1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.* 2. *Los poderes públicos promo-*

ligado al principio de seguridad jurídica, éste podía ser el perfecto instrumento de protección, de seguridad, de los consumidores, lo que hemos criticado con anterioridad. La seguridad jurídica, desde el Registro, debe ser acorde con el principio de igualdad. Insistiremos: no hay que proteger a nadie en particular, sino una legalidad. La seguridad que como profesionales del Derecho deben ofrecer los Registradores no es la de solucionar conflictos, sino la de evitarlos. Debe ser encauzada a tal sentido sin perjuicio de que, por la vía del arbitraje, y sólo en determinados casos (por acción colectiva y por voluntad de ambas partes), coadyuve, como *sustituto* de la jurisdicción, a la resolución de conflictos en la moderna contratación.

6. LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL

a) PLANTEAMIENTO SOBRE LA INDEFENSIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

El que con un mínimo de cultura jurídica haya vivido una situación de indefensión de las que todos los días les ocurren a los consumidores acaba con la impresión de que el nuevo Derecho de protección del consumidor tiene mucha literatura y nula efectividad; hablando claro: no sirve para nada. Si a las dificultades de interpretación, de exigencia de lo pactado, de prueba, etc., añadimos la escasa o nula cultura al respecto, no sólo del propio consumidor, sino de

verán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3... Desde el punto de vista de la calificación registral han sido muchos los autores que se han referido a la protección del consumidor y usuario. Así, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO trató de la protección del consumidor inmobiliario sancionado en el artículo anterior y desarrollado por la Ley de Consumidores y Usuarios de 15 de julio de 1984, destacando lo novedosa que resultó la Directiva CEE, de 5 de abril de 1993, al facultar, además de la posible acción de impugnación individual de cláusulas abusivas un control de tipo general, legitimando a las organizaciones de protección del consumidor, que después se consagró en nuestra legislación con la Ley sobre CGC («La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González, su vigencia actual», en *RCDI*, noviembre-diciembre 1993, págs. 1853 a 1899). En este mismo sentido, DÍAZ FRAILE analizó la influencia de la Directiva Comunitaria en el Derecho de consumo («La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 5 de abril de 1993», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, septiembre 1993, núm. 49, págs. 126 y sigs.) Junto con ellos podemos destacar a J. L. GIMENO LÓPEZ-LAFUENTE («La incidencia de la legislación comunitaria sobre protección de consumidores en la calificación registral de los préstamos hipotecarios», *CRPME*, CER, Madrid, 1993, págs. 857-864); K. J. ALBIEZ DOHRMANN («Control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, septiembre-octubre 1993, págs. 1421-1486); ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991).

la sociedad en general y, como formando parte de ella, de la Administración de Justicia, rápidamente advertimos que nos encontramos aún en el punto de salida. De nada sirve la ley si ésta es técnicamente poco agraciada y, además, si en su trayectoria hacia la realidad se encuentra obstáculos de difícil solución.

Otro problema añadido es que el consumo a «gran escala», el de todos los días, el de bajo o medio coste, no es económica ni satisfactoriamente viable para ser defendido por el consumidor individual (el riesgo, tiempo, esfuerzo y dinero a emplear no compensará, en la mayoría de las ocasiones, la satisfacción obtenida). Es por ello que la vía más solvente de protección es la de las acciones colectivas y la *ayuda*, intervención, administrativa.

Pero es que, además, en muchas ocasiones los problemas del consumidor no están en la letra de los contratos, sino en los «oídos sordos» de los predisponentes ante cualquier eventualidad; y ante esto sólo la ejecución después de una larga vía «declarativa» con tortuosos caminos y obstáculos, dará «satisfacción» al consumidor, y ello si no se queda en el camino. Por tanto, hoy, la eficacia, la protección debe buscarse en los mecanismos e instrumentos de rápida reparación. Quiero decir: el desequilibrio está en la pasividad absoluta del reclamado frente a la actividad (y riesgo) del reclamante. Esto es lo que el Derecho tiene que salvar.

Ya desde mediados del siglo pasado algunos autores hablaban de cuestiones novedosas en el Derecho de la contratación: la crisis del principio de autonomía de la voluntad, la desigualdad no tanto en la decisión de contratar como en la capacidad para pactar, las condiciones generales de los contratos y el Derecho de protección del consumidor, unificación del Derecho de los contratos..., pero todo era incipiente y no terminaba de «arrancar». En la Constitución Española de 1978 se advierte la concienciación de los representantes de la nación en materia de consumo, que tuvo su debida plasmación en el artículo 51 CE y que se concretó en la LGDCU de 1984. Cuando España irrumpe en Europa, adhiriéndose a los Tratados de la actual Unión (96), adquiere una mayor relevancia eso que algunos autores venían preconizando con anterioridad. El Derecho Comunitario, sus Directivas, a pesar de ser escrupuloso con el Derecho Privado de sus «socios», nos abriría de par en par la puerta hacia nuevos conceptos que, aún cuando ya eran tratados por algunos autores, todavía parecían lejanos para nosotros. La literatura jurídica sobre Derecho de consumo y la incidencia del Derecho Comunitario no se hizo esperar; sin embargo el caminar no sólo es largo, sino también tortuoso. Hoy, a punto de completar la segunda década, el consumidor sigue siendo lo que

(96) Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985 para la CECA y CEE, y Tratado de 12 de junio de 1985 para la CEEA (EURATOM); Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.

antes, más con el inconveniente, la impotencia, de proclamarle unos derechos que difícilmente puede hacer efectivos; hay que dar un paso más.

b) EL REGISTRADOR COMO PROFESIONAL IMPARCIAL

Tras este planteamiento, y volviendo a nuestro estudio, es necesario examinar una primera cuestión. Y es si la institución registral debe decantarse por la protección de determinados intereses o sujetos o, por el contrario, debe quedar al margen de *partidismos*, sin perjuicio de que la misma institución sea, por su propia esencia, instrumento de protección de dichos intereses y de dichos sujetos (además de los de otros sujetos). Nos parece que la garantía, frente a todos, de la Institución Registral está en su «ceguera». No mira a nadie pues, al tratar de los derechos y de los titulares de los mismos, actúa con plena objetividad, sea quien fuere el titular del derecho. Es un instrumento de seguridad; y lo es para todos: por supuesto para los consumidores, pero también para quien no lo sea. Por tanto, cabe insistir sobre lo apuntado anteriormente y que se resume en que el Registro de la Propiedad no tiene que atender especialmente al consumidor; éste ya existía para el Registro mucho antes de su conceptualización actual.

Este planteamiento está en íntima relación con la comentada extensión de la calificación registral al ámbito de la protección de los consumidores y usuarios; en definitiva, al ámbito del clausurado abusivo que con anterioridad hemos tratado.

La objeción que venimos planteando a la pretendida función protectora del consumidor a través del Registro la intuyen, sin referirse expresamente a ello, algunos autores, que en sus escritos no pueden desvincularse de la esencia del Registro, que le permite estar por encima de esta consideración, cuando se afirma que «*la idea y realidad del usuario y consumidor del Derecho Inmobiliario fue inventada mucho antes que las figuras de la Ley de 1984*» (97) o, resulta obvio, que «*el sistema registral inmobiliario no está pensado en y para el consumidor, sino que tiene por objeto la protección de los titulares registrales y terceros, confiando ambos precisamente en la seguridad jurídica que les ofrece la publicidad de los derechos en un Registro Público*» (98). Es evidente que estos comentarios no hacen más que reafirmar

(97) Es lo que dice LÓPEZ MEDEL, JESÚS en «El derecho a la información registral y el derecho constitucional de la información» (*RCDI*, año LXXVI, mayo-junio 2000, núm. 659, págs. 1775 a 1813) donde encontramos párrafos tan expresivos como «*el tercero registral era ya —y es— un “consumidor efectivo”, un “usuario” plenamente protegido, y no en bagatelas... En el Registrador de la Propiedad se ha dado el “mejor defensor del pueblo hipotecario...”*»

(98) Esta es la respuesta de ALBIEZ DOHRMANN, J. K. («El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, año LXIX, septiembre-octubre 1993, núm. 618, págs. 1429-1430) a la afirmación de GÓMEZ GÁLLIGO de que el

que los autores, aún tratando la relación Registro-Derecho de consumo, no pueden desembarazarse de, se encuentran condicionados por, lo que el Registro realmente es: de su objeto y finalidad.

El problema, como apuntamos en su momento, no está en que el nuevo Derecho de la contratación atribuya a los Registradores la nueva misión protectora de cierto concepto subjetivo (el de consumidor), sino si en el principio de legalidad, como formando parte de su función calificadora, se puede incluir el control del contenido de los contratos cuando dicho contenido forma parte de los derechos personales (de crédito) que están al margen del objeto del Registro.

Por otra parte, es necesario determinar si las atribuciones de nuevas competencias o funciones al margen de la tradicional función registral pueden empañar esta trayectoria en el sentido de que la labor objetiva, imparcial e inocua (99) de la intervención del Registrador se desvíe a la de protección de determinados sujetos y sus intereses. Es decir, si esta labor protectora debe corresponder al Registrador como profesional jurídico o, por el contrario, éste debe limitarse a la llevanza del Registro, al margen de cualquier *contaminación* externa.

El artículo 258 LH atribuye al Registrador una función de información y protección al consumidor, pero se trata de una función que no va más allá del indiscutible sometimiento a las decisiones judiciales sobre nulidad de cláusulas abusivas (100). Por lo demás, el resto del precepto se limita a recoger normas de protección del usuario del servicio registral al que se le permite exigir al Registrador la «justificación» de sus decisiones. En consecuencia, el

artículo 18 de la LH sirve de base para dar coherencia al establecimiento de un sistema de protección al consumidor inmobiliario (*Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registral*, Madrid, 1989, pág. 98).

El mismo autor pone de manifiesto (pág. 1432), referenciando al esbozo histórico del Derecho Hipotecario (de Díez-PICAZO), que éste respondía a las exigencias de los acreedores hipotecarios y después pasó a ser un instrumento de protección de adquirentes inmobiliarios: concluyendo, en esta evolución, que jamás se ha pensado que la protección registral adquiere una dimensión distinta cuando los sujetos interesados en el Registro de la Propiedad tienen la condición de consumidores. Aunque es cierto que después el autor trata de la función protectora del consumidor que corresponde al Registrador, al final parece reconocer que el principio del favor *consummatoris* no deja de ser más que un principio político. Y es que, para el Registro, ahora, al igual que en su punto de partida, todos, sin distinción son «consumidores inmobiliarios» y, eso sí, con el tratamiento del nuevo «usuario» de su servicio.

(99) En el sentido de no atender al sujeto y, por tanto, tomar partido de sus posibles intereses frente a otros sujetos o colectivos.

(100) Dicho artículo remite en su número 2 al párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se deduce que es el Juez el que decidirá sobre la nulidad de las cláusulas. En definitiva, la cláusula sólo se podrá tener como nula cuando exista una resolución judicial al efecto y no en otro caso. Sin perjuicio de que, en principio una labor mediadora, conciliadora o arbitral, cada una en la medida que la ley permita, apacigüe conflictos que surgen en torno a las cláusulas contractuales.

precepto no atribuye al Registrador una función protectora del consumidor. Hasta ahora, conserva su independencia e imparcialidad.

Lo mismo se puede decir del artículo 10.6 de la Ley 26/1984 GDCU (101), que no es más que reiterar la exigencia del artículo 258 LH, así como del artículo 23 de la Ley 7/1998, sobre CGC que exige a los Registradores advertir a los consumidores de la aplicación de la misma. En definitiva, no estamos ante especialidades para los consumidores y usuarios, sino ante la orientación en su condición a todos los que usan los servicios registrales, sin distinción (102).

En conclusión, y es opinión particular, cualquier intento del legislador de que el Registrador tomara partido en la defensa de algún colectivo afectaría a la esencia de la propia institución registral. Sería, en definitiva, el primer paso de desnaturalización de la función pública que le ha sido encomendada al Registrador con independencia de la propia Administración, sin partidismos en la estricta legalidad en el ámbito de los derechos reales, ni con ésta, ni con ningún colectivo particular.

7. EL DICTAMEN CONCILIADOR ENCOMENDADO A LOS REGISTRADORES POR LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

a) ANÁLISIS GENERAL

Hemos llegado al verdadero núcleo del presente trabajo. Para ello ha sido necesario analizar, siquiera someramente, las funciones del Registrador, la

(101) El Proyecto de Ley sobre CGC preveía la extensión de la calificación al carácter abusivo de las cláusulas que «afecten a la eficacia real de los derechos inscribibles», lo que hubiese supuesto la asunción de defensa del consumidor por parte del Registrador. Afortunadamente no se dio tal paso que se planteó, seguramente, de forma poco reflexiva. Entre otras cuestiones, la denegación de la inscripción de una cláusula por abusiva poca trascendencia iba a tener en la realidad frente al consumidor afectado.

(102) Si atendemos al contenido del artículo 6.1 del Código Civil («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»)... por el que basta la publicación (art. 2 CC) para que no se pueda excusar, es como la otra cara de la misma moneda; aquí se impone, a quienes cumplen funciones públicas, una especie de recordatorio al consumidor de que lo es (como si no lo advirtiera en su día a día), y que existe una normativa que lo protege, pero poco más; por lo demás, estas advertencias o recordatorios se les hace a todos los que son usuarios del servicio registral. Para el Registrador todos son usuarios de su función, más no puede distinguir entre los que son, o no, consumidores y usuarios de los bienes y derechos que aparecen en los libros tabulares. En este sentido ni siquiera era necesario que se especificaran estos deberes en la normativa de consumidores al bastar con la imposición de los deberes que corresponde a los Registradores en función de su estatuto profesional, según hemos apuntado con anterioridad.

influencia del Derecho de consumo y la polémica de éste en torno a la calificación, sus nuevas atribuciones con la creación del Registro de CGC, la conveniencia de que el Registrador entrara en este nuevo ámbito y en qué medida puede afectar a su Institución, las necesidades del control de las cláusulas generales y la justificación del control extrajudicial como formando parte de la seguridad jurídica preventiva, ...también hemos comentado cómo la actuación del Registrador en el nuevo Registro está realmente limitada, sin cumplir función de control de la legalidad en el depósito de las condiciones generales.

Muchos problemas se van a producir en este incipiente Registro, algunos ya se han puesto de manifiesto por la doctrina, pero no es pretensión de este autor entrar en polémicas sobre los errores legislativos, ni siquiera el análisis de los textos sobre la materia. Es por ello por lo que vamos a centrarnos en lo que considero parece tratarse de una cuestión marginal, aunque seguro que no inadvertida para la doctrina, que aparece como un añadido que está al margen del funcionamiento del nuevo Registro y que, sin duda, va a ser difícil de asimilar.

En este resurgir del *Derecho de consumo* se ha puesto de manifiesto la importancia del control previo: la seguridad jurídica preventiva debe jugar un papel fundamental en la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, la no inclusión en el contrato de lo desconocido al tiempo de contratar (una de las principales medidas de seguridad preventiva) resulta insuficiente. Es por ello que el control del contenido de los contratos adquiere máxima relevancia. Es evidente que el coste de soluciones posteriores y la incertidumbre sobre el resultado de la contienda hace retraer al consumidor en su legítimo derecho de defensa. Advirtiendo el Estado estos planteamientos, se buscan nuevos mecanismos de solución ante la problemática de los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas. Es por ello por lo que se establecen nuevas funciones para los Registradores y se crean las herramientas necesarias para llevar a buen puerto la anhelada seguridad jurídica, evitando que el poder judicial no intervenga más de lo necesario cuando las partes admiten la *depuración* por un profesional del Derecho (103). Pues bien, esto que acabo de decir sería el planteamiento de la cuestión para justificar la actuación del Registrador, en su nueva función —que no en la «auténtica»—, en el control de las cláusulas abusivas.

(103) VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*ob. cit.*, pág. 142) nos dice que la norma (la referente al dictamen) se inserta en la corriente de la legislación y de la práctica contractual que procura la resolución extrajudicial de las disputas con el fin de descargar de trabajo a los Tribunales y que éstos puedan satisfacer mejor el derecho a la defensa jurídica en otros campos en que no es posible el arreglo extrajudicial. Considera la norma razonable aunque, como otros autores, critica el «monopolio profesional».

El problema está, y no voy a insistir en ello, en si el Registrador es el profesional idóneo para la protección del consumidor en su actual doble faceta: como Registrador de la Propiedad, o como Registrador del nuevo Registro sobre una materia que supone novedad en su profesión. No se trata de discutir si el Registrador tiene una preparación adecuada para asumir estas nuevas funciones ya que, sin duda, la tiene. La gravedad de lo planteado la encontramos en la pérdida de cierta «autenticidad» en su labor tradicional. Así, en ésta última (Registro de la Propiedad) es evidente que se producen fricciones entre la protección del titular registral, y el nuevo titular (el que pretende acceder al Registro) con el concepto de consumidor (lo será, en su caso, el nuevo titular). Así, aunque la situación sea en cierto modo imaginaria, el titular registral empezará a desconfiar del Registrador protector del nuevo titular y buscará fórmulas y soluciones para trasladar al consumidor los costes del control-protector registral; el nuevo titular, que en principio le interesa acceder sin problemas al Registro (evitando una doble venta, o embargo, o...), aunque luego pleitee con su acreedor-transmitente, verá nuevos obstáculos en el Registro, por lo que no le interesa la protección que se le brinda como consumidor (referido a las obligaciones), y sí como tercero (referido al derecho adquirido). En fin, habría que analizar muchos casos en los que se produciría cierta disfunción del Registro por la entrada del consumidor... Todas estas cuestiones nos llevan a poner en duda si el Registrador es el profesional idóneo no sólo para entrar en planteamientos de protección del consumidor en el Registro de la Propiedad, sino para la llevanza del nuevo Registro de CGC. Si cala esta misión protectora en el cuerpo poniendo obstáculos ante las muchas sospechas de abusos contractuales, sin más elementos a valorar que el propio documento, el Registro pasaría de ser un instrumento de protección con efectos sustantivos y dinamizador del tráfico a otro de control administrativo, fiscalización de la actividad privada y, sin duda, entorpecedor del tráfico.

Con la nueva normativa, y en especial, la que regula el Registro de CGC, da la impresión que, en un principio, se pensó, o se propuso, aprovechar la oportunidad de crear un sugerente sistema de Registro jurídico con efectos contundentes en todo lo referente a la contratación masiva; Registro del que podía salir beneficiado tanto el predisponente (eficacia u oponibilidad *erga omnes* de las cláusulas inscritas, así como legitimación en el tráfico de las mismas), como el consumidor (publicidad de las sentencias y eficacia *ultra partes* de las mismas), lo que excedía de la pretensión de la Directiva comunitaria y de su finalidad. Lo que ocurrió es que, después de los informes y dictámenes pertinentes y los debates parlamentarios, se limitó mucho dicha propuesta, quedó en un mero intento fallido que fue elaborado con «cortes» precipitados que técnicamente han desembocado en una Ley que la doctrina ha recibido con decepción y como texto anárquico de dudosa certidumbre. En fin, la Ley resultante es la que conocemos. El Reglamento del Registro

de CGC, en cierto modo, ha querido volver en determinados aspectos a la inicial propuesta, y obviando la existencia del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) ha «reelaborado» algún contenido legal.

Esto que decimos se manifiesta de manera nítida en el dictamen de conciliación que la LCGC encomienda a los Registradores de la Propiedad. Veamos, antes de entrar en cualquier otro análisis, lo que expresan la Ley y el Reglamento:

Artículo 13 de la Ley: Sometimiento a dictamen de conciliación

Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante.

Artículo 22 del Reglamento (104): Dictamen de conciliación

1. Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador provincial de condiciones generales de la contratación competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la Ley.

2. El dictamen no será vinculante, salvo que las dos partes expresamente lo hicieren constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la disposición adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3. El dictamen podrá consistir en proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas, o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas. El Registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes.

4. También podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales. En estos casos,

(104) Advertimos la derogación de gran parte de su contenido por STS de 12 de febrero de 2002 (BOE 11-4-2002) —lo mantenemos para entendimiento de los planteamientos; en nota a pie de página posterior (133) se expresa el alcance de la derogación—; se observará que con dicha derogación se confirman algunos criterios mantenidos en el presente estudio de investigación.

podrá someterse al Registrador central o a cualquiera de los provinciales, y no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento.

b) ¿DICTAMEN DE «CONCILIACIÓN»?

Dejando al margen el anterior planteamiento y entrando en el estudio del dictamen de conciliación (105) que, a voluntad de ambas partes o unilateralmente (106), deberá realizar el Registrador (107), es menester analizar si lo que se encomienda a éste es un dictamen, o una conciliación, o una calificación, o nada de lo anterior, pues ya de partida lo que no puede ser es lo que dice la ley: un dictamen de *conciliación*.

En efecto, la actividad conciliadora consiste en aunar intereses contrapuestos y, en este sentido, no es más que el resultado de una labor «mediadora» (108); es por ello que este resultado no puede ser otro más que el de

(105) Algunas de las consideraciones que se mencionan al tratar con anterioridad la calificación registral son trasladables a esta nueva función de dictaminar que se encomienda a los Registradores.

(106) Añadido por el Reglamento de CGC, en su artículo 22, al margen del dictado de la Ley (y anulado por la STS de 12 de febrero de 2002).

(107) ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, págs. 489 y 490) dice que el principal efecto del artículo 13 de la Ley es impedir que el Registrador se niegue a evacuar el dictamen; este autor dice que aunque no existiera tal artículo resultaría obvio que las partes, de común acuerdo o una sola, pueden pedir un dictamen a quien quieran, y que el dictaminador podrá, si lo estima oportuno, proponer una redacción alternativa, y que lo que diga el que dictamina, desde luego, no vincula para nada al futuro juzgador de la cuestión.

(108) Aparece entrecomillado porque, realmente, en la labor mediadora hay una actividad del mediador por lograr el concurso de consentimientos; el mediador es el que, a instancia de una, presenta a las partes e intenta que converjan en sus diferencias. Sin embargo en la conciliación la actitud del conciliador es más pasiva en el sentido de que «invita» a las partes a que se avengan, pero sin ir más allá de esa invitación. Este es un argumento más a la absoluta contradicción entre conciliación (actitud pasiva) y dictamen en cuanto que opinar implica tomar partido y lleva consigo una actividad. Por supuesto, estamos comentando el significado jurídico de los términos pues, si atendemos al Diccionario de la Real Academia, casi se puede concluir que «mediar» y «conciliar» son sinónimos, y digo «casi» porque la actividad que lleva consigo la mediación se refleja en la expresión «interponerse» que el Diccionario emplea para la misma y no en la conciliación.

Por otra parte, la mediación trata de unir los intereses contrapuestos para arrancar el consentimiento de las partes creando una nueva relación jurídica y puede (mediación familiar para separación o divorcio), o no (mediación inmobiliaria), llevar consigo la extinción de otra anterior entre las partes en contraposición. Mientras que en la conciliación la nueva relación que se crea implica (avenencia) o no (sin avenencia) la novación o modificación de otra previa, ya que existe una relación de conflicto que desemboca, en su caso, en otra que es una evolución o cambio de la anterior. Así, mientras que la mediación resuelve el conflicto de crear una relación jurídica, la conciliación, al igual que el arbitraje, trata de resolver el conflicto existente en una relación jurídica ya creada (GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria*, Aranzadi, 1998, pág. 92).

la avenencia o no avenencia entre las partes sometidas al acto conciliatorio que se traducen, en el primer caso, en un acuerdo, pacto, convención, contrato entre las partes (109), en principio, «mal avenidas», frente al desacuerdo en el segundo. Por esta razón, se puede decir que un conciliador nada dictamina, no da su opinión sobre quién tiene razón, ni siquiera entra en ello [para eso está el juzgador o, en su caso, por voluntad de las partes, el árbitro (110), y aún el mediador en su actividad incisiva de lograr el acuerdo —hasta sus honorarios dependen de ello—, pero claro, sin la fuerza ejecutiva de las «decisiones» de aquellos]; trata, sencillamente, de invitar a los contendientes a conciliar, aunar sus diferencias, atendiendo fundamentalmente a la equidad para equiparar los intereses opuestos, pero son las partes las que se ponen de acuerdo ante el conciliador que, a lo sumo, puede auxiliar o aconsejar a las partes, si se dejan, en esa equiparación. En consecuencia, queda claro que la conciliación no consiste en dictaminar; además, en materia de cláusulas abusivas, es evidente que no se puede conciliar (unir intereses contrapuestos) pues la cláusula tendrá, o no, ese carácter y por lo tanto será, o no, nula. Ante actos contrarios a las normas imperativas no caben posturas conciliadoras; la equidad, en nuestro Derecho, tiene un tratamiento marginal (111).

El *dictamen*, al contrario que la conciliación, consiste en emitir una opinión, fundada por supuesto sobre la base de un planteamiento, de unos hechos. En este caso sería opinar sobre la conformidad con la ley de una cláusula, fundamentalmente el carácter abusivo de la misma y/o sobre la forma de redactarla para que, en caso de que lo fuera, dejara de serlo; por lo que, con esa opinión, se puede estar dando la razón a uno u otro de los interesados. Evidentemente una opinión, en principio, no vincula a nadie más que a quien

(109) En muchas sentencias del Supremo se equipara a una transacción a la que se llega en un proceso —que no mero procedimiento— en la que interviene, atribuyéndole especial fuerza ejecutiva, la autoridad judicial: conciliación que en el ámbito laboral concede más amplias facultades al Juez que en el civil, *permitiéndole valorar y juzgar lo convenido y rechazarlo si entiende que «existe lesión grave para alguna de las partes»* (STS —Sala 3.ª— 5 de octubre de 1984). En los dos ámbitos, por tanto, la actitud del Juez en la conciliación, propiamente dicha, parece pasiva, sólo invita, sin perjuicio de la posterior valoración de lo transigido.

(110) Dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de noviembre de 1995, que «Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basados en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros».

(111) El Tribunal Supremo, además de atender al literal del artículo 3.2 del Código Civil, añade que «La equidad nunca debe operar en contra de la ley, sino en función integradora de la misma en casos de duda de normativa legal (STS de 18 de octubre de 1982; cf. sentencia de 3 de octubre de 1974)».

La equidad, en sentido estricto, no es fuente del derecho, antes bien como está configurada en el Código Civil, es simplemente una regla de interpretación y en su caso de aplicación de las leyes y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de un vacío legal (STS de 10 de marzo de 1983).»

quiera someterse al dictado de la misma, y esto es lo que, parece, pretende la Ley, aunque habrá que ver en que medida es ello posible.

c) CONCLUSIONES SOBRE LA PROPUESTA LEGAL

Por tanto, primera conclusión, estamos ante un dictamen, y no ante una conciliación (112). Aunque, en cierto modo, si el dictamen en sí nada tiene que ver con la conciliación, la propuesta alternativa, para el caso de que se opine que la cláusula cuestionada es abusiva, se puede hacer con un espíritu legalista (sin atender a la equidad o equilibrio de intereses) o conciliador (113) (equitativo dijimos antes: equilibrando la situación para procurar su aceptación), sin olvidar que las cláusulas abusivas no permiten ese espíritu conciliador de intereses, pues, además de lo comentado con anterioridad, pasan de un extremo (v.gr.: exclusión de la responsabilidad del profesional) a otro (responsabilidad del mismo), y el equilibrio o conciliación sólo sería posible jugando con todo el clausurado del contrato, cuestión que está fuera de lo pretendido por el legislador» (114). Más problemas se plantean cuando al dictaminar sobre la nulidad de una cláusula es necesario proceder a procesos integradores del contrato e incluso, en algunos casos, a evaluar la incidencia de la cláusula en concreto sobre la totalidad de lo contratado. Y es que el dictamen se extendería, sin remisión, a la determinación de la nulidad total o sólo parcial del contrato examinado.

Cuestión aparte es si las decisiones sobre nulidad pueden someterse a dictámenes vinculantes, arbitrajes o transacciones de cualquier tipo, si entendemos que nos adentramos en cuestiones de orden público o de derecho

(112) En la práctica, tanto en las conciliaciones ante el Juez como ante el funcionario del CEMAC (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación) en el ámbito laboral, los contendientes se limitan a la reclamación por una parte, y a la oposición o allanamiento por la otra, levantándose acta sobre la avenencia (allanamiento) o no avenencia (oposición) en el acto, sin que el Juez o funcionario tome partido en la controversia.

(113) Conciliador en el sentido de que se llegue a un acuerdo: aunque, en realidad, esta actuación, en cuanto no es meramente pasiva, entra en el ámbito de la mediación y, al igual que en ésta, si las partes aceptan la propuesta del mediador quedan obligadas y, si no la aceptan, no habrá obligación. No nos confundamos (todavía no hemos llegado a una conclusión): aunque el dictamen tiene esta nota de la mediación (actuación para que se llegue a un acuerdo, para que se acepte), se diferencia en que en ésta la decisión de aceptación es posterior a la propuesta del mediador, mientras que, en el dictamen, la vinculación sería anterior a esa propuesta.

(114) Es evidente que la cuestión que se somete a dictamen es la utilización de determinadas condiciones generales como contrarias a ley, sobre las que, sin entrar en la determinación de su validez, será posible proponer una redacción alternativa de alguna determinada cláusula y no el buscar el equilibrio contractual, pues se trata de un paso previo al ejercicio de las acciones colectivas con las que se pretende la inutilización de esas cláusulas.

cogente (115). Finalmente, el dictamen, cuando no es vinculante, sólo sirve para que las partes se orienten (o desorienten) en la cuestión, a salvo que por la categoría profesional y peso moral del emisor las partes acaten, como si se tratara de obligación natural, las consecuencias del dictamen, pues en otro caso, aún aceptado por ambas partes, dentro del plazo de prescripción, siguen teniendo abierta la jurisdicción civil. Y si es vinculante, y puede serlo no por voluntad de las partes (116), sino por el dictado del Reglamento, se está *enmascarando* un arbitraje no permitido por la Ley específica, con el agravante añadido de prescindir de un procedimiento adecuado en el que es imprescindible la audiencia, contradicción e igualdad de partes. Por lo demás, insistimos, una sentencia posterior sobre la cláusula cuestionada acabaría con todos los dictámenes de los Registradores, pues la pretendida vinculación no sería más que para los que se sometieron a tal decisión, pudiéndose plantear dudas sobre si una cuestión de tanto calibre (nulidad radical) puede perjudicar a alguien por razón del dictamen, cuando la última instancia judicial ha fallado en contra de los criterios del Registrador (el perjuicio estaría en que aunque la sentencia tuviera fuerza expansiva para el futuro, no lo tendría con carácter retroactivo). En estos casos ante que nos encontramos: ¿Responsabilidad personal del Registrador? ¿Responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de las Administraciones públicas?

d) ANTECEDENTES DE LA LEY SOBRE CGC PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN

Sería conveniente partir de los textos precedentes a la actual Ley para llegar a una mejor «incomprensión» de la cuestión debatida.

El Anteproyecto de Ley sobre CGC (117) no contiene ningún precepto que atribuya facultades decisorias en orden a las condiciones generales a ningún organismo público ni privado. Es más, la exposición de motivos del

(115) En este sentido, GARCÍA PÉREZ, CARMEN (*El arbitraje testamentario. Estudio del artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 1988*, Valencia, 1999) considera que se deben excluir del arbitraje todas las cuestiones sometidas a derecho *cogente*. Para ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN (*ob. cit.*, pág. 496), éste es uno de los argumentos por los que hay que poner en duda la posible vinculación al dictamen. Otros argumentos son: que la Ley de Arbitraje prohibió a los Registradores (entre otros) el arbitraje de derecho; el dictamen equivaldría a un arbitraje «especial» sin procedimiento alguno; y supondría desconocer la propia razón de ser de las acciones colectivas.

(116) Así lo permite el Reglamento del Registro (hasta la anulación por STS de 12 de febrero de 2002) en contra del criterio de la ley. Habrá que estar, además, a la Ley de Arbitraje, ya que mediante un arbitraje de equidad (único que podría realizar el Registrador) es imposible dictaminar, mediante laudo, el carácter abusivo de una cláusula, cuestión que, sin duda, es de Derecho.

(117) Borrador de la Comisión General de Codificación (1983-1988).

Anteproyecto refleja la idea de que en el control de las condiciones, además del seguido tradicionalmente de establecerlo a la perfección del contrato (118), corresponde, siguiendo las modernas corrientes del Derecho de la contratación, al poder judicial, facilitando dicho control con una cláusula general y una enumeración casuística de cláusulas ineficaces, siguiendo el modelo utilizado por otros ordenamientos (119).

Por el contrario, en el Proyecto de Ley se *impone*, con carácter previo a la interposición de acciones colectivas, someter la cuestión controvertida a dictamen de conciliación del Registrador que, sin embargo, no será vinculante (120). La obligatoriedad exigida hay que interpretarla como paso previo y necesario para, en su caso, la posterior presentación de la demanda.

La exposición de motivos del Proyecto, a pesar de la novedad de la preceptiva conciliación, no la menciona y parece justificarla cuando después de decir (121) que la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales «*tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales*» habla del «*deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas*». La forma de justificarla (no habría nada que ocultar) parece más bien un primer intento de atribuir «funciones jurisdiccionales» a quien se considera con preparación para ello. Ahora bien, el problema no es tanto de fondo como de forma. A la crítica sustantiva hay que añadir su derivación en la ley adjetiva en el procedimiento. Nos preguntamos, al igual que en el estudio de la calificación, si un dictamen del que no hay más procedimiento que el examen de lo cuestionado puede tener las consecuencias de vincular a las partes, aún

(118) Exigiendo una información clara, veraz y suficiente al contratar (art. 4), excluyendo las condiciones insólitas (art. 5), estableciendo la preferencia de las cláusulas individuales sobre las generales (art. 6), o siguiendo los criterios del artículo 1.288 del Código Civil sobre cláusulas oscuras (art. 7).

(119) En concreto, el sistema continental (modelo alemán) en el que aparece una regla general definitoria junto a una enumeración no limitativa de supuestos, frente al anglosajón, que viene a señalar una lista cerrada (*numerus clausus*) de cláusulas abusivas (SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Aranzadi, 1996).

(120) El artículo 12 del Proyecto de Ley titulado «sometimiento a dictamen de conciliación», dice: «*Previamente a la interposición de las acciones colectivas de declaración de condiciones generales o de cesación o de retractación, deberán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales, que emitirá un informe sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante*».

(121) Con referencia al Capítulo IV, no otra cosa se puede interpretar cuando el resto de profesionales aparecen en la referencia al lugar en el que los menciona (Capítulo VI), a pesar de que paladinamente se aluda a la Ley en términos genéricos, en el que se integra el artículo 12, único que, dentro del Capítulo IV, menciona a los Registradores de las Condiciones Generales (a ellos, y no a otros, se refiere cuando habla de los profesionales ejercientes de funciones públicas).

siendo esta su voluntad inicial (122), en materia tan importante como la de declaración de nulidad de cláusulas y su integración o modificación (123). La pregunta tiene su importancia y no supone un reproche al Registrador como profesional, sino que se centra en problemas de indefensión. La defensa, la tutela efectiva (124), es necesaria en la privación de los derechos aparentemente constituidos, y digo aparentes por ser reprochados por el Ordenamiento. Es posible renunciar a la defensa (125), pero al igual que la rebeldía no supone estimación de la demanda, la renuncia no ha de suponer vinculación a la decisión sin, al menos, la posibilidad de una participación activa a través de un procedimiento adecuado (126).

Por tanto, hoy, los términos del Reglamento que se refieren a la posible vinculación del dictamen no pueden ser admitidos, no sólo por todo lo comentado, sino también por ir más allá de lo que ha sido desarrollado por la propia LCGC que habla, en todo caso, de no vinculación (127).

Cuestión distinta es que sea conveniente atribuir a los Registradores funciones arbitrales en esta materia, reglamentando un procedimiento adecuado respetuoso con los principios fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad y que, al igual que en el arbitraje privado, exista un control judicial que opere excepcionalmente a través del recurso de nulidad. Para ello es necesario remover obstáculos pues, hoy por hoy, los funcionarios retribuidos por arancel no pueden arbitrar más que en equidad y claro, apreciar la contravención legal, el carácter abusivo de las cláusulas es cuestión de Derecho.

(122) Evidentemente no será su voluntad tras el dictado del dictamen si éste no le favorece.

(123) No olvidemos que la sanción del Ordenamiento es la de nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva y, como tal nulidad, es indisponible. Es una nulidad querida por el legislador en base al contenido de la cláusula en cuestión. Es un reproche del ordenamiento jurídico que se produce al quedar involucrado el orden público. Hay una protección colectiva que se proyecta en el concepto del consumidor que contrata con el profesional.

(124) Ojo, no menciono «judicial».

(125) Sometiéndose, simplemente, a un dictamen sin procedimiento que permita alegar, probar, contra-alegar, argumentar o concluir antes de que se tome la oportuna decisión.

(126) PASQUAU LIAÑO, MIGUEL (*ob. cit.*, Aranzadi, 2000, págs. 780 y 781) se percató de este problema concluyendo que lo decisivo no es el sujeto (Juez o Registrador) que tome la decisión, sino que ésta se adopte después de un procedimiento contradictorio, *se requiere un juicio que asegure procesalmente a la parte interesada defender la validez, de tal modo que no se produzca indefensión. No basta que lo diga un juez: más bien debe decirlo una sentencia o un laudo de los que no pueda reprocharse ninguna vulneración de los principios procesales.*

(127) La STS de 12 de febrero de 2002 ha sido categórica en este extremo sin que se pueda alegar el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) para justificar un precepto reglamentario que está en contra del dictado de la Ley. A ello añade que «sólo los jueces y tribunales ostentan la potestad de determinar el alcance e interpretación de cláusulas controvertidas».

En efecto, la práctica demuestra, hoy más que nunca, que la tutela judicial es insuficiente para restablecer el orden público o privado perturbado, la vulneración de los derechos subjetivos, y necesita de un complemento que coadyuve a una mayor confianza de la ciudadanía (128). El arbitraje, con su adecuado procedimiento, es la institución que puede acabar con las reticencias de reserva a la tutela judicial, pues la confianza de las partes en la institución registral será la que determine la posibilidad de que recaiga sobre ésta las decisiones a tomar sobre las cláusulas abusivas. En este sentido, podemos traer a colación la sentencia del TC de 23 de noviembre de 1995 (129) que, como

(128) Vid. nota de pie de VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, al comienzo del presente capítulo.

(129) STC de 23 de noviembre de 1995 (García-Mon y González-Regueras) en la que se puede leer: «El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial”. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, “imponiendo para su ejercicio —como declaramos en la STC 185/1987— obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito”. Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”.

Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9.º, y 62/1991, fundamento jurídico 5.º). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es y así lo hemos reconocido en las sentencias citadas por el Abogado del Estado y en otras muchas (SSTC 43/1988, 233/1988 y 288/1993)».

muchas otras (130), determina la constitucionalidad del arbitraje privado sin que ello suponga la vulneración de los artículos 117.3 y 24 CE (131).

e) NORMATIVA FINALMENTE PROMULGADA PARA UNA CONCLUSIÓN DEFINITIVA

Llegamos, así, a la Ley de CGC, que recoge en su artículo 13 lo que se denomina como «sometimiento a dictamen de conciliación», que lo establece con carácter potestativo y sin que sea vinculante (132).

Finalmente, el Reglamento del Registro de CGC, en el artículo 22 (133), no se sabe si *contraviene* la Ley o, simplemente, la desarrolla (134). Pero de lo que no hay duda es de que aparecen cuestiones que la Ley no refleja: en el apartado 2 cuando se refiere a la vinculación del dictamen por voluntad de las partes o por tratarse de cláusulas abusivas conforme a la Disposición

(130) Además de las que refleja la nota anterior: SSTC 23/1986, 15/1989, 62/1991 ó 174/1995.

(131) En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de abril de 2000 (señor CARRASCO LÓPEZ).

(132) Artículo 13 LCGC: «*Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas. El dictamen del Registrador no será vinculante.*».

(133) Dice: «1. Previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador provincial de condiciones generales de la contratación competente para que, en el plazo de quince días hábiles siguientes a la solicitud, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas controvertidas a la ley. 2. El dictamen no será vinculante (salvo que las dos partes expresamente lo hicieren constar así en la solicitud o cuando del examen realizado se aprecie que alguna cláusula está incluida en las previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). 3. El dictamen podrá consistir en proponer a éstas una redacción alternativa de todas o algunas de las cláusulas cuestionadas (o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas). El Registrador también podrá proponer como suya la redacción alternativa sugerida por alguna de las partes. (4. También podrá someterse a dictamen al Registrador por parte del predisponente o del adherente, sin los efectos del dictamen de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales. En estos casos, podrá someterse al Registrador central o a cualquiera de los provinciales, y no se limitará a calificar los extremos a que se refiere el artículo 14, sino la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y a este Reglamento).».

NOTA: Lo puesto entre paréntesis y subrayado ha sido anulado por STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª, Ilmo. Señor PECES MORATE) de 12 de febrero de 2002 (BOE de 11 de abril de 2002), por no ser coincidente con el contenido del artículo 13 de la Ley. Esta sentencia ha sido posterior en el tiempo al cierre del presente trabajo y, visto su contenido, se confirma el criterio de extralimitación del Reglamento sostenido por la mayoría de la doctrina.

(134) Entiéndase como eufemismo de lo anterior.

Adicional primera de la LGDCU; en el 3 cuando permite dictaminar el alcance e interpretación de alguna de las cláusulas cuestionadas; y en el 4 cuando prevé una calificación sobre la validez y adecuación a la ley de las condiciones generales con el que, parece, se pretende cumplir la función legitimadora o de «declaración de buenos profesionales (predisponentes)» en el tráfico jurídico a que hemos hecho referencia con anterioridad (135), y no se puede legitimar con lo que no tiene trascendencia jurídica. No menos chocante es la exposición de motivos del Reglamento del Registro cuando en el tercer párrafo atribuye a los jueces y tribunales la exclusividad de la declaración como abusivas de las cláusulas.

La legalidad del precepto reglamentario se ha puesto en duda por diversos motivos: por contravenir la Ley de arbitraje, ya que la vinculación del dictamen parece encubrir un arbitraje para el que existe legislación específica; por ser contraria a la propia Ley que desarrolla, en la que se dice que el dictamen no será vinculante además de que no se hace referencia a las funciones de interpretación o alcance de las cláusulas cuestionadas, ampliándose a través del Reglamento las competencias del Registrador; por establecer una identidad de efectos en ambos dictámenes; y por diluir los criterios de competencia de los Registradores (136). A todo ello cabe añadir las dificultades que plantea la decisión de estimar que se aprecia que la cláusula en cuestión es la de la lista de la Disposición Adicional de la LCGC. ¿Lo valora y decide el Registrador? Y, si vincula... ¿La decisión es recurrible ante la Jurisdicción? Si no lo es, entonces sí que hay invasión de la jurisdicción, además de encontrarnos ante una nueva modalidad de arbitraje (fraudulenta por encubierta y no respetar la autonomía de la voluntad para el sometimiento); y si lo es, el efecto del dictamen vinculante es el mismo que el no vinculante para el ejercicio de acciones colectivas, pero con la diferencia de no ser voluntario, sino preceptivo por voluntad de una sola de las partes o del propio «árbitro».

En el presente trabajo hemos puesto en duda la conveniencia de que sea un Registrador de la Propiedad, aun en funciones de Registrador de Condiciones, el que tenga que adoptar posiciones de defensa que *desnaturalizan* su actividad propia. Ahora bien, superada, o mejor, haciendo caso omiso a esta opinión, conviene analizar la necesidad del dictamen y de la calificación en los términos en que aparecen en el Reglamento. Dicho sea de paso que, aun cuando hemos puesto en duda la legalidad del precepto, este obstáculo se

(135) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER (*ob. cit.*) sostiene que en este caso la opinión (calificación) del Registrador es la propia de un dictamen jurídico, sin mayor alcance. Sin embargo CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*) ven «oscuras» intenciones en el precepto reglamentario.

(136) Todos estos motivos son desarrollados en el estudio de CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (ya cit. en págs. 49 y sigs.).

puede salvar cambiando la ley. Por tanto, sólo se trata de estudiar la bondad de las pretensiones reglamentarias. Uno de los principales temores de la nueva Ley y Reglamento ha sido la posible ruptura de lo jurisdiccional. Pues bien, la jurisdicción tiene su lugar y, en efecto, debe ser respetada, pero también coadyuvada.

Éstas pueden ser las conclusiones:

- a) Cuando el dictamen *no vinculante* es aceptado por las partes (avenencia sin que se interponga posterior recurso por la legitimada en acción colectiva), no puede ir más allá de crear obligaciones naturales para quien se someta a dicho criterio; en ningún caso podrá afectar a los particulares que no acepten la avenencia de la legitimada activa que, aunque lo sea para los intereses difusos o colectivos, no tiene la libre disposición, conforme a Derecho, de cada uno de los intereses particulares de los sujetos a quienes afecta, por lo que no puede decidir por ellos.
- b) Si el dictamen *no vinculante* no es aceptado, está la vía de la jurisdicción civil para la resolución firme del conflicto. En este caso no hay problema si el resultado es desfavorable. La legitimada tiene la libre disposición de decidir sobre la defensa de los intereses colectivos encomendados, y la resolución judicial resultado de la acción colectiva vincula a todos los particulares que se puedan ver afectados por la cláusula declarada conforme con el Derecho. A diferencia del anterior caso, en el presente no ha decidido la legitimada, sino que la decisión ha venido impuesta por quien el Estado da poder para decidir y ejecutar.
- c) Y si el dictamen es *vinculante*, en realidad se trata de un arbitraje encubierto que el Reglamento del Registro no puede legitimar por atentar al principio de jerarquía normativa, en concreto, según hemos adelantado, a la Ley de Arbitraje.

f) *Nuevas propuestas acordes con el Estatuto del Registrador*

Partiendo de estas conclusiones, la crítica al modelo actual no puede hacerse sin aportar nuevas propuestas. Y la que voy a realizar parte de la base de conformar al Registrador del nuevo Registro conforme al tradicional estatuto profesional, como ejerciente de una actividad imparcial e independiente que no atiende a intereses particulares de determinados colectivos, sino a la legalidad vigente. No se trata de una concepción de encomendar una función de defensa de consumidor, sino que se trata de un profesional independiente que atiende a criterios estrictamente jurídicos y que en aplicación de los mismos pueden ser amparados los consumidores «por voluntad del legis-

lador». Y para atender a esa *mens legis* no sólo hay que aplicarla, sino que hay que hacerla coactiva, y la única manera de hacerlo, en el ámbito civil, fuera del orden jurisdiccional es por medio del arbitraje.

En esta propuesta, y a partir de ahora nos movemos en un mundo de hipótesis destinado al legislador, lo primero que hay que estudiar es si el control del contenido contractual, la nulidad de sus cláusulas, su conformidad a Derecho, son materias susceptibles de arbitraje. Pues bien, si la respuesta podía ser indudablemente negativa remontándonos a no más de dos décadas, hoy no podemos opinar lo mismo. Se ha dicho que el Derecho cogente sólo puede quedar sometido a la decisión de los Tribunales. Pero no podemos olvidar que, con la doctrina del TC (137), a la que podemos sumar los recientes criterios del Tribunal Supremo en materia de arbitraje (138), esa categórica afirmación no se puede sostener. En efecto, que el arbitraje sea un equivalente de la jurisdicción, que esté sometido al control judicial a través del recurso de nulidad (aunque no en cuanto al fondo de lo arbitrado con alguna excepción como la de la incongruencia del laudo), que para su ejecución deba intervenir o se requiera el auxilio judicial, que el carácter imperativo de las normas que regulan determinada materia es compatible con el carácter negocial de la misma y, sobre todo, que el sometimiento a arbitraje dependa de la voluntad de los interesados, de ambos, nos induce a pensar que hoy no deben existir obstáculos para que en este ámbito se pueda arbitrar.

Por otra parte, el legislador no tuvo problemas para plantear y aprobar el dictamen conciliatorio no vinculante; así, celebrado éste, la avenencia o con-

(137) La última, la STC de 23 de noviembre de 1995, de la que extractamos parte de su contenido poco antes a pie de página.

(138) La STS de 18 de abril de 1998 dice: «La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida inicialmente por la jurisprudencia (cfr. STS 1.^a, sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907), que posteriormente, sin embargo, cambió de criterio y negó aquella posibilidad (cfr. STS 1.^a, sentencias de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971). Actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, cabe estimar, en principio, que no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales, sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Para la adopción de tal doctrina se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 LOPJ, que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 TRLSA (LA LEY-LEG. 3308/89), que alude a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».

formidad de las partes a esa «conciliación» no es más que una opción legal de puesta a su libre disposición del objeto del «acto de conciliación».

La segunda cuestión que nos planteamos es si el arbitraje debe ser exclusivo del Registrador y de esta manera que se ampliara su estatuto profesional. Nuestra opinión es que para el ejercicio de acciones colectivas, por el interés que se protege, el árbitro debe ser un profesional especializado e independiente al servicio del mantenimiento de la legalidad. Por el contrario, la elección de árbitro debe ser libre cuando se trate de ejercitar acciones individuales (139). En ambos casos nos referimos a aquellos supuestos en que el contrato cuestionado no haya accedido al Registro de Condiciones Generales: en el primero, porque el ejercicio de la acción colectiva no está supeditado a la inscripción-depósito registral (para la que, a continuación, propondremos su régimen); y en el segundo se entiende que el contrato individual no accede al Registro sin perjuicio de que sí lo esté el formulario correspondiente a sus condiciones generales (en este caso el régimen sería, también, el que propondré a continuación). Claro está que en ambos tipos de acciones, colectiva o individual, se podría optar por su ejercicio ante los Tribunales.

Si, por el contrario, el contrato accedió al Registro, la intervención del Registrador en este caso debería consistir en una auténtica calificación de conformidad de las cláusulas con la ley. Si considera que hay conformidad, ingresaría el documento en el Registro y no comenzaría el cómputo para la prescripción en el ejercicio de la acción colectiva, sino que el contrato sería oponible *erga omnes* en tanto no existiera resolución judicial en acción individual (con efectos sólo respecto al accionante) o colectiva (con efectos de anular la inscripción de la cláusula en cuestión y, por tanto, perder su eficacia). Si la calificación fuera desfavorable para el profesional-predisponente,

(139) Los «críticos» CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*) reconocen que no es lo mismo dictaminar en el supuesto de acciones colectivas en el que sólo hay un control abstracto y preventivo (*de una legalidad exigida en base a intereses difusos, que puede ser mantenida por un profesional que, por especialización, el Estado considera con cualificación para su restablecimiento en caso de contravención* —toda la cursiva la añade el que suscribe—) y que no parte de un contrato vinculante, que en el caso de una acción individual en que hay contaminación por circunstancias concretas y específicas del negocio en que se insertan las cláusulas (*y en la que el interés que se defiende es meramente privado, lo que no justifica la intervención forzosa de «funcionarios jurídicos» del Estado* —la cursiva es propia—).

La conclusión a la que llevo, y será desarrollada en adelante, es que el sistema al que se ha llegado es «inservible»; que para superar las servidumbres del sistema el Reglamento de Registro se ha excedido de los límites legales; que en todo el desarrollo de la ley ha aparecido un «Temor reverencial» hacia el cuerpo de Registradores de la Propiedad; y que la labor de éstos en las acciones colectivas, quizá coadyuvados por el Cuerpo Notarial, si se permitiera la calificación previa a la inscripción, además de respetar y potenciar la labor de otros profesionales (para el arbitraje en acciones individuales), pueden dar un nuevo impulso a un Derecho de consumo «huérfano» de efectividad.

éste debería tener la posibilidad de impugnarla directamente ante la jurisdicción civil con llamamiento, por edictos en Juzgado, Ayuntamiento y Registro y mediante anotación preventiva en este último a las entidades legitimadas para accionar (en este caso para oponerse), y sin que la rebeldía de ésta implique estimación de demanda.

Se han criticado, afirmando que el Registro de Condiciones Generales debe limitarse a la función de base de datos, posibles pretensiones de que lo publicado tuviera efectos *erga omnes*, pues sería, se dice, una Institución creada para proteger a los consumidores del que sacarían provecho los pre-disponentes. Incluso el Consejo de Estado se opuso a la presunción de conocimiento del contenido del Registro que recogió el artículo 17 del Proyecto de Real Decreto sobre el Registro de CGC, considerando que suponía un retroceso en la protección del consumidor y contradecía el espíritu de la LCGC. Y es que, claro, la presunción cuestionada no puede reglamentarse cuando está en contra del dictado de la ley (arts. 5 y 6). Entendemos que estas consideraciones pueden ser puestas en duda por los siguientes motivos:

Como hemos adelantado en esta propuesta, la inscripción-depósito en el Registro de las cláusulas no ha de suponer ningún tipo de legitimación, ni absoluta (inatacable por su consolidación tras la prescripción), ni relativa (a modo de certificado de «buena conciencia comercial»), y ello por la posibilidad de impugnar la decisión del Registrador en todo momento; pero sí, al menos, se le podía haber atribuido la presunción de conocimiento (140) con carácter absoluto y sin condiciones o dependencias de declaración alguna de las partes. Se trata de conseguir cambiar la mentalidad del consumidor en la contratación adhesiva. Veamos: Si descendemos a la práctica diaria, a la que muchas veces no llega el legislador ni el intérprete, advertimos que los adherentes siempre contratan fijándose tan sólo en el objeto contractual (cosa, obra o servicio por precio) y sin advertir consecuencias posteriores (incumplimientos, vicios,...). Ya prestado el consentimiento es cuando recibe el contrato y, en su caso (en ocasiones en las condiciones particulares aparece la declaración de recibidas sin responder a la realidad), las condiciones generales y es cuando se peca de posibles abusos. Jamás te dan un clausurado antes de firmar, si lo dan es con reticencias, y, evidentemente, no existe la posibilidad de comparar y meditar. La reacción no es más que de resignación y espera de que no haya acontecimientos posteriores... Si el Registro se «generaliza» como verdadero instrumento de protección, el consumidor acostum-

(140) El artículo 18 del Reglamento del Registro recogía (pues fue derogado por la STS de 12-2-2002) la presunción de conocimiento un tanto devaluada, pues se hace depender de la declaración del adherente en el contrato de condiciones particulares.

braría a buscar la información de lo que va a contratar antes de firmar su consentimiento (una vivienda, un seguro, un vehículo,...) si en una oficina le pueden dar la información de los contratos de varios promotores, Compañías de Seguro o Concesionarios de Automóviles, antes de la toma de decisión el consumidor sabrá todo lo que se le impone, y además sabrá que aún así puede impugnar (accionar) contra la cláusula con conocimiento del riesgo que asume. Cuántas veces no se tienen las cláusulas a mano, ni siquiera el contrato (olvidado en un cajón, si no perdido), y es causa de desistimiento (extraprocesal) de la reclamación. En fin, con el efecto *erga omnes* todo consumidor sabría a qué atenerse y el que no, sería por no querer. Debo advertir que el efecto pretendido se limitaría a su aspecto positivo de oponibilidad del predisponente al adherente de lo publicado salvo que el contrato firmado, si lo hay, favorezca al consumidor; así como oponibilidad del adherente de lo no publicado, salvo que el predisponente pruebe la inclusión.

El Consejo de Estado criticó este efecto por considerar que podría tener como consecuencia recurrir a las cláusulas inscritas para deducir el sentido de las condiciones generales oscuras insertas en un contrato. Pero ello es salvable en cuanto que toda interpretación deberá hacerse en sentido que favorezca al consumidor, bien mediante la interpretación conjunta de la cláusula del contrato y la del Registro, bien de manera separada si alguna de ellas es más favorable que la contraria o la que resulta de la interpretación conjunta, sin obviar la integración del contrato por los mecanismos habituales; por lo que no se altera el artículo 6 de la LCGC.

8. CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL DICTAMEN DE CONCILIACIÓN: POSIBLE EQUIPARACIÓN A LA LABOR INTELECTIVA DE CALIFICACIÓN

Ya hay quien ha reconocido la bondad de la función calificadora del Registrador a través del dictamen de la nueva Ley (141), aunque en realidad

(141) SALAS MURILLO, SOFÍA (*Boletín del Colegio de Registradores de España*, año 2000, junio, núm. 61, págs. 1183 a 1191) reconoce esta función diciendo que el Reglamento aporta una novedad con relación a la Ley autorizando al Registrador a dictaminar sobre la validez de las condiciones generales, la plena adecuación de las cláusulas a la Ley y al Reglamento, a petición de... (art. 22.4 Rto.). Cree que los resultados de esta función calificadora alcanzará, por el crédito de los profesionales que dictaminan, resultados similares a las de las Resoluciones de la *Comisión des clauses abusives* (CCA) de la Ley francesa; Resoluciones que, no siendo vinculantes, y en teoría de poca efectividad al requerir la posterior aprobación de un Decreto gubernativo, gozan de una indudable influencia, como lo demuestra el hecho de que el Parlamento no dude en inspirarse en ellas a la hora de legislar.

esta función parece venir dada por una extralimitación del Reglamento con relación a la ley (142).

En cualquier caso, el dictamen, para el supuesto de un posible rechazo como consecuencia del control de legalidad que corresponde al poder judicial, deberá desembocar en futuras previsiones del ejecutivo en un arbitraje, con toda la ejecutividad del laudo dirimente, salvando los obstáculos a los que se ha hecho referencia, o en una previa calificación que provocará la conformación de las partes o desembocará en el correspondiente litigio.

Tampoco podría rechazarse la intervención del Registrador como conciliador, sin necesidad de dictaminar, como paso previo y obligatorio, de reflexión se diría, de las partes antes del ejercicio de acciones colectivas. Lo que no ofrece duda es que la actual fórmula del Reglamento carece de idoneidad a todos los efectos.

Sobre la fórmula empleada por la Ley y el Reglamento cabe preguntarse si estamos en realidad ante una calificación adaptada a las circunstancias del caso o, como hasta ahora se ha sostenido, se trata de un simple dictamen sin trascendencia alguna, tanto en el caso de petición conjunta de las partes como en el de solicitud unilateral. En principio, nada se acerca a la calificación «jurídica»; todo parece indicar que se trata de brindar a las partes la posibilidad de allanar el camino para evitar la contienda judicial. Puesto que al final todo quedó en una solución muy devaluada, se reafirma la necesidad de que el dictamen se reconduzca a un arbitraje debidamente regulado (legalizado y reglamentado).

Muy pocas veces se utiliza la palabra «calificación» en el Reglamento del RCGC, prácticamente en el artículo 14 (Actuación profesional del Registrador) y 22.4 (Dictamen de conciliación). En ninguno de los supuestos anteriores existe una calificación jurídica, que es como se entiende el término en el ámbito de actuación de los Registradores de la Propiedad. No hay, por tanto, en el primer caso, una labor intelectual de adecuación de lo presentado al orden jurídico, de su estudio, interpretación, análisis y consecuencias, al tra-

(142) CABANAS TREJO, RICARDO (*ob. cit.*, pág. 12) aventura un próximo control de los Tribunales, no sólo en este dictamen de calificación, sino, parece, en todo el Reglamento, al modo de lo ocurrido con la reciente reforma, de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil. El tiempo dirá... y llegó después de este trabajo y antes de su publicación (STS de 12 de febrero de 2002 y STS de 19 de febrero de 2002) (señor GONZÁLEZ NAVARRO).

Por su parte, GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ («Las condiciones generales en la contratación electrónica», en *La Ley*, núm. 5227, 17-01-2001) aporta una serie de consideraciones sobre la extralimitación reglamentaria, la reserva de ley en materia de contratación, en definitiva, el principio de jerarquía normativa en relación al Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación electrónica y telefónica con condiciones generales, muchas de las cuales serían trasladables al Reglamento del Registro de CGC que, según la autora, se ha realizado, junto con la anterior, *aún con mayor desidia técnica que la norma legal de la que ambas traen causa*.

tarse de una mera comprobación de concurrencia de determinados requisitos; ni en el segundo que, cuando se refiere al término calificación, y estando de acuerdo la doctrina de que se trata de una mera opinión propia de un dictamen jurídico sin mayor alcance (143), se desvincula de su sentido jurídico para, dada la nula trascendencia que tiene, tener el significado de ser una mera anécdota, un exabrupto que se devalúa por sí mismo. Sorprende la pretendida equiparación de este nuevo Registro con el de la Propiedad en la utilización de una terminología no acorde con lo que la misma representa. No es difícil comprender que ni el dictamen de «conciliación», ni la calificación tienen la más mínima sintonía con lo que cualquier jurista entiende por calificación, y más si la misma corresponde a los Registradores de la Propiedad.

Lo que sí se puede discutir es si la entrada de la calificación jurídica en la inscripción-depósito de cláusulas abusivas reporta algún beneficio en todo este entramado jurídico o, por el contrario, debe ser desechada por no resultar acorde con nuestro sistema jurídico y su necesaria evolución. Se ha dicho que todo lo que sea salirse de los esquemas actuales sobre Condiciones Generales y su Registro supondría permitir que los predisponentes pudieran sacar provecho de la legislación creada para la sola protección del consumidor. A ello cabe oponer que la normativa sobre consumidores no es absolutamente incompatible con darle entrada a los predisponentes para que ellos mismos, «los legales», facilitaran toda actuación al consumidor (144). En la propuesta anterior se observa que el régimen de calificación es compatible con el de arbitraje o jurisdicción sin entorpecer la actuación de otras profesiones jurídicas. La opción es legislativa y el avance en esta materia, ante la efectividad de cada actuación con respeto de la que corresponda al ámbito judicial y otros profesionales jurídicos, puede ser enorme.

(143) En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO (*ob. cit.*). Vid. también CABANAS TREJO y BONARDELL LEZANO (*ob. cit.*, págs. 52 y sigs.).

(144) Muchas preguntas podríamos hacernos: ¿No puede sacar provecho el consumidor del provecho del predisponente? ¿No se trata de crear una legalidad en provecho de la sociedad sin que un sector perjudique a otro? ¿O creamos un nuevo campo de batalla con trampas buscando una miserable encerrona al enemigo? ¿Por qué el Derecho destinado a proclamar enemigos y no a conciliar sus diferencias haciéndolos partícipes de sus mutuas sinergias? ¿No es mejor aislar a los que contravienen la ley que unirlos con aquellos que no lo hacen y que no todos los predisponentes estén en el mismo «saco»? ¿No preferirá el consumidor el efecto *erga omnes* que la ocultación de lo que contrata? ¿Llegarán los predisponentes a tener en sus oficinas un Notario dando fe del recibo de condiciones para evitar la exclusión, o será mejor decirle al predisponente que lo publique y que tendrá sus efectos siempre que en lugar visible de su establecimiento se haga referencia a la inscripción? ¿No es mejor para el consumidor estudiar antes que firmar y no firmar y luego estudiar y, en su caso, desistir? ... en fin...

9. RELACIONES ENTRE EL ACTO DE CONCILIACIÓN Y FIGURAS ANÁLOGAS

a) OTRAS SOLUCIONES PARA LA PRETENDIDA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Hemos expuesto una actuación de Registrador, sin sacarlo de su estatuto jurídico, combinando una labor de calificación relativa en cuanto a sus efectos (sin la intensidad que permite un Registro de derechos reales) en la actuación que le es propia, con una labor arbitral que puede desarrollar, con exclusividad (sólo en las acciones colectivas), si hay convenio arbitral entre las partes legitimadas.

Con el anterior planteamiento, la «conciliación», institución inútil desde su concepción legal por los términos en que ha sido concebida, desaparecería en pro de la eficacia jurídica de la nueva concepción. En realidad, el acto de «conciliación», como servicio u obra (145), se ofrecía a las partes como medio de solución, al que voluntariamente se pueden someter, del conflicto de intereses surgido entre ellas debido a la utilización por la predponente de una cláusula «presuntamente» abusiva. Ésta podía ser la única finalidad pretendida; pero claro, otra cosa es que esta concepción voluntaria y no vinculante (en ningún caso) cumpliera con dicha finalidad, fuera acorde con nuestra idiosincrasia.

b) PROPUESTAS SUSTITUTIVAS DEL EJERCICIO DE ACCIONES INDIVIDUALES O COLECTIVAS

Ahora bien, fuera de la actual regulación y de nuestra nueva propuesta: ¿Es esta la única solución que ofrece nuestro Ordenamiento? Evidentemente, no. ¿Y si las partes deciden resolver sus diferencias por medio de otros institutos de nuestro Ordenamiento? ¿Estamos ante una cuestión de orden público que no puede sustraerse a la voluntad de los particulares? Y, ...si es de orden público, ¿qué justifica el que se adopten soluciones administrativas o ajenas al ámbito judicial? Dejamos esta cuestión (146) y, pensando que sea posible acudir a otros medios de solución del conflicto, veamos cuáles se pueden proponer.

(145) Se puede discutir si el dictamen solicitado por las partes al Registrador, si lo incardinamos también en su ámbito profesional de la función pública encomendada, tiene naturaleza de contrato de obra (obligación de resultado) o de servicio (obligación de medios). El dictamen en sí no es más que el resultado de la actividad desplegada y, sin duda, es el objeto pretendido por quienes lo solicitan. En conclusión, parece más acertado entender que en el encargo del dictamen las partes quedan sometidas al régimen del contrato de obra, sin desterrar una posible concepción de mandato.

(146) No sin antes dejar sentado que no resultaría descabellado incentivar soluciones de la iniciativa privada, y en particular la de la mediación. Así, que las organizaciones de

Sin perjuicio de las muchas propuestas que se pueden aceptar (147), puede ser sugerente la idea de acercarnos a los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (148) entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas (en este caso podríamos hablar de conflictos de consumo entre predisponentes y consumidores). En esta normativa se acude a unos procedimientos que se rigen por los principios de gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad, respetándose, en todo caso, la legislación vigente y los principios constitucionales (149). Los procedimientos para dar solución a los conflictos planteados son el de mediación (basta la decisión de una de las partes y sólo obligará si con la intervención del mediador se logra, en plazo, el acuerdo entre las partes en conflicto) y el de arbitraje (con manifestación expresa de la voluntad de las partes de someterse a la decisión imparcial, siendo la resolución arbitral vinculante e inmediatamente ejecutiva, pudiendo recurrirse en anulación en los casos que se determina) (150).

Con independencia de lo anterior, que miraba más a la solución de los conflictos propios de las acciones colectivas, para las acciones individuales en materia de cláusulas generales existen figuras contractuales, antes reducidas a ámbitos concretos, que se extienden no sólo a una aplicación generalizada en la «masa» de usuarios aspirantes a la obtención de un servicio determinado, sino también a nuevos ámbitos socialmente relevantes. Su aplicación en la vida práctica pasa a ser con el tiempo a la vez que más extensa, más intensa. Es por ello por lo que se advierte que instituciones como la de la mediación en la negociación contractual se extiende a

consumidores pactaran, antes de que se incorporasen a la pluralidad de contratos, las condiciones generales con la intervención del mediador voluntariamente aceptado por ambas. Las fórmulas pueden ser variadas y se puede tomar ejemplo de la negociación de los convenios colectivos de trabajo. Por supuesto que es necesario el Registro, e incluso una labor de intervención del Registrador (calificación que dejara la vía abierta al orden jurisdiccional, o, en su caso, arbitraje) o de quien voluntariamente aceptaran las partes quienes son los que, en definitiva, han de decidir (v.gr., en las acciones individuales para el arbitraje o la mediación, la razón nos dice que elegirán a un conocedor o experto en la materia de que se trate sea Notario, Catedrático, Abogado). Otro problema es que los predisponentes quieran ceder terreno, el que les permite imponer condiciones a los adherentes, sometiéndose a estas instituciones.

(147) VICENT CHULIÁ, FRANCISCO (*ob. cit.*) ha propuesto instituciones de conciliación como la del Servicio de Reclamaciones del Banco de España o el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, e incluso el Arbitraje de Consumo.

(148) Resolución de 2 de febrero de 2001 de la Dirección General del Trabajo (*BOE* 49/1 de 26 de febrero) por el que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del II Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC-II) y su Reglamento de aplicación (RASEC II).

(149) Artículo 7 del Acuerdo y del Reglamento de aplicación.

(150) Conforme al artículo 11.8 del Acuerdo y artículo 22.5 del Reglamento.

supuestos que antes eran resueltos por instituciones distintas de la mediación y aparece con fuerza, entre otras, la mediación familiar como necesidad demandada ante las deficiencias de los sistemas tradicionales de solución de conflictos.

Antes se atendía muy poco a la negociación y, después de ésta, se ofrecían instituciones de solución a las insatisfacciones del negocio resultante de la misma. Estas instituciones las han configurado los contratos dirigidos a la eliminación de incertidumbres jurídicas (transacción, compromiso, convenio arbitral, convenio de peritaje dirimente, reconocimiento, decisión del azar, etc.) en los que no tenía cabida la mediación, pues con ésta se aspira a resolver el conflicto de crear una relación jurídica, sin que se pueda imponer una decisión premeditada, mientras que con aquéllas se trata de resolver conflictos existentes en la relación jurídica ya creada (151), pudiéndose imponer una decisión si a ella se sometieron los contendientes. Ambas se podrían utilizar en evitación de conflictos de intereses que surgen de la contratación y de sus condiciones generales; las primeras cuando se discute sobre el carácter abusivo de una cláusula ya establecida (152), y la segunda (mediación) en la negociación del mismo contrato o, perfecto éste, negociando una posible novación o, en su caso, las consecuencias del mismo contrato. En fin, hoy la negociación y los que la facilitan adquieren mayor relevancia y protagonismo, no sólo como medio de agilizar y facilitar el consentimiento contractual, sino también como medida preventiva de seguridad. Se trata, en definitiva, de evitar el conflicto en las obligaciones, de no llegar a situaciones irreversibles.

Como veremos más adelante, es necesario incluirlas todas en un mismo «saco» ya que, en todo caso, estamos ante la solución de conflictos por la vía privada, y, en muchos supuestos, la creación de una nueva relación jurídica (153) viene determinada por la existencia de otra anterior, sin olvidar que

(151) Que surgen en su cumplimiento, en su consumación (frente a la mediación en la que el conflicto está en la perfección del negocio jurídico).

(152) ¿No podrían transigir el predisponente y el adherente, e incluso la asociación de consumidores, sobre la interpretación que debe darse a la misma, o sobre la posible novación modificativa del contrato en orden a la cláusula discutida? ¿Y someterse a un árbitro?...

(153) Así, la mediación que, según dijimos, surge para la formación definitiva de un contrato (perfección) puede venir impuesta, siempre por voluntad de las partes, por la existencia de fuertes tensiones en el período precontractual (negociación), del que, desde luego, pueden surgir responsabilidades (vid. MORENO QUESADA, B., *La formación del contrato*; o, más reciente, «Oferta, aceptación y conclusión del contrato», de CARLOS CUADRADO PÉREZ, en *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 2003); luego, al fin y al cabo, el fin último de la mediación va a ser el mismo que en los demás medios de solución privada de conflictos: pacificar intereses contrapuestos. Con ello salvamos la primera, y quizá fundamental, diferencia que separa la mediación del resto de instituciones y, también, por ello deben tener un tratamiento unificado.

mientras que en figuras como la del arbitraje las partes deciden *a priori* vincularse con la decisión que el tercero adopte, en la mediación, el punto de encuentro (concurso de voluntades), si lo hay, entre las partes, resultado de la intervención mediadora, también es vinculante. En el primer caso se trata de intervención y decisión del tercero y en el segundo intervención del tercero y decisión de las partes (154).

Relacionado con lo anterior está el denominado por la doctrina «arbitrador», que se incluye dentro de lo que ha venido en llamarse arbitraje impropio o arbitrio de tercero, y que algún autor ha llegado a reconocer que no se trata más que de un mediador que presta sus buenos oficios al estilo de los extintos hombres buenos del acto de conciliación (155).

La propuesta de equiparación con el resto de figuras existentes para dirimir controversias no parece que sea una idea actual. Ya la Ley de arbitraje de 1953 hacía referencia a los mediadores en el artículo 3.2 cuando hablaba de la intervención dirimente de un tercero cuya decisión podía ser aceptada, expresa o tácitamente, después de emitida. Para completar este estudio sería necesario preguntarse si el mediador toma decisiones o se limita a conectar a las partes para que sean ellas las que, finalmente, adopten una decisión. Ahora baste con decir que esta última opción de actitud prácticamente pasiva del mediador ni se da en la práctica, ni sería aceptable por una sociedad mucho más consciente de sus derechos y exigente con los prestadores de cualquier actividad o servicio.

En los mismos términos de la antigua Ley se pronuncia el mismo artículo de la nueva Ley 36/1988, de 5 de diciembre, reconociendo, de esta manera, al mediador sin poder de decisión. Esta concepción vendría a configurar al árbitro de equidad como un mediador al que las partes le conceden el poder de decidir la contienda. Así el mediador, propiamente dicho, se queda, su labor acaba, en la mediación, mientras que el árbitro media y decide.

(154) Con todo, no podemos dejar de advertir que el laudo arbitral tiene fácil ejecución por la vía judicial, mientras que el negocio resultante de la intervención mediadora puede dar lugar a futuros conflictos (fundamentalmente, incumplimiento total o parcial) a resolver por la vía declarativa.

(155) Por su parte, GARCÍA PÉREZ, CARMEN (*El arbitraje testamentario*, Valencia, 1999) señala que la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, intentó poner fin a la confusión entre árbitro y arbitrador, correspondiendo al primero resolver un conflicto pendiente con efectos de cosa juzgada, y al segundo completar o integrar una relación jurídica no definida totalmente que sólo vincula (obliga) en la medida en que se ajuste a la equidad, sin menoscabo de las prudentes pautas del *arbitrium boni viri* propuestas por los interesados (STS de 10 de marzo de 1986) o, lo que es igual, no puede obligar cuando su decisión se haya producido con manifiesta inequidad. A su vez, señala que dicha ley unifica al árbitro con el amigable componedor, de manera que aquél podrá actuar conforme a Derecho o con sujeción al leal saber y entender. Hasta esta ley, las soluciones conforme al leal saber y entender, y sin sujeción a procedimiento alguno, correspondieron a los llamados amigables componedores.

En realidad la mediación se asemeja a una transacción en la que no sólo intervienen las partes, sino a la que se llega con ayuda de un tercero (mediador), si bien hay que matizar que (la mediación) es transacción en cuanto a la primera parte del concepto legal (156) y sólo indirectamente en cuanto a la segunda. Sabemos que en la formación del negocio jurídico las partes dan, prometen o retienen fundamentalmente con relación al objeto del negocio. Y también sabemos que por la mediación, en principio, no se evitan pleitos o se pone término al comenzado, pues mientras no se forma el contrato objeto de mediación no hay vínculo obligatorio entre las partes contratantes con el resultado de posibles incumplimientos. Sin embargo, también es cierto que, además de que la negociación podría llegar a ser fuente de responsabilidad que puede ser evitada con una buena intervención mediadora, un contrato bien concluido debido a una intervención mediadora profesional puede evitar futuras contiendas judiciales. Por tanto, o el mediador, además de facilitar esa transacción, adopta decisiones que luego son aceptadas (o no) por las partes o, por el contrario, se limita a facilitar, sin decidir, esa transacción.

c) CONCLUSIÓN: NECESIDAD SOCIAL

El dinamismo social actual y la especialización en el conocimiento impuesta no sólo por el avance de la ciencia del Derecho (y de todas) sino también por la excesiva reglamentación de lo cotidiano, impiden, por un lado, tener la necesaria dedicación que requiere la negociación y, por otro, la imprescindible información para evitar lesiones no deseables. La inseguridad que ello produce hace demandar a la sociedad especialistas, informadores, que «apacigüen» el conflicto de intereses y se preocupen de que el resultado de la negociación sea lo más equitativo posible. El coste social de negociar con los «ojos cerrados» y luego intentar reparar una lesión no querida con el arma del incumplimiento es demasiado alto. La prevención y previsión se antepone como solución. La seguridad jurídica debe ser preventiva, y a ello contribuyen no sólo las medidas que novedosamente nos da el legislador o propone la doctrina, sino también las figuras a las que nos referimos que requieren del debido «empuje» institucional para su revitalización.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión fundamental, y no es otra que la exigencia social de atender a todas las vías de solución posibles.

(156) Recordemos el artículo 1.809 del Código Civil: «*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*».

La exigencia social, en el presente caso, viene referida a la extensión de estas soluciones a nuevos supuestos que, tradicionalmente, han dependido, para la solución de los conflictos que generan, de otras instituciones distintas (157). No hay más remedio que acudir a la mediación y a los contratos llamados de eliminación de incertidumbre jurídica. Hoy, lejos de reducir estas instituciones al ostracismo, se está en la búsqueda de una nueva ubicación para su estudio, utilizándose la genérica y más actual denominación de «FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS» (Alternative Dispute Resolution —ADR—).

Todas las piezas del puzzle tienen su sitio. Estamos, por tanto, en disposición de afirmar que la potenciación por los profesionales del Derecho de las técnicas de ADR es necesaria como medio para evitar posibles abusos, o para no agravar los ya producidos. En defecto de las anteriores no nos queda más que acudir voluntariamente al sustitutivo de la jurisdicción (arbitraje) (158), debidamente regulada y potenciada como única alternativa al actual funcionamiento del sistema judicial que requiere un necesario sosiego en pro de la calidad jurídica que, hoy por hoy, es imposible alcanzar. En este sentido, es necesario replantearse las funciones que pueden desempeñar los Registradores, en defensa de la legalidad y con la institución arbitral, desde su propio estatuto y concepción jurídica, en esta nueva «oleada» de incertidumbres futuras que ha provocado el Derecho de consumo.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA-VALDECASAS ALEX

(157) No se puede obviar que estamos ante una realidad que la sociedad pone en evidencia, que se palpa todos los días: la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de solución de conflictos o, si se prefiere, suficiencia, pero con insatisfacción del resultado. Todos sabemos que la tutela judicial tardía no es tutela y que el colapso judicial no sólo supone la demora de la solución, sino la falta de calidad y de argumentación de la decisión.

(158) El Ministro de Justicia presentó a principios de 2001 al Parlamento la trascendental Reforma de la Justicia, proyecto para una nueva Justicia que se asienta sobre una serie de ejes de pretensiones futuras entre las que destaca el siguiente (punto 4): «*Un capítulo especialmente importante lo constituye la reforma de las reglas procesales para que, sin merma de garantías, se agilicen todo lo posible. Ello se completa con fórmulas para reducir la litigiosidad y con reforzamiento de diversos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos*» (Diario *La Ley*, año XXII, núm. 5310, 17 de mayo de 2001).

La norma fundamental del Derecho o el unicornio jurídico

SUMARIO: I. PREÁMBULO FILÓSÓFICO OBLIGADO.—II. NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO: DEFINICIÓN Y TEORÍA.—III. LA NORMA FUNDAMENTAL EN EL PENSAMIENTO DE RIVERA COLOMER.—IV. APORÍAS EN EL CONCEPTO DE NORMA FUNDAMENTAL.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PREÁMBULO FILÓSÓFICO OBLIGADO

Lo que es, es; lo que no es, no es. Éste es el clásico resumen de la ontología de Parménides, filósofo griego contemporáneo del más célebre Heráclito, fundador de la escuela eleática, maestro de Zenón, junto a quien, de acuerdo con la leyenda, viajó a Atenas con el propósito de polemizar con el mítico Sócrates, titán invicto de la filosofía, a quien, contrario a lo que era de esperarse (después de todo, es su fiel fanático, Platón, quien nos cuenta la «historia»), demostró inequívocamente la superioridad incontestable de sus propias ideas. Lo que es, es; lo que no es, no es. Ser o no ser, diría Shakespeare. Las cosas, las ideas, los entes, sólo tienen dos alternativas: o son, o no son. No existe otra opción, se es o no se es. *Tertium non datur*. Disyunción absoluta y exclusiva. De lo que es, estamos obligados a afirmar algo: que, de hecho, *es*. De lo que no es, estamos, asimismo, obligados a negar algo: que *sea*. Parménides, precursor inconsciente de la lógica, construye aquí, en embrión, el que más tarde recibiría el título de *principio de identidad*: lo que es, es; $A = A$. Construye también, *sin querer queriendo*, el llamado posteriormente *principio de la no-contradicción*: nada que es, al mismo tiempo no es; no es posible que un ente sea y no sea a la misma vez; $\sim (A \cdot \sim A)$.

De acuerdo con Parménides lo que *es*, es decir, el ser, lo que de aquí en adelante llamaremos la Realidad, es uno solo, idéntico consigo mismo, eterno, infinito e inmutable. Sólo puede existir una Realidad, fuera de ella, aparte de ella, nada existe. (Pido disculpas por la posible confusión creada por la

yuxtaposición de conceptos tan antitéticos como «nada» y «existencia».) Esta única y exclusiva Realidad es concebible, imaginable y efable. De hecho, afirma el filósofo que «es necesario que lo decible y pensable sea, pues puede ser, pero nada no es». De «nada», nada deviene, nada llega a ser y nada es posible imaginar, pensar ni afirmar. Por consiguiente, lo concebido y concebible *es*, existe, es real, participa del Ser. Afirmar, *decir*, que algo es, o ni siquiera llegar a la expresión verbal, limitarse a *pensar* que algo es, concebirlo, imaginarlo, implica necesariamente que ese algo existe y que su existencia es, y aquí nos apartamos del requisito o atributo de unicidad exigido por Parménides, independiente del proceso mismo mediante el cual se le piensa. Pensar que algo existe, según Parménides, significa, a la misma vez, reconocer que existe pues, si no existiera, no sería posible pensar en ello.

Pensar, precisamente, y mucho, fue lo que hizo Aristocles, a quien conocemos mejor por su apodo, Platón, el filósofo más influyente de Occidente. El producto más importante, controvertible y significativo de su pensamiento es, sin lugar a dudas, su teoría de las Ideas o teoría de las Formas, que constituye el fundamento de la metafísica clásica (aunque resulta conveniente recordar que el vocablo «metafísica» no fue acuñado por este filósofo, sino por los discípulos de uno de sus discípulos, Aristóteles). Platón (el nombre significa «de espalda ancha», lo que hace alusión al hecho de que Aristocles era, según ciertos rumores, un consumado fisiculturista, dato curioso e irónico, pues fue él, más que cualquier otro pensador, el creador de una teoría que predica el menosprecio y el desdén de la «carne», del cuerpo), por razones perfectamente inteligibles, de naturaleza política, social e histórica, llega a experimentar una profunda insatisfacción con respecto del mundo que le rodea, el mundo «real», material, concreto y empírico, el mundo de relaciones intersubjetivas y experiencias físicas, el mundo, en una palabra, del trajín diario. Dicho disgusto le lleva a proponer la existencia de *otro mundo* mucho mejor que éste, distinto de éste no sólo en términos cuantitativos, sino, sobre todo, en *esencia*, cualitativamente. Platón es, pues, el máximo exponente de la postura existencial que conocemos como *escapismo*: la construcción de un mundo imaginario que permite al ser humano olvidar, ignorar o «escapar de» los infortunios y las imperfecciones de este mundo en el que nos encontramos atrapados.

Ese otro «mundo» (1), el *Topos Uranos* o *Kosmos Noetos*, es el mundo de las *Ideas* o de las *Formas*, los modelos o arquetipos de todo aquello que se encuentra en el mundo material. Aunque éste, nuestro mundo, es real, no lo es *tanto* como el Mundo de las Ideas, pues los objetos y seres del mundo físico poseen tan solo una realidad prestada, aparente, accidental y subordi-

(1) La *Teoría de las Formas* se expone, principalmente, en el *Libro VII* de *La República*.

nada. Las Ideas, según Platón, son *Reales*; las cosas, por otro lado, son meramente, en el mejor de los casos, *reales* o cuasi-reales. Platón desecha el *monismo* de Parménides. Este mundo es real, aunque no *tan* Real como el mundo de las Ideas. No cabe duda de que la Realidad reside *primordialmente* en las Ideas, pero las cosas del mundo material, las *copias*, participan también, en algún grado, de esa Realidad inmanente a sus arquetipos inmateriales. El verdadero, auténtico y genuino Ser se encuentra, sin embargo, solamente en las Formas o Ideas.

Las Ideas (nótese la mayúscula) platónicas no equivalen a las ideas (minúscula) de las que corrientemente habla el ser humano vulgar. Éstas «se encuentran», por decirlo de algún modo, en la mente o la imaginación de un sujeto, aquéllas (las Ideas) son más bien realidades objetivas que existen independientemente de la mente humana, existen en sí mismas y por sí mismas, son autónomas, poseen existencia propia. (En sus escritos tardíos Platón *parece* adjudicar cierto carácter subjetivo a las Ideas, al «colocarlas» en la mente de los dioses.) Además, las Ideas son trascendentales y eternas, pues su existencia no está sujeta a los límites del tiempo y el espacio, es decir, no son prisioneras del tiempo, existían antes de que existiera el tiempo y cuando el tiempo termine continuarán existiendo. En resumen, las Ideas son perfectas. En ellas se encuentran, en grado superlativo e insuperable, todas las características o virtudes de aquellas cosas hechas a su «imagen y semejanza». Dado que ellas son las *primeras formas* o modelos (arquetipos) de todo aquello que existe o pudiera existir, es obvio que de su conocimiento y entendimiento depende, a su vez, el conocimiento del mundo de las «sombras», el mundo empírico. Pero no serán los sentidos los que nos permitan captarlas y conocerlas: las Ideas no son perceptibles, sino *inteligibles*, sólo la razón accede a ellas. (Por limitaciones de tiempo y espacio no entraremos aquí en la discusión de la teoría de la anamnesis o reminiscencia, según la cual *conocer* las Ideas es *recordarlas*.)

¿Por qué resulta imprescindible este conocimiento de las Ideas? ¿Qué aporta su intelección al perfeccionamiento del individuo y a la forjadura de una sociedad (o un estado) «ideal»? Según Platón, la epistemología es el *punto* entre metafísica y ética, el conocimiento de lo que *es* nos conduce a la percatación de lo que *debe ser*. El ser humano, más que todo un ser ético (o un ser de naturaleza ética), está llamado a alcanzar la excelencia moral, la virtud, en una palabra, la justicia. Pero dicha excelencia es concomitante exclusivo de la contemplación filosófica de las Ideas. Un ser humano es moral solamente si conoce la Idea del Bien y la «actualiza» en su vida. Un Estado es un Estado justo si la Idea Justicia se «encarna» en sus estructuras y procedimientos.

Es meridianamente obvia la presencia en Platón de una necesidad humana a la que nos gustaría denominar *afán de Realidad*. Las cosas, todas, son

efímeras, pasajeras, fugaces. «El mundo pasa, y sus deseos...» dice la *Biblia*, y junto con él pasamos nosotros también. Nada permanece, nada es permanente, todo es, como muy bien afirma el Budismo, *anitya*, perecedero, breve y caduco. Pero el ser humano se empeña en buscar una constante a que aferrarse, una isla inmóvil en medio del agitado mar de la existencia, un *algo* que brinde estabilidad, continuidad y permanencia a su existir. Ese *algo* es, para muchos, lo auténticamente Real, concepto este contrapuesto a lo imaginario o aparente, cuya naturaleza efectivamente aparente se delata por su caducidad. Lo Real, afirman estos pensadores (*pensadores* en el sentido más estricto de la palabra), es, tiene que ser, *permanente, inmutable y autónomo* o auto-existente, pues, como enseñaba Parménides, no es concebible del Ser que deje de ser, ni que para ser deba depender de algo ajeno a sí mismo. Lo que es, es. Según Platón, las Ideas *son*, la Idea *es* el Ser, la Idea es la Realidad. Las cosas, las ideas, los objetos devienen, aparecen y desaparecen, comienzan y terminan, *dejan de ser*, mutan y caducan. «En la vida todo es ir hacia lo que el tiempo deshace...», decía el poeta. Pero en la Vida, en el Mundo Real, todo es permanente, eterno e inmutable. Allí encontró Platón su *paradigma fundamental* que daba coherencia, unidad, inteligibilidad y, en última instancia, *valor* al mundo de la actuación. Ya veremos más adelante que en él encontraron también algunos tratadistas y teóricos del Derecho el santo grial que tan vehementemente buscaban: la Norma Fundamental del Derecho.

Platón comprendió lo que cualquier ser humano con al menos dos neuronas funcionales comprendería sin necesidad de hacer mucho esfuerzo: *dukkha*, la vida es imperfección, enfermedad y sufrimiento, esta vida es una monstruosa equivocación, la vida no sirve, el mundo no sirve, el cosmos no sirve. En vano buscó la belleza, la bondad y la justicia en este entramado de sucesos y relaciones que hemos decidido llamar *mundo*. Como Diógenes, que recorrió las calles de su ciudad con una lámpara encendida buscando, al menos, un hombre honrado, Platón miró a todos lados, recorrió avenidas y caminos, buscó debajo de cada piedra, indagó en cada rincón. A viva voz la llamó: ¡Justicia! ¡Justicia! Pero nada encontró. ¿Qué hizo entonces? Lo que ningún ser humano con tres neuronas funcionales hubiera hecho: se inventó otro mundo —el Mundo de las Ideas— y estableció en él la residencia permanente para un imaginario huésped, la Justicia. No seamos, con él, muy severos. Reconozcamos, al menos, que actuó de buena fe y guiado por las intenciones más nobles. Al fin y al cabo, si buscamos un libro en nuestra extensa biblioteca y no lo encontramos en una tablilla, ¿qué hacemos? Es obvio, lo buscamos en otra tablilla. Platón, sin embargo, no se limitó a buscar su Idea de la Justicia en otra tablilla. Se inventó, como ya dijimos, una tablilla inexistente, la dotó de «realidad», *la hizo real*, y en ella colocó el también inexistente tomo de la utópica Idea. Entusiasmado exclamó: ¡Aquí está! ¡Lo he encon-

trado! Otros, quizá tan bien intencionados y sinceros como él, miraron con atención, pero, de nuevo, nada vieron. ¿Qué hizo entonces nuestro héroe? Los increpó: ¡Ignorantes! ¡Con los ojos no se ve! ¡Hay que mirar con la *razón*!

Dos mil años más tarde alguien en Francia prestó atención a su amonestación. Se llamaba René, Descartes su apellido, y fue él la antepenúltima transmigración del fornido ateniense (la penúltima aparecería un siglo después en Alemania con el nombre de Georg Hegel). Descartes se lanza a su aventura filosófica movido, probablemente, por las mismas razones que motivaron al famoso griego. Desilusionado con los intentos filosóficos de sus predecesores y contemporáneos, insatisfecho con el estado de la epistemología (teoría del conocimiento) en sus días, víctima de lo que nos atrevemos a llamar una *crisis filosófico-existencial* provocada por un profundo disgusto intelectual por la confusión, la incertidumbre, las contradicciones y la ineffectividad de las diversas escuelas filosóficas que había estudiado, este «padre de la filosofía moderna» decide traer él un poco de orden a semejante caos, con el propósito, presumiblemente, de crear una nueva filosofía, confiable y segura, que, en lugar de culminar en la incertidumbre, ofreciera certeza a sus adeptos. Galileo había destruido el «mundo» conocido por todos, incluido el de Descartes. Al fin y al cabo, si no se puede estar seguro de que es el Sol el que *sale* todas las mañanas y luego se *mueve* hacia el oeste, entonces, ¿no se puede estar seguro de nada! Descartes intentará demostrar que la certeza absoluta es posible y que para llegar a ella es menester comenzar... ¡con la duda!

Dudando dudando llegó RENÉ a su primera conclusión: *Cogito* (pienso) (2). De ella dedujo la segunda: *sum* (existo). *Cogito ergo sum*: Pienso, por lo tanto, existo (lo que, de ser cierto, demostraría la radical inexistencia de gran parte de nuestros congéneres). La existencia del propio yo no se deduce de la imagen que *vemos* en un espejo. De hecho, los sentidos no son la fuente confiable del conocimiento verdadero (¿no nos engaña nuestra vista cuando nos informa que «el sol sale» y se «mueve» de este a oeste?). El punto de partida, la premisa fundamental, el punto de apoyo arquimedeano, es provisto por la «razón pura», introspectiva, por el *indubitandum* señalado por la razón, no por los sentidos. *Pienso*, he aquí el fundamento, la base de toda certeza y todo conocimiento ulterior. De este «pienso» se vale Descartes para demostrar (según él) no sólo su propia existencia, sino, eventualmente, la de Dios y la del mundo material.

Descartes comparte con Platón una virulenta sospecha acerca del valor de los sentidos para acceder a la Realidad. Habiéndonos engañado algunas veces, nada impide a los sentidos engañarnos *siempre*. Apelemos entonces, enseñan ambos filósofos, a otra autoridad, la autoridad de la razón. Esta *razón* se

(2) Para una discusión más amplia y detallada, véase el *Discurso del método*.

realiza en dos *momentos* o etapas. La primera de éstas es la *intuición*, facultad, poder o capacidad mediante la cual captamos conceptos simples (puros) emanados de la Razón misma. Una vez expuestos estos conceptos simples («pienso»), el segundo momento, la *deducción*, se encarga de inferir de ellos nuevas verdades («existo»), las cuales, dada su relación lógica con las primeras, poseen validez y *veracidad* necesaria y absoluta. La razón, en resumen, otorga al ser humano las ideas con las que ella misma construirá el conocimiento. Mejor dicho, la razón las *descubrirá*. ¿Por qué hemos cambiado el verbo? Porque, según el francés, las ideas ya están allí, siempre estuvieron allí (dónde es «allí» no se nos informa, al menos no explícitamente), y la tarea de la razón no es construirlas, sino descubrirlas. (Aclaremos que Descartes habla de tres tipos de ideas, y lo aquí dicho no aplica necesariamente a todas.)

Al igual que Platón, Descartes cree también en la existencia de las *ideas innatas*, aquéllas con las que el ser humano nace, es decir, las que «estaban allí». Estas ideas no son fabricadas o construidas por la mente (no son *facticias*), pero tampoco provienen del mundo externo (no son *adventicias*). Si no son ni una cosa ni la otra, no le queda más remedio al filósofo que admitir que son innatas, aunque no sea ésta una explicación satisfactoria ni de la naturaleza de estas ideas ni del contenido de las mismas. Las ideas innatas sirven a Descartes de trampolín para llegar a Dios, Ser este indispensable para garantizar luego la existencia de un mundo material *allá afuera*, externo al sujeto que piensa.

El dualismo cartesiano, al igual que el platónico, surge de la suposición de la existencia de *dos realidades*, sustancias, mundos o entes, realidades que se consideran *distintas y separadas*, aunque de algún modo relacionadas. En la filosofía cartesiana, estos dos entes son el *pensamiento*, por un lado, y la *materia* por el otro. El «yo» que es el sujeto del «pienso» («yo pienso...») es, para Descartes, no el ser humano de carne y hueso, aquejado por innumerables dolores y padecimientos precisamente en su carne y sus huesos. ¡No! El «yo» es una «cosa que piensa», un ser pensante, un ente forjado y definido por el pensamiento, en una palabra, *res cogitans*. Esto somos, según Descartes: cosas (*res*) cuya naturaleza misma consiste en el pensar (*cogitans*). (Demás está decir que algunos son más reses que otros...) La materia, por la otra parte, es *res extensa*, la «cosa extendida», el cuerpo físico que, tal y como nos enseñaron en la escuela elemental, tiene peso y ocupa espacio (siendo esta última la única característica en la que parece estar interesado Descartes).

Del binomio *res cogitans-res extensa*, es el primer elemento el que más llama la atención de Descartes. La *res cogitans*, dice, es una «sustancia espiritual» creada por Dios a su «imagen y semejanza», dotada por el Creador de determinados poderes, atributos y posibilidades. Es «entendimiento», es «mente», es, en resumidas cuentas, espíritu, o mejor aún, *alma*. He aquí el

meollo de su teoría. Descartes retoma, revive y «actualiza» uno de los mitos más antiguos e importantes de la humanidad, mito creado, probablemente, por los neanderthales, pero elevado a rango de verdad filosófica por el mismísimo Platón y, a través de él y gracias a él, convertido finalmente en dogma por el cristianismo neoplatónico. El alma, axioma *sine qua non* de la teología y la ética cristianas, es rescatada «racionalmente» por, nada más y nada menos, el «padre de la filosofía moderna». Sin alma no hay ideas *innatas*, y sin éstas no hay ni Dios ni mundo externo. Sin alma, el edificio entero se desploma.

Descartes descarta (!) toda evidencia empírica, los hechos, la utilidad y valor pedagógicos del mundo «externo» o más bien circundante. Su filosofía es producto de, en el más completo sentido de la palabra, un *ensimismamiento*, un encerrarse en sí mismo, un *autismo* artificial autoimpuesto del que luego sale creyendo saber cómo funciona el Universo entero. Su proceder místico-poético-ascético, característico de algunas religiones orientales, tiene, sin lugar a dudas, enorme valor en la esfera de la Religión, entendida ésta como búsqueda espiritual de lo divino, el *mysterium tremendum et fascinans* del que hablaba RUDOLF OTTO. Pero de muy poco sirve para arrojar luz sobre las diversas y complejas estructuras del comportamiento y las relaciones humanas que constituyen la base de la moral y el Derecho. La sociedad no es otra especie de *res cogitans* cuyo funcionamiento responda a hipotéticas leyes espirituales innatas y pre-existentes. El ser humano mismo es mucho más que un etéreo «fantasma dentro de la máquina» (imagen con la que GILBERT RYLE ridiculiza la idea cartesiana de un alma encerrada en un cuerpo), es un ser social y político —un *zoon politikon*, diría Aristóteles— cuya naturaleza no le es dada, terminada y planchada, desde arriba, sino construida social y políticamente dentro del marco del entramado empírico del cual forma parte. Ese «sujeto ideal e impersonal» que Descartes cree ser sólo podría existir en el Fantástico Mundo Ideal construido por la imaginación de Platón. En el nuestro, los sujetos son, siempre, personas, y como tales, concretos.

Si bien es cierto que Platón y Descartes (y algunos otros, como el risible obispo BERKELEY) intentaron enviarnos a todos al exilio extra-terreno mutándonos, en el proceso, en espectros intangibles desconectados de la materia, también lo es que otros más sensatos reconocieron sabiamente la inevitable y necesaria materialidad del ser humano. Veamos, a manera de antídoto, las enseñanzas de algunos de estos *budas* (literalmente, «despiertos», los que despertaron del sueño idealista).

THOMAS HOBBS descubrió lo que Demócrito supo mucho antes de la digresión esquizoide de Platón: la Realidad es la danza de los átomos, átomos en movimiento. Antes de explicar someramente esta metáfora, recordamos al lector que HOBBS, uno de los precursores del empirismo inglés, vivió feliz y

contento hasta los noventa y un años, dato que demuestra que el materialismo filosófico es mejor para la salud y el bienestar general que el racionalismo idealista (¡Descartes sólo vivió hasta los cincuenta y cuatro años!). ¿Qué queremos decir mediante la metáfora de la danza? El *cuerpo* (la materia) es la única Realidad independiente de nuestra imaginación, lo único que subsiste en sí mismo y por sí mismo, fuera de nosotros; de hecho, es lo único que existe: «El mundo es corpóreo, esto es, cuerpo; aquello que no es cuerpo no es parte del universo» (3). *Shalom res cogitans*. HOBBS afirma que *todo* está hecho de materia, sólo la materia es real. Expresado de forma lógica, podemos convertir este pensamiento en un enunciado compuesto condicional, es decir, en una implicación: Si *X* es Real, entonces es materia (R_M; lo que implica necesariamente que si *X* no es materia tampoco será Real). No existe, en resumen, tal cosa como una *sustancia incorpórea*; si algo existe, *tiene* que ser corpóreo y, por supuesto, en *moción* continua, pues el movimiento es cualidad concomitante a la materia.

Dado que lo único Real es la materia, las ideas de nuestra mente provienen, fatalmente, de ella. Las ideas, según HOBBS, son *phantasmas*, imágenes creadas en la mente por los objetos del mundo físico. Por ende, toda *ciencia*, entendiéndose, todo conocimiento, ha de derivarse de la sensación o percepción de esos objetos. Un hombre, dice THOMAS, no puede tener ningún pensamiento que represente algo que no esté sujeto a la sensación. Ideas autónomas, separadas de los objetos que las engendran, *a la* Platón, son meramente ficciones.

Un médico inglés, un poco más joven y mucho, pero mucho más democrático y liberal que HOBBS, abonará ahora el árbol empirista cuya semilla sembrara éste. Nos referimos a LOCKE (JOHN), filósofo cuyas enseñanzas constituirán, matizadas claro está, buena parte de la apología de la tesis que en este ensayo intentamos defender.

La teoría lockeana (4) toma como premisa un supuesto extrañamente similar al cartesiano: Todo conocimiento es conocimiento de ideas. Pero mientras el francés buscaba las suyas en las recónditas cavernas de su *cogitans*, LOCKE, sin mucho esfuerzo y sin recurrir a intrincadas maromas metafísicas, encuentra sus ideas en las realidades del mundo físico. Las ideas, dice él, son generadas por la experiencia sensorial; por consiguiente, todo conocimiento es, al menos en su génesis, conocimiento sensible. Esta teoría, que más adelante recibió el nombre de *epistemología representativa*, afirma, además, que las ideas, como fotografías mentales, representan a los objetos del mundo físico, son huellas dejadas por ellos, *corresponden* a ellos. Ahora bien, esto no significa que aque-

(3) HOBBS afirma que el *cuerpo* es «subsistente por sí mismo, debido a su independencia de nuestro pensamiento; y existente, debido a que subsiste fuera de nosotros [extra nos]». Véase GÓMEZ Y TORRETI, pág. 57.

(4) Para lo que sigue, véase su *Ensayo sobre el entendimiento humano*.

llo que llamamos conocimiento, en toda su extensión, profundidad y alcance, venga a ser un simple filme mental. Las ideas originales, las que conforman la *materia prima* del conocimiento, provienen *exclusivamente* del mundo externo y son captadas mentalmente como resultado de un proceso al que Locke llama *sensación*. (En otros filósofos, encontramos el mismo concepto bajo el título de «percepción».) Pero la sensación es solamente el inicio de la actividad cognoscitiva, la que, obviamente, no termina con ella. A la sensación añade Locke la *reflexión*, la que define como experiencia interna por medio de la cual la mente estudia y conoce sus propias actividades y procedimientos, una suerte de *sentido interno* que procesa, elabora y refina aquella materia prima provista por la sensación. Todo conocimiento es resultado, mediato o inmediato, de estas dos actividades. Toda idea remite, tarde o temprano, a la experiencia sensorial. No existe ningún tipo de conocimiento *a priori*. Previo a la experiencia, la mente es una *tabula rasa*, una hoja de papel en blanco, un disco compacto sin quemar. Nada hay en ella, y todo lo que a ella llega deberá arribar en el tranvía de los sentidos. *Arrivederci ideas innatas*.

LOCKE distingue dos tipos o clases de ideas. En primer lugar, las ideas *simples*, que son las huellas, marcas, impresiones o «fotos», que una sensación produce en la mente. En segundo lugar, las ideas *complejas*, elaboradas por la mente a partir de las ideas simples. Estas últimas se producen al combinar, relacionar, comparar y contrastar las ideas simples. En una palabra, son el resultado de un proceso de abstracción.

En resumen: por medio de los sentidos, el ser humano capta o percibe (ve, oye, toca) los objetos reales y autónomos del mundo físico, es decir, tiene una sensación de ellos. Esta sensación produce en su mente (nótese que LOCKE no se baja del tren del dualismo; sigue creyendo en dos sustancias fundamentales, una material y otra mental o espiritual) unas ideas simples, las que, procesadas y elaboradas en el proceso de abstracción, producen a su vez ideas complejas que son el ingrediente básico del conocimiento.

Le corresponderá al pensador escocés DAVID HUME conducir las ideas (!) de LOCKE a sus consecuencias finales e inevitables, conclusiones de enorme valor y de innegable pertinencia al tema que es objeto de nuestro estudio. Sus averiguaciones en el campo de la filosofía en general y el área de la epistemología en particular son muchas, profundas y variadas, de manera que resulta imposible —e innecesario— discutir las en este ensayo. Bástenos con proclamar que, en lo que concierne a nuestro estudio, la aportación principal de HUME puede ser resumida en esta lapidaria frase: *aeternum vale metafísica*.

Todo conocimiento, afirma HUME (5), consiste en *percepciones*, las que pertenecen a una de estas dos clases: impresiones o ideas. Las *impresiones*

(5) Véase *An enquiry concerning human understanding*.

son el dato inmediato de la experiencia, es decir, aquello que vemos *mientras* lo vemos, lo que oímos *mientras* lo oímos, etcétera. Las *ideas* son copias pálidas, residuos dejados en la mente por las impresiones, copias de los originales a los que hacen referencia. No es posible pensar en algo que no haya sido percibido previamente por vía sensorial. Más aún, si no es posible presentar o señalar la impresión u original de la cual la idea es una copia, tal idea debería ser descartada pues sería, en ese caso, una idea huera, carente de significado y de «sustancia». En definitiva, nuestro conocimiento no puede extenderse más allá de los datos provistos por las impresiones, por la experiencia sensible. Repetimos: adiós metafísica.

Por dichas razones, HUME rechaza que los seres humanos poseamos conocimiento alguno de un sinnúmero de «cosas», «entes» o «fenómenos» para los cuales resulta imposible identificar un referente actual o real en el mundo de los objetos, o mejor dicho, en el mundo de las percepciones. (HUME no acepta la validez de la dicotomía objeto-percepción del objeto: «Los únicos existentes de los que estamos seguros son las percepciones».) Si no existe una percepción, su «correspondiente» idea es una ficción y, dado su carácter ficticio, su «engaño», debe ser descartado. Pensemos, a manera de ejemplo, en la hermosa y poética idea llamada «unicornio». ¿Se encuentra dicha idea en la mente de muchos seres humanos? Por supuesto que sí. ¿Corresponde esa idea a una percepción? Evidentemente no. Descartémosla, entonces, pues ni siquiera debe ser considerada una *idea* en el sentido correcto del término (no es una copia o imagen de un objeto visto); es una ficción, una invención, una ilusión. HUME no habla de unicornios, pero ofrece otros ejemplos, más controversiales, graves y significativos, del contenido y los alcances de sus planteamientos. Describiremos a continuación algunos de éstos, someramente y en lenguaje sencillo.

Comencemos con la noción de *sustancia*. Los seres humanos vemos algo y, al verlo, captamos sus diversas cualidades (forma, tamaño, color, etcétera). Suponemos entonces que *debajo* de esas cualidades existe, efectivamente, un *sustrato*, un *algo-en-sí*, una «cosa» que «posee» dichas cualidades y de cuya existencia y presencia dependen éstas. Pero, ¿vemos acaso esa «sustancia»? ¿Deriva la idea «sustancia» de una *impresión* o es resultado de la reflexión cuyo objeto es la impresión? ¿Percibimos «sustancias» o percibimos «cualidades»? HUME contesta escuetamente nuestras preguntas: «No existe ninguna impresión o percepción de una cosa llamada sustancia.» Sólo percibimos cualidades. Por lo tanto, la idea sustancia es una ficción. Arrojémosla a las llamas.

La misma conclusión es válida acerca de la noción de «mente» (en el sentido cartesiano de *res cogitans*, cosa que piensa, sustancia mental o ente espiritual). Es común hablar de nuestra mente, afirmar que en «ella» tenemos tales o cuales ideas, que ella nos permite entender las cosas. Hablamos de ella

como de una especie de «cerebro espiritual o inmaterial», independiente y separado del cerebro físico que se encuentra ubicado dentro del cráneo. Pero, preguntemos de nuevo, junto a HUME, ¿hemos visto una «mente»? ¿Tenemos, de «ella», alguna *impresión*? ¿Ha percibido alguno de nosotros una mente? Según HUME, eso que llamamos «mente» no es sino una serie o sucesión de percepciones, no una «cosa», sino una *actividad*. Entonces la mente, como ente autónomo e independiente, es otra ficción, creada o inventada a partir de las múltiples actividades o cualidades que vemos ocurrir. Tan ficticia es la sustancia material como la sustancia mental. *No res extensa. No res cogitans.*

De igual manera HUME critica y rechaza otras «ideas». La idea de la *causalidad* es una de ellas; de hecho, aquélla a la que dedica la mayor atención y sus mejores esfuerzos. Pero no disponemos aquí ni del tiempo ni del espacio para sopesar su análisis. Nos parece suficiente la mirada a los dos ejemplos anteriores para entender claramente su tesis: No es posible conocer algo de lo cual no se tiene una *impresión*. Todo conocimiento se origina en, depende de, se remite a, y consiste en *percepciones*. Ver para creer. El ingenuamente llamado «conocimiento metafísico» no es más que un castillo en el aire, una utopía. Y si no fuera porque el tal castillo no está hecho de madera, lo consignaríamos a las llamas. Sin embargo, dado que el castillo metafísico sólo está hecho de sueños, lo que ha menester es *...despertar*.

¿Por qué, entonces, los seres humanos nos empeñamos en proclamar y defender la validez de los supuestos conocimientos metafísicos? ¿Por qué insistimos en creer en unicornios, mentes, ideas, «normas fundamentales» y principios carentes de referencialidad objetiva material? Entre otras razones, sostiene HUME, porque no nos hemos percatado, o mejor aún, porque hemos olvidado la abismal diferencia existente entre *conocimiento* y *creencia natural* (Platón sí advirtió lúcidamente la disimilitud. Clara y sabiamente distinguió la opinión —*doxa*— del conocimiento-*episteme*. Su error fue conservar la parte endeble de la *dóda* o, visto desde otro ángulo, intentar emplear el extremo correcto en el «mundo» incorrecto). Conocer no es sinónimo de creer, ni de suponer, ni de desear. Querer que una idea exista no la obliga a existir y, obviamente, no nos autoriza a convertirla en objeto del conocimiento. De igual modo, *suponer* la existencia de una norma jurídica, fundamental o fundamentada, da igual, no constriñe su ontogenia.

Debemos concluir nuestra breve y, admitámoslo, superficial discusión de la epistemología humeana con el siguiente —y breve también— examen de los dos tipos de conocimiento señalados por el filósofo. El primero de ellos es el llamado por HUME *relación de ideas*. Se refiere nuestro pensador a las *verdades intuitivas* o *demostrativas* que no dependen de aquello que existe en el universo, *verdades* por definición, asuntos lógicos. A manera de ejemplo, afirmamos que el valor del cuadrado de la hipotenusa en un triángulo rectángulo es igual a la suma de los cuadrados de los catetos no porque

hayamos visto y medido un triángulo, sino porque así lo establece la definición. Ésta es, según HUME, una verdad *demostrativa*, acordada tal por una definición. Por ello, dice HUME que este tipo de conocimiento es irrelevante en cuanto a nuestro entendimiento del mundo real.

El otro tipo de conocimiento recibe el nombre de *cuestiones de hecho* («matters of fact»). Estas «cuestiones» nos proveen información acerca del mundo real (el mundo empírico) porque se derivan de experiencias específicas (percepciones) del mundo externo. Que «el sol sale por la mañana» es una cuestión de hecho, no una verdad por definición. Las cuestiones de hecho no proveen conocimiento seguro a los seres humanos: saber que el sol «salió esta mañana» no nos garantiza que «volverá a salir» mañana en la mañana. Su defecto o debilidad radica en su dependencia del razonamiento inductivo, el cual sólo ofrece una relación o vínculo *probable* entre sus premisas y su conclusión.

Las limitaciones inherentes a ambos tipos de conocimiento conducen a HUME a la postura filosófico-existencial por la cual es principalmente recordado en cualquier historia de la filosofía: el escepticismo. Nuestro conocimiento es, al fin y al cabo, seguro pero irrelevante (conocimiento demostrativo provisto por una relación de ideas) o relevante pero incierto (conocimiento probable inferido de una cuestión de hecho). La certeza y la certidumbre son diosas que se niegan a prodigarnos su gracia.

II. NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO: DEFINICIÓN Y TEORÍA

Los mitos, al igual que los virus, se resisten a morir. Casi inmunes a la muerte resultan ser, especialmente, aquellos «mitos consoladores», los que, de una u otra forma, satisfacen una necesidad básica y primordial del espíritu humano. Tal vez la más elemental de esas necesidades sea la que, en nuestra discusión de la teoría de Platón, llamamos *afán de Realidad*, sinónima, en nuestro juicio, de aquella que KANT llamó *necesidad metafísica* de saber, de entender, de encontrar sentido, explicación y significado a las cosas, a nuestra propia existencia y al universo entero. Dicho *afán de Realidad*, afirmamos entonces, movió a Platón a imaginar —a construir imaginariamente— la existencia de unas *Ideas* trascendentes, eternas e inmutables de cuyo ser pudiera inferirse o «extraerse» luego el conocimiento o la intelección de la realidad empírica. En otras palabras, la *Idea* es, para Platón, el fundamento, principio, causa y origen de toda la empresa epistemológica. Podría creerse que HOBBS, HUME y sus herederos empiristas consiguieron inmolar, de una vez y por todas, el mito platónico y, luego, reemplazarlo por sus explicaciones racionales, realistas, empíricas y sensatas. Pero no fue así. El *Idealismo* continúa con

vida, quizá con mayor vitalidad de la que gozaba en Atenas trescientos años antes de la era común.

Como un ave fénix mitológico que vuelve a resucitar, la inútil, estéril y peligrosa fábula creada en la Academia griega ha transmigrado una vez más, esta vez no en el mundo de la filosofía —mundo en el cual, sin lugar a dudas, reina supremo el discípulo de Sócrates— sino en el mundo del Derecho, en el seno mismo de la teoría jurídica. (Tal vez responda este nuevo avatar al anhelo platónico de que el verdadero filósofo debe saber de todo y opinar sobre todo, pues se convertirá algún día en el soberano del Estado ideal propuesto por Platón.) A este mundo —el del Derecho— dicha idea ha entrado bajo otro nombre y con otra identidad, disfrazada de *Norma Fundamental del Derecho*, concepto cuya definición, posibilidad, alcances y aporías constituyen el meollo del presente ensayo.

La Norma Fundamental es aquélla que «fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico fuera de ella misma» (6). Dado que esta Norma es ajena al sistema jurídico mismo, es decir, dado que se ubica *fuera* de dicho sistema, no puede, a la misma vez, pertenecer al régimen, por lo cual se descarta que pueda ser norma de derecho positivo (7). Algunos teóricos han afirmado que la Norma Fundamental «no es el sentido de un acto de voluntad sino que es presupuesto en el pensamiento...» (8), es decir, que se encuentra dada en la estructura del pensamiento humano de forma *a priori*, como las categorías o las intuiciones kantianas, y no es producto del querer o la voluntad del ser humano.

La Norma cuya naturaleza investigamos es tanto fundamento de sí misma como también del sistema que de ella emana. Por ende, no admite ninguna otra fundamentación pues, obviamente, de hacerlo se despojaría a sí misma del título. Sin embargo, esto no significa que carezca de *todo* tipo de fundamentación. Algunos han sugerido que la fundamentación que a ella no le es permitida es aquélla de su propia naturaleza, género o sustancia, es decir, de naturaleza *jurídica*, de *derecho* también, pero que es admisible cimentarla o apoyarla sobre una base moral o social (9). Kelsen —que, como se verá, informa la concepción principal de la Norma Fundamental— no parece admitir ningún tipo de base externa para ella, tildando de improcedente cualquier pregunta que al respecto se formule:

Es una norma «base» porque nada puede preguntarse de la fundamentación de su vigencia; por tanto, no es norma positiva alguna, sino una norma supues-

(6) ALEX, pág. 96.

(7) *Ibid.*, pág. 107.

(8) Kelsen, citado en ALEX, pág. 110. Kelsen, sin embargo, se retractó al final de su vida de esta hipótesis y renunció a ella. Véase *infra*, pág. 20 de este ensayo.

(9) ALEX, pág. 113.

ta. No es norma positiva alguna establecida a través de un acto de voluntad real, sino una norma supuesta en el pensamiento jurídico, es decir —como ya fue señalado anteriormente— una norma simulada. Ella expone la última base de vigencia de todas las normas construidas del ordenamiento de derecho (10).

Nótese inmediatamente la afirmación, reiterada, de la índole *supuesta* de la Norma Fundamental. Con ella se reconoce, quizá involuntariamente, que ella es un «presupuesto meramente posible o meramente hipotético» (11), una norma «meramente pensada» (12). En otras palabras, la Norma Fundamental no pertenece al orden empírico, sino al racional y, por lo tanto, como todos los constituyentes de este orden, es un constructo de la mente humana (o, de acuerdo con otra interpretación, un *descubrimiento* hecho por ésta). Tal vez una analogía nos ayude a comprender mejor lo que del objeto de nuestro estudio se ha dicho hasta el momento.

Con el propósito de explicar el concepto de *persona jurídica*, REALE recurre a dos teorías cuyos contenidos habrán de arrojar luz a la interpretación del concepto nuestro (al menos eso esperamos). La primera de ellas, autoría de SAVIGNY, sostiene que la persona jurídica es un «artificio técnico impuesto por las necesidades de la vida social. No existe como entidad dotada de existencia propia, sino como instrumento técnico, como una conceptualización ficticia...» (13). REALE asegura que esta teoría no corresponde a la práctica del Derecho y amonesta a quienes cometen el error de pensar que «sólo es real lo que es tangible y, en último análisis, que realidad es sinónimo de cosa que se ve, que se toca y que se siente» (14). La segunda teoría —*organicista* o *real*— ve en la *persona jurídica* una «entidad nueva», un grupo que «posee existencia propia, que no se confunde con la de los miembros del grupo» (15). La crítica hecha por REALE a esta hipótesis es digna de recordar: esta teoría «exagera al conferir a las personas jurídicas una existencia sustancial, una efectiva existencia real que bien podríamos llamar ontológica» (16).

El problema de definición del concepto «persona jurídica» es análogo al nuestro. Algunos han querido ver en el concepto Norma Fundamental una «nueva entidad» que posee «existencia propia», una especie de sustancia tenedora de «existencia real ontológica», una nueva clase de *res cogitans* autónoma y pre-existente, inmaterial, pero real, tan Real, repetimos, como era para Platón su Idea. Otros —incluido el que esto escribe— tildan de «crédulo

(10) Kelsen, *Teoría general de las normas*, pág. 251.

(11) Alexy, pág. 109.

(12) *Ibid.*, pág. 115.

(13) Reale, pág. 187.

(14) *Ibid.*, pág. 189.

(15) *Ibid.*, pág. 188.

(16) *Ibid.*, pág. 188.

los idealistas» a los anteriores y aseguran que la Norma Fundamental no es más que, literalmente, «un artificio técnico», una «conceptuación ficticia», tan ficticia como Papá Pitufo, San Claus o el Mago de Oz, tan interesante como éstos y, en ocasiones, igualmente útil y provechosa, pero ficción a pesar de todo.

La *suposición* de la Norma Fundamental es, como intentamos demostrar a continuación, equivalente, en muchos sentidos, al «*cogito*» de Descartes, su «*indubitandum*», el punto de partida del cual no se puede prescindir (es esto lo que algunos creen) si se quiere construir un ordenamiento jurídico sobre la roca y no sobre la arena. En papel de «punto de partida» esta Norma sirve a varios propósitos. En primer lugar, es el «instrumento más importante para la superación del círculo contenido en el concepto de la validez jurídica...» (17). Este círculo se crea al aseverarse que la validez o legitimidad de una norma depende, al menos parcialmente, de que su confección se haya realizado de acuerdo con el ordenamiento vigente (es decir, por un órgano competente, en la manera prescrita, etcétera), ordenamiento que, afirma el mismo razonamiento, es válido *precisamente* en virtud de una norma válida que le antecede. Aclaremos este *petitio principii* presentándolo de manera más escueta: una norma es válida porque brota de un ordenamiento válido, el cual es válido porque fue creado en virtud de una norma válida. El círculo vicioso de este argumento es manifiesto y, además, inaceptable. La suposición de una Norma Fundamental resuelve el problema al proveer el *principii*, el inicio, el punto de partida que no retorna a formar un círculo por no ser ella misma parte del ordenamiento que sobre ella se construye.

El segundo propósito servido mediante la suposición de la Norma Fundamental no es menos importante. Consiste éste en «posibilitar el paso de un ser a un deber ser». Explicamos: el obstáculo más formidable que debe salvarse en la carrera por construir una teoría ética o jurídica, lo constituye el problema de la imposibilidad de un tránsito del *ser* al *deber ser*. *Lo que es, es*, decía nuestro amigo Parménides, pero —y esto es algo que él no dijo— de lo que *es* no es posible deducir lo que *debe ser* (de hecho, si Parménides se hubiese interesado en otras áreas, distintas de la ontología, seguramente habría rechazado la categoría del *deber ser*, pues dado que el *ser es* no existe nada que *deba ser*, que esté *obligado a ser*, que *tenga que ser*. El *deber ser* se refiere a la normativa que invita y exhorta a ser lo que no se es, pero dado que del *Ser* no puede predicarse que *no es* queda excluida entonces la posibilidad de un *deber ser*). En palabras de ALEXY: «Pero, de un ser, más exactamente de una clase cualquiera de enunciados exclusivamente empíricos, no se sigue nunca *lógicamente* un enunciado normativo» (18). Una vez más, los

(17) ALEXY, pág. 95.

(18) *Ibid.*, pág. 97.

defensores de la Norma Fundamental afirman que ésta supera la dificultad al convertirse en *punte* entre el ser y el deber ser, puente que transforma aquella categoría (ser) en ésta (deber ser) al «interpretar a determinados hechos como hechos creadores de derecho...» (19).

Finalmente, los apologistas de la Norma Fundamental la presentan como la panacea que desata el nudo gordiano del *regressus in infinitum*. La encrucijada del *regressus* nace, originalmente, de la pregunta filosófica sobre la creación del universo: ¿Es el mundo creado o eterno? Quienes se inclinan por la primera opción rechazan la posibilidad de un regreso infinito en el tiempo y, por ende, reclaman la existencia de un comienzo, de un *origen no originado*. Aplicado esto al tema que nos ocupa, procedería la siguiente elucidación: Kelsen —y junto a él casi todos los teóricos del Derecho— sostiene que la creación de una norma procede siempre de otra norma antecedente. Es decir, una norma nace siempre de otra norma.

El orden jurídico... no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí... sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta (20).

No es difícil constatar la veracidad de esta hipótesis si observamos el devenir de las normas en la realidad del proceso jurídico concreto de cualquier sociedad. Así,

[L]a Constitución es «fuente» de leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es «fuente» de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es «fuente» del deber que impone a las partes, y así sucesivamente (21).

Este proceso o *regreso* no puede, según estos teóricos, continuar indefinidamente (22). La idea de un *regressus ad infinitum* es, para ellos, imposible de aceptar. Dada esta imposibilidad o *inaceptabilidad* de un *regressus ad infinitum*, Kelsen se ve obligado a detener el proceso en algún punto, postulando a tales efectos la existencia de una norma cuya creación no fue determinada por otra, mejor dicho, que *no fue creada*, que antecede a todas las demás normas, pero no es ella misma precedida por ninguna otra, una norma que, si se nos permite abusar de las palabras usadas por ATANASIO para describir la naturaleza del Hijo, es «engendada pero no creada». Ésta es la norma que ha sido llamada por algunos «Norma Fundamental».

(19) *Ibid.*, pág. 106.

(20) Kelsen, *Teoría general del derecho del estado*, pág. 146.

(21) *Ibid.*, pág. 155.

(22) *Ibid.*, pág. 70.

Alexy identifica tres tipos de normas fundamentales (23). La versión que disecaremos en las páginas restantes de este ensayo no pertenece a ese trío, pero posee evidentes vínculos que la atan, en múltiples maneras, a la concepción kelsiana de la «norma base». Nos referimos a la interpretación que de aquélla hace el distinguido abogado y jurista DOMINGO RIVERA COLOMER, profesor en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos.

III. LA NORMA FUNDAMENTAL EN EL PENSAMIENTO DE RIVERA COLOMER

Defiende RIVERA COLOMER la existencia —real, ontológica, metafísica— de una Norma Fundamental de incuestionable parentesco con la Idea platónica, es decir, existente en sí misma y por sí misma, autónoma, independiente de cualquier acto de voluntad humana, pre-existente, inmutable y trascendente. Esta norma regula, *ex opere operato*, la realidad jurídica concreta de la sociedad humana. Mucho de lo contenido en esta concepción deriva o se infiere —inválidamente, a nuestro entender— del concepto kelsiano. Por ello, la crítica que iniciamos a continuación debe abordarse solamente como crítica de la norma base kelsiana *en* el pensamiento colomeriano. Repetimos, sin embargo, que Kelsen mismo no predica de su «norma base» muchos de los atributos que RIVERA COLOMER adscribe a su «Norma Fundamental».

Antes de comenzar con nuestra crítica, o tal vez a manera de aperitivo crítico, deseamos destacar varias propiedades atribuidas por RIVERA COLOMER a su concepto y las que claramente convierten a éste en heredero del Idealismo platónico-cartesiano. En primer lugar, la Norma Fundamental es un «mandato anónimo», es decir, un mandato sin mandante, abstracto, absolutamente objetivo, un mandato que no se origina en una voluntad. ¿Puede existir algo semejante en la arena de la realidad? ¿Es, acaso, posible concebir una grabación que no haya sido grabada, o un pensamiento que no haya sido pensado? La frase «mandato anónimo» es una contradicción terminológica insostenible, pues cada uno de sus términos cancela al otro. En segundo lugar, la Norma colomeriana es conocida (aunque ya veremos que por su propia naturaleza *ni siquiera puede ser conocida*) mediante una «conciencia indirecta». Esta locución hace referencia a un mecanismo cognoscitivo comparable a la *intuición* cartesiana pues, al igual que ésta, capta su objeto *inmediatamente* (i.e., sin necesidad de un medio o intermediario). Sin embargo, preguntamos nuevamente: ¿existe tal mecanismo? ¿puede el ser humano conocer algo sin la intervención de una mediación? Creemos que no. Todo conocimiento es co-

(23) ALEXY, pág. 96.

nocimiento mediato (mediado). La mente humana, como bien lo demostró LOCKE, es una *tábula rasa* y todo lo que a ella llega adviene *por medio* de la experiencia (aun KANT admitió esto). Más aún, quien sostenga la idea de la presencia de una conciencia inmediata en el ser humano se verá obligado a aceptar previamente la existencia de alguna idea innata, pues es ésta requisito *sine qua non* de aquélla. Pero esto significaría defender una hipótesis recurriendo a otra que, para colmo, es más débil y frágil que la primera, pues las ideas innatas, como bien lo demostraron LOCKE y compañía, no existen. Toda idea en el laboratorio mental humano llegó allí a través de los sentidos o fue construida por el laboratorista a partir de las ideas provistas por éstos. En resumen, no puede haber una conciencia indirecta de nada porque la *immediatez* cognitiva es una facultad que no nos ha sido concedida y, además, porque nada existe que pudiera ser objeto de tan hipotética conciencia.

En tercer lugar, RIVERA COLOMER ofrece la característica que, a todas luces, constituye el *talón de Aquiles* de su concepto. (Aunque, insistimos, las dos anteriores son también calcañares del mítico héroe.) La Norma Fundamental, dice, corresponde a un «sujeto ideal impersonal». Con este concepto, el distinguido jurista nos coloca en una posición de difícil salida pues, a decir verdad, no tenemos ni la más remota idea de lo que sea o pudiera ser un «sujeto ideal impersonal». Los sujetos, por definición, son personas, es decir, individuos de la especie humana, hombres o mujeres de carne y hueso, reales, concretos, históricos, sociales y sociables, seres corpóreos que sienten y padecen, viven y mueren. (Nótese que no usamos aquí el concepto *persona* en su acepción jurídica.) No es posible siquiera imaginar un «sujeto impersonal», pues un sujeto que no es persona ni siquiera es sujeto. La expresión «sujeto impersonal» es una *contradictio in subjecto*, una contradicción esencial y existencial, una imposibilidad lógica y empírica. Hablar de un «sujeto impersonal» es análogo a hablar de «agua seca», de «independentistas estadistas» o, como decía la canción, «de subir pa'bajo». Como si esto fuera poco, se nos pide también que aceptemos la *idealidad* del imaginario sujeto. Con ella regresamos —¡otra vez!— al *Topos Noetos* platónico e ingresamos, tal vez sin percatarnos, a la esfera de la Religión, pues un «sujeto ideal» no es otra cosa que un «alma etérea». No es éste el lugar para iniciar una discusión teológica acerca de la existencia del alma. Bástenos con afirmar que la existencia de dicho ente, imaginado originalmente por los pitagóricos, presumido por Platón y creído por los hebreos luego de, y debido a, su sometimiento al proceso de helenización, no es una hipótesis empíricamente verificable, no constituye conocimiento científico y no es ni siquiera una verdad netamente cristiana. Sólo la fe (cuya validez no negamos, pero cuyas pretensiones exigen y merecen supervisión) puede reclamar acceso al mundo espiritual y, con ello, al conjeturado «sujeto ideal» o alma. Pero la Ciencia Jurídica no es provincia de la Fe.

La especulación acerca de la existencia de esta nueva versión de *res cogitans* (después de todo, a esto se reduce el concepto en cuestión) conduce a RIVERA COLOMER de regreso a su primer planteamiento. Si la Norma Fundamental corresponde a un «sujeto ideal impersonal», entonces no se origina en un sujeto personal concreto y, por ende, no se desprende de un acto de voluntad humano, no es norma volitiva en el plano humanal. Por ello, nuestro profesor afirmaba que su Norma es un «mandato anónimo». Esta última falencia fue también cometida por KELSEN en sus primeras interpretaciones sobre su «norma base». Ya hemos visto la «confesión» kelsiana mediante la cual admite haber creído en un absoluto divorcio de Norma Fundamental y voluntad humana específica: «He expuesto toda mi teoría de la norma fundamental como una norma que no es el sentido de un acto de voluntad sino que es presupuesto en el pensamiento». Afortunadamente, KELSEN se percata de su equivocación y se retracta, en sus escritos tardíos, de su error: «Desgraciadamente tengo que admitir, señores, que ya no puedo sostener esta teoría, que tengo que renunciar a ella» (24).

Aplaudimos a KELSEN el haber renunciado a la hipótesis de la antítesis *Norma Fundamental-voluntad humana*. La Norma Fundamental, toda norma, cualquier norma, todo mandato, se encuentra inexorablemente ligado a una voluntad, la voluntad del ser humano. Ésta es una verdad que nos parece perfectamente evidente y sensata. Sin embargo, otros autores, al igual que el KELSEN «inverso», han sostenido (aunque sin sostén) la postura contraria. Veamos el caso de BETTI:

[H]a sido y todavía sirve de obstáculo un viejo y tenaz prejuicio voluntarista tendente a concebir la ley como la «manifestación de una voluntad», cristalizada y agotada en sí misma. Una irreflexiva concepción antropomórfica radicada en la inercia mental y contraria a la autocrítica induce, en efecto, a los juristas a imaginarse la ley según un prejuicio *psicológico*, como surgida de una personalidad a semejanza de un hombre real que decide y manda [3], y por consecuencia les induce a imaginarse la misma norma como un «mandato» o un «imperativo» [4] (25).

Esta concepción, tildada por BETTI de «dogma de la voluntad», no corresponde, según él, a la realidad y es, en el mejor de los casos, una ingenua tergiversación de los hechos:

[N]i en la nomogénesis ni en la ley emanada es posible verificar esa presunta «voluntad». Así, en la formación de normas por vía de autonomía, como sucede en la costumbre, es evidente el carácter de espontaneidad y la ausencia de una particular voluntad que vaya dirigida a dictar normas... (26).

(24) KELSEN, citado en ALEX, pág. 110.

(25) BETTI, pág. 239.

(26) *Ibid.*, pág. 242.

¿Cómo defiende BETTI su comentario? No lo defiende, simplemente pretende imponerlo de manera dogmática. Aparte del inaudito ataque *ad hominem* por el cual se vitupera a los «secuaces» (con toda la carga emotiva peyorativa contenida en el término) de la escuela voluntarista, tachándolos de prejuiciados, irreflexivos, imbéciles (padecen de «inercia mental») y creídos (no practican la «autocrítica»), nada se ofrece que posea al menos un leve aroma a sustentación lógico-científica de su tesis. Sus ideas deben ser aceptadas, junto a las ideas del sujeto impersonal, conocimiento innato, *res cogitans* y tantas otras, por fe y sólo por fe. Interessantemente, su línea de pensamiento lo conduce finalmente a una anagogía anacrónica, a una teoría de la interpretación del texto de la ley que excluye un acercamiento a la investigación de la voluntad original del legislador y, precisamente por esta exclusión, no le queda más remedio que recurrir a una hermenéutica mágica que busca en las palabras del texto y, sobre todo, en su sintaxis, la mística exégesis de sí mismas:

En cambio, en la interpretación de la ley no es admisible recurrir a *medios extratextuales* relacionados con el proceso de su formación, sino como se acude a cualquier otro precedente histórico (tales, los trabajos preparatorios), la referencia a la «intención del legislador», bien lejos de remitir al intérprete a medios semejantes se sitúa... en el mismo plano del «significado propio de las palabras según las conexiones entre ellas». (Énfasis suplido.) (27).

Toda esta charla sobre un mandato sin mandante, ley sin legislador y norma sin voluntad, nos recuerda la amena teoría pre-científica de la «generación espontánea», según la cual los gusanos en la carne nada tenían que ver con las moscas que en ella se posaban. Los gusanos simplemente «surgían», «aparecían», «estaban allí». ¡Abracadabra, del sombrero salió un conejo! Desafortunadamente el orden de cosas en el planeta Tierra no confirma esta mentalidad. Así como el análisis científico demostró que los gusanos no procedían *ex nihilo*, la consideración detenida del origen, desarrollo y confirmación, de la historia y la «biografía» de las normas evidencia su incontrovertible filiación de la voluntad humana.

Toda norma emana, en última instancia, de la voluntad de un sujeto (o varios sujetos), de un querer, de una volición. Del accidente que consiste en no poder identificarse o señalarse la específica voluntad de la que asoma la norma no es correcto inferir la inexistencia de dicha voluntad, así como tampoco inferimos la inexistencia del autor de estas líneas meramente porque no lo veamos, porque se haya ido lejos o porque haya muerto. Distancia, en este contexto y en su sentido temporal, no es sinónimo de ausencia («no-existencia»). La norma existe, *es*, porque —y sólo porque— alguien la pensó,

(27) *Ibid.*, pág. 243.

la creó, la produjo, la elaboró, etcétera. Sin *algún alguien* no existiría *ninguna* norma. Sin embargo, esto no significa que la validez y vigencia de la norma dependan de la continua subsistencia del sujeto que originalmente la concibió. Los individuos que, en el presente, *quieren* que otros se conduzcan de tal o cual forma no tienen que ser, necesariamente, los mismos que *quisieron* originalmente ese comportamiento (los que lo «volieron», para usar un vocablo de novedosa y privada acuñación). La sociedad, compuesta por individuos, se *apropia* de, hace suya la voluntad inicial del *legislador* primevo (quien hubiere pensado y expresado la norma en primer lugar) y, de esta forma, en el presente, la norma continúa siendo la expresión de la voluntad de uno o varios individuos. La voluntad primeval continúa existiendo en la *memoria* de los seres humanos, sea ésta entendida como memoria oral o escrita, es decir, en la *tradición oral* o en la *escrita*, en la costumbre y práctica que pasa de generación a generación mediante la repetición del discurso hablado o en pergaminos y papeles (o hasta en tablas de piedra, según sea el caso).

Un mandato cualquiera, por ejemplo: «no matarás», debe servirnos para ilustrar nuestro punto. «No matarás»: esta norma es la expresión verbal de la voluntad de una persona que murió hace ya más de 3.000 años (nos referimos a Moisés, aunque, obviamente, hubo otros con idéntica voluntad antes y después de él). ¿Por qué es aún válida —vigente— esta norma? ¿Acaso porque responde a, o representa, una Norma Fundamental «etérea, pre-existente, trascendente y autónoma», independiente de la volición humana? ¿Es ella un *imperativo categórico*, como lo afirmaba KANT, independiente incluso de la voluntad del mismo Ser divino? Nada de esto. Es una norma válida y mandatoria porque sigue encerrando —expresando— el deseo, el querer, la voluntad de su autor original, voluntad que, como dijimos anteriormente, ha sido interiorizada, adoptada, apropiada o *adueñada* por innumerables individuos y sociedades en variadas épocas y lugares, las que han venido a querer, a desear, lo que el mismo Moisés deseaba (o algo ciertamente similar). La norma, por lo tanto, no es autónoma, es, sigue siendo, y siempre ha sido la expresión lingüística de la voluntad de uno o varios sujetos.

«El derecho, apunta cierta teoría, es la orden del soberano» (28). Aunque HART critica esta teoría y descarta buena parte de sus proposiciones, reconoce, no obstante, su valor como «punto de partida» (29). A nosotros no nos cabe duda de que el Derecho (entendido como régimen de normas) es siempre resultado de la expresión de la voluntad del soberano, hecha la obligada salvedad de que el «soberano» puede ser casi cualquiera, desde un dios imaginario e imaginado que personifica la proyección de los miedos y aspiracio-

(28) HART, pág. 57.

(29) *Ibid.*, pág. 102.

nes del grupo, un individuo con poder físico o psicológico (Moisés, Mahoma, Napoleón), un grupo con poder (posiblemente con mayor poder que otros grupos), hasta ese gran ideal democrático, el pueblo, (aunque en la larga y tortuosa historia de la humanidad sólo en muy escasas ocasiones éste haya sido, de hecho, soberano). Sea cual fuere nuestra definición de soberano, una cosa queda clara: el derecho no emana de normas fundamentales trascendentes, emana de la voluntad humana.

Su positividad estriba en que la vigencia de una norma está condicionada al acto de voluntad, cuyo sentido es la norma. Y entonces aquí el problema es el de la posibilidad de empleo de un principio lógico a las normas positivas de la moral y del derecho. Ningún [sic] imperativo sin emperador, ninguna norma sin una autoridad encargada de establecer normas; es decir, *no hay norma sin un acto de voluntad*, cuyo sentido es la norma. (Énfasis suplido.) (30).

Creemos apropiado resumir todo lo anteriormente dicho mediante una lapidaria oración, preñada de significación y posibilidad: «Con todo, pensamos que el Derecho es siempre *voluntas*» (31).

IV. APORÍAS EN EL CONCEPTO DE NORMA FUNDAMENTAL

Más allá de esta crítica preliminar de carácter prologal, creemos que es posible identificar sin mayor dificultad diez aporías, lógicas, filosóficas, sustantivas y de otras índoles, en el concepto de Norma Fundamental del Derecho. A pesar de que el análisis y discusión de cada una de ellas meritara la redacción de diez ensayos respectivos, ofrecemos a continuación un somero examen de sus contenidos e implicaciones de mayor envergadura.

Primeramente, es obvio que la mera idea de Norma Fundamental constituye una duplicación innecesaria en el intento de fundamentación del ordenamiento jurídico. Esta duplicación o superfluidad fue ya señalada por HART al explicar que una vez aceptada la existencia y validez de la Constitución como fundamento del orden jurídico queda excusada toda gestión destinada a encontrar un cimiento anterior para ella (32). Dicho de manera más simple: una vez encontrado aquello que es, *de facto*, el fundamento del sistema, toda búsqueda ulterior resulta redundante.

La segunda aporía es efecto de la primera. La continuación de la búsqueda de un fundamento para el fundamento cierto (la Constitución) degenera, tarde o temprano, en *círculo vicioso* que insiste en encontrar nuevos cimientos para

(30) Kelsen, *Teoría general de las normas*, pág. 231.

(31) Reale, pág. 90.

(32) Hart, citado en Alexy, pág. 98.

el recientemente descubierto. Resulta irónico, entonces, que una idea creada como postulado destinado a resolver el problema de la circularidad contribuya a exacerbarlo. De hecho, es necesario recalcar que la Norma Fundamental no resuelve el problema de la circularidad, simplemente lo procrastina o difiere.

El tercer problema que confrontamos al examinar nuestra hipotética Norma es el de su naturaleza. La Norma Fundamental, ya hemos visto, es una norma «supuesta», «pensada» y «simulada». Ahora bien, si es supuesta, alguien ha de haberla supuesto; si es pensada entonces alguien la pensó... ¿Captamos la iluminación? Una norma pensada, supuesta, simulada, etcétera, no es un ente pre-existente (a no ser, claro está, que hayamos regresado a Parménides), sino creado en el tiempo y en el espacio, una hechura humana y, como tal, norma positiva, positivizada, construida histórica y socialmente.

Sólo Platón y —en cierto sentido— BERKELEY sostuvieron en su día la peregrina idea de pensamientos «impensados», independientes de la actividad humana que llamamos «pensar». BERKELEY, es menester admitir, tuvo al menos la precaución de figurarse una mente divina que «piensa» este tipo de «pensamientos», otorgándoles, al pensarlos, existencia real y objetiva. Pero la remisión de una norma jurídica a la esfera del pensamiento de Dios convertiría entonces a Éste en el auténtico y último Fundamento del Derecho. La Norma Fundamental dejaría así de ser, estrictamente hablando, «Fundamental» y nuestra pretendida teoría del Derecho no sería otra cosa sino mero accesorio de la Teología.

En su *Introducción crítica al derecho natural*, JAVIER HERVADA escribe una interesante observación que sirve de introito a nuestra cuarta crítica: «Por eso, una vez establecida la noción de derecho natural, la primera cuestión que debe ocuparnos es la de su existencia. ¿En qué se funda la existencia del derecho natural?» (33). HERVADA no habla aquí, esto es palmario, del tema que nos ocupa (aunque, a decir verdad, cualquier discusión sobre una Norma Fundamental previa al Derecho positivo desembocará forzosamente en discusión acerca de Derecho natural), pero su preocupación es ahora la nuestra pues, si hemos de continuar nuestra crítica, ya es hora de formularnos la pregunta primordial: ¿Existe una Norma Fundamental del Derecho? ¿En qué se funda su existencia?

La respuesta a esta pregunta es sencilla: la Norma Fundamental no existe, no tiene *ser ontológico*, no es real, es tan solo un *supuesto* del pensamiento, fundado en la imaginación y la facultad inventiva del ser humano. Kelsen acepta el valor o la utilidad de este concepto como zapata sobre la cual se construye la primera Constitución, pero reconoce (véase *supra*, pág. 14) que el mismo es tan solo un supuesto y, por consiguiente, una ficción:

(33) HERVADA, pág. 82.

Ya que esto no puede ser *regressus in infinitum* alguno, se debe llegar a una *norma base* que ya no pueda ser ulteriormente fundamentada. Ella es la respuesta a la pregunta del porqué me debo comportar de una determinada manera. Pero esta respuesta tiene el carácter de una ficción (34).

No puede ser de otra manera, porque, como él mismo escribe, «una norma que no ha sido “puesta”, sino solamente “supuesta”, no pertenece al dominio de la realidad» (35). Por supuesto, queda siempre disponible la alternativa de creer en *otra realidad* u otra *esfera* de la realidad dentro de la cual pudieran existir las ideas y las normas supuestas, pero no es ésa una alternativa dada a la investigación lógico-científica. Dejémosla, pues, para entretenimiento de los parasicólogos.

La quinta aporía es producto de la confrontación de la teoría que estudiamos con, precisamente, la realidad, la historia y los hechos. La realidad, entendida ésta como aquello que realmente ocurre, lo que aconteció y cómo aconteció, en una palabra, los hechos, demuestra que el orden jurídico o normativo responde a factores materiales, económicos, sociales y políticos y que, para su confección no se partió de, ni se utilizó nunca, una norma base o matriz. Algunos (véase arriba) han defendido la existencia de la Norma Fundamental arguyendo que es de ella que procede la Constitución. Es decir, que la Constitución de un pueblo o nación es una especie de *efluvi*o desprendido de la referida norma. Nada más contrario a los hechos y a la historia. Tómese, por ejemplo, la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. ¿Se originó ésta en alguna Norma Fundamental? ¿Responde, acaso, a las exigencias de un principio *a priori*, pre-existente, etéreo y trascendente? ¿Por qué razón no encontramos en ella la malograda Sección 20 de la Carta de Derechos? (36) ¿Por qué contradecía el espíritu de la Norma Fundamental o porque no le gustó a los miembros del Congreso de los Estados Unidos? ¿Responde, en definitiva, nuestra Constitución —cualquier Constitución— a principios extra-terrenos inmutables o a los ideales, sueños, aspiraciones, temores, prejuicios y equívocos de aquéllos que la crean y la redactan? Un análisis desapasionado y objetivo nos conducirá a concluir que la segunda respuesta es la única compatible con los hechos históricos. La Constitución es «parida» por los seres humanos y refleja, por tanto, las virtudes y defectos de los mismos. La Constitución de un pueblo y todo el edificio normativo que sobre ella se construye son, repitiendo las palabras de Nietzsche, fenómenos «humanos, demasiado humanos».

(34) Kelsen, *Teoría general de las normas*, pág. 377.

(35) Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pág. 70.

(36) Véase GODREAU [(1986) *RJUPR*, 55, núm. 1, págs. 42-43].

Aun cuando fuese posible demostrar la existencia de la Norma Fundamental (existencia que, insistimos, no es demostrable), su ser no garantizaría su *justicia*. Ésta es nuestra sexta objeción al concepto. Que una norma *exista*, que en realidad *sea*, que pertenezca a la esfera de lo Real, no significa, automáticamente, que sea a la misma vez una norma justa. La existencia de algo nada nos informa acerca de su naturaleza o calidad. Más aún, cualquier presunción de justicia atribuida a una Norma Fundamental pre-humana se vería profundamente zarandeada por la elemental sospecha de que al ser anterior a, e independiente de, la experiencia humana, no es fruto de ésta y, por lo tanto, no corresponde a ella. En otras palabras, una Norma Fundamental supra o extrahumana aplicada como postizo a la experiencia humana resultaría tan irrelevante, impertinente y, por qué no, tan injusta como una norma humana aplicada a la convivencia social marciana.

No se piense, por causa del breve espacio dedicado a él en este ensayo, que el problema de la relación de la justicia con la Norma Fundamental es asunto intrascendente. El Derecho es —o debería ser— encarnación de justicia, y por ende, una norma de cuya justicia no se posea certeza absoluta no debería jamás designarse como fundamento para él. No basta, entonces, con probar la *existencia* de la Norma Fundamental. Sus apologistas tienen también la obligación de evidenciar su *naturaleza justa*. El peso de la prueba recae sobre ellos.

Al presentar la séptima aporía recurrimos, en contra de nuestra voluntad, a un concepto para el cual no hemos encontrado un término apropiado en nuestro idioma. Nos referimos a lo que en inglés suele llamarse «wishful thinking», la creencia de que aquello que deseamos con todas nuestras fuerzas debe existir. La actitud de «wishful thinking» conduce a quien la padece a creer que el mero *desear* que algo exista, o más grave aún, el hecho de *necesitar* que algo exista, logra que, de hecho, ese algo exista. Piénsese, a manera de ejemplo, en las siguientes palabras de Kelsen: «Estas series de normas jurídicas *no pueden*, sin embargo, prolongarse indefinidamente. *Debe haber* una última norma de la serie...» (37) (letra *italica* suplida). ¿Debe haberla? El hecho de que la *necesitemos* para resolver el problema del *regressus in infinitum*, ¿la trae a la existencia?

Construyamos una analogía. La filosofía personal de quien escribe este ensayo le hace pensar que la existencia de Dios es requisito irremplazable para la construcción de un Universo pletórico de sentido, propósito y significado. Si Dios no existe, cree el autor, el Universo, la vida misma, carece de significado. Tiene, entonces, el escritor la *necesidad* de que Dios exista; Dios debe existir. Mas esta necesidad subjetiva no garantiza ni demuestra la exis-

(37) Kelsen, *Teoría general del derecho del estado*, pág. 70.

tencia de Dios, de la misma manera que la necesidad que tengamos de que nuestra pareja nos ame no hace, *ipso facto*, real ese amor. ¿Cree el lector en la existencia de Dios simplemente porque hay alguien que desea o necesita dicha existencia para poder explicarse el mundo? ¿Debemos creer en una Norma Fundamental por el mero hecho de que sin ella nuestra teoría se desmorona?

El octavo problema creado por el concepto que estudiamos es el de su pretendida *universalidad*. Una Norma Fundamental autónoma e inmutable es, por definición, universal, como el prodigioso *imperativo categórico* kantiano. Universal significa *común*, *católico*, *completo*, es decir, aceptado por *todos*. Entonces, es de esperar que una Norma universal sea reconocida por todos los seres humanos, o por lo menos por todos los seres humanos que se sumergen en el océano del Derecho. ¿Existe una norma así? La respuesta nos la ofrece Locke en su sucinta acometida contra la noción de *idea innata*: si no está presente en la mente de los niños y de los imbeciles (por mencionar sólo algunos), no es una idea universal y, como consecuencia, no es correcto atribuírsele autoridad absoluta e inmutable. Sobra decir que una Norma Fundamental que no es universal, sino particular o parcial no puede ser, estrictamente hablando, Fundamental.

El penúltimo obstáculo en el camino hacia la Norma Fundamental es aquél que nos mueve a llamarla *unicornio* jurídico. Un unicornio es un animal inexistente, creado por la imaginación humana, producto de la fantasía. De acuerdo con la leyenda, su único cuerno posee poderes mágicos, misteriosos y, asunto más práctico y mundano, afrodisíacos, razón que ha movido a muchos a sacrificar vida y hacienda en vanos peregrinajes en pos de este singular equino. Los unicornios no existen, pero sí existe una palabra para designarlos. Es posible hablar de ellos, imaginarlos, discutir sus cualidades y convertirlos, como en el caso presente, en tema válido de discurso intelectual. Pero aun así no existen. ¿Por qué, entonces, muchos han afirmado y defendido su existencia? ¿Por qué algunos continúan afirmándola en el presente? La respuesta nos la ofrece la Lógica, árbitro imparcial y severo que no admite cohecho: la atribución de existencia a un objeto de la imaginación constituye una falacia, es decir, es resultado de un vicio en la línea de razonamiento.

La falacia cometida en el caso de los unicornios recibe el nombre de *palabras mágicas*. Consiste la misma en creer —erróneamente, por supuesto— que la presencia de una palabra garantiza la existencia de la cosa a la que esa palabra hace referencia; es decir, que la existencia del signo (la palabra) es prueba suficiente de la existencia de un referente real, concreto y objetivo. Este razonamiento falaz no advierte que las palabras son etiquetas y que, algunas veces, se colocan sobre frascos vacíos. Hablar de «algo» no demuestra, necesariamente, que exista ese «algo», como tampoco lo demuestra el mero hecho de desearlo o necesitarlo.

[I]mponiendo conceptos jurídicos indefinidos se logra eso, la indefinición. Pero, como a esa indefinición se llega mediante el empleo de palabras sin rigor, que pretenden servirse como conceptos, se llega, así, al *conceptualismo*, esto es a la magia de la palabra, como si la simple expresión ya encerrase una rotunda realidad, cuando su dudoso contenido es el vacío (38).

Llegamos entonces a nuestra última crítica, la que, en cierta forma, resume, y procede de, las nueve anteriores. Toda disquisición ontológica revierte, tarde o temprano, en indagación epistemológica. La ontología, como dijera un filósofo cuyo nombre hemos olvidado, no es sino un pretexto para la epistemología. Hasta aquí hemos venido hablando sobre el problema de la posible existencia de la Norma Fundamental. Hablemos, entonces, ahora de su «conocimiento». ¿Tenemos, acaso, noticia de una Norma Fundamental? ¿La conocemos? ¿Es ella *objeto* del conocimiento? ¿Pertenece al universo de lo cognoscible? En definitiva, ¿es posible una epistemología de la Norma Fundamental?

Supongamos, en aras de la continuación del debate filosófico, que es posible conocer la escurridiza Norma. Aparece, en tal caso, otra pregunta: ¿cómo la conocemos? ¿Cuál es, o cuáles son los mecanismos cognoscitivos mediante los cuales se logra acceder, al menos, a una inteligencia aceptable del concepto? ¿Qué herramientas epistemológicas tenemos a nuestra disposición para acometer dicha empresa del saber?

La experiencia sensible, obviamente, resulta inútil, pues no es posible un conocimiento empírico de una realidad extra-empírica. Si la Norma Fundamental es, por definición, trascendental, traspasa entonces los límites de la ciencia experimental, siendo imposible así acceder a ella por los venerables métodos de la observación y la experimentación científica.

La «conciencia indirecta» ya la hemos descartado, pues, decíamos, todo conocimiento humano es mediato. Además, la validez de esta nueva versión de la «intuición» cartesiana es puesta en entredicho por la total ausencia de evidencia que la respalde, ausencia que se explica, en parte, por el hecho de ser esta teoría un fallido intento de resucitar una improbable facultad del intelecto cuya existencia jamás se demostró, como tampoco demostró Descartes que el alma residiera en la glándula pineal.

¿Qué alternativa tenemos? Sólo ha quedado la *razón*. «Es obvio, escribe JAVIER HERVADA, por lo dicho que el derecho —el fenómeno jurídico— sólo es captable por la razón...» (39) ¿Lo es? KANT mismo, el paladín invicto de la razón, el filósofo que la rescató de la ciénaga de desprestigio y suspicacia en que la había sumergido el abuso cartesiano, parece comprobar que no. A

(38) VÁZQUEZ BOTE, págs. 76-77.

(39) HERVADA, pág. 68.

pesar de la profunda —y válida— crítica a la que KANT somete el empirismo absoluto, él mismo reconoce que todo conocimiento comienza con la experiencia, esto es, que el conocimiento es producto de la unión de la mente y el mundo físico. Por ello, sólo es posible conocer *fenómenos*, realidades sensibles, los objetos tal cual se presentan en la relación mente-objeto. Los *noúmenos* —las «cosas en sí», las «esencias»— son incognoscibles (40).

Es por ello que el «conocimiento metafísico» no es verificable y —de mayor relevancia para nuestro estudio— ni siquiera posible. No es dado al ser humano conocer aquello que está (¡si es que en realidad *está!*) *meta-fisis*, más allá de lo físico, por encima o aparte de la realidad empírica. KANT nos hace la sabia advertencia que nos aconseja no aventurarnos más allá de los límites de la experiencia, reconociendo e imponiendo límites al empleo de la razón, pues a ésta le resulta imposible trascender las fronteras de la experiencia posible.

Alcanzamos entonces la encrucijada final. Si la Norma Fundamental es ininteligible, como la Idea de Platón, accesible solamente al recuerdo, o como la «realidad metafísica» de KANT, imposible de conocer, cualquier discurso en torno a ella ha de ser, por necesidad, un ejercicio puramente académico, estéril y fútil. Para todo efecto práctico, la posible existencia de una Norma Fundamental es irrelevante, pues, aun en el caso de que existiera, no podría ser conocida y entonces su «existencia» daría lo mismo que su inexistencia. Validaríamos de este modo la afasia sugerida por GORGIAS como consecuencia natural y lógica de su escepticismo. («Nada existe; si algo existiera sería incognoscible; si fuese cognoscible sería incommunicable».) Al fin y al cabo, hace mucho tiempo nos enseñó Sócrates que hablar de aquello que se desconoce es síntoma de la más acendrada ignorancia.

¿Cómo es posible hablar de lo que se encuentra «más allá» de la experiencia si al mismo tiempo se admite que ni siquiera es posible conocerlo? ¿Cómo justificar la afirmación de existencia de una entidad del pensamiento colocada dentro de una categoría metafísica ininteligible?

KANT se acogió al último recurso disponible para aquéllos que, luego de aceptar la incognoscibilidad de una idea acariciada, mantienen y defienden su fidelidad a ella: la fe. «Tuve, por lo tanto, que eliminar la posibilidad del conocimiento [de aquello que se encuentra más allá de la experiencia] para hacerle espacio a la fe» (41), escribió ingenua y sinceramente. Nosotros, por otro lado, sólo creemos en aquello que podemos conocer. Nosotros, desafortunadamente, no creemos en unicornios.

(40) KANT, pág. 24.

(41) KANT, pág. 29.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, R. (1997): *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, S. A.
- BETTI, E. (1975): *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- DESCARTES, R. (1972): *Discurso del método* (7.^a ed.). Puerto Rico: Editorial Universitaria.
- (1952): «Meditations on first philosophy» (E. S. Haldane & G. R. T. Ross, Trans.). En: R. Maynard Hutchins (Ed.), *Great books of the western world* (vol. 31, págs. 69-103). Chicago: Enciclopedia Británica.
- DUJORNE, L. (1959): *Teoría de los valores y filosofía de la historia*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- GODREAU, M. J.: *Un esquema para el análisis de problemas de Derecho Civil Patrimonial* 55, núm. 1, Rev. Jur. U.P.R. 10-52 (1986).
- GÓMEZ, L. O. & R. TORRETI (1979): *Problemas de la filosofía. Textos filosóficos clásicos y contemporáneos*. Río Piedras: Editorial Universitaria.
- HART, H. L. A. (1995): *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HERVADA, J. (1986): *Introducción crítica al Derecho natural* (ed. rev.). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S. A.
- HUME, D. (1952): «An enquiry concerning human understanding». En: R. Maynard Hutchins (Ed.), *Great books of the western world* (vol. 35, págs. 451-509). Chicago: Enciclopedia Británica.
- KANT, I. (1965): *Critique of pure reason*. Nueva York: St. Martin's Press.
- (1952): «The critique of pure reason» (J. M. D. Meiklejohn, Trad.). En: R. Maynard Hutchins (Ed.), *Great books of the western world* (vol. 42, págs. 1-250). Chicago: Enciclopedia Británica.
- (1952): «The critique of practical reason» (T. Kingsmill Abbott, Trad.). En: R. Maynard Hutchins (Ed.), *Great books of the western world* (vol. 42, págs. 291-361). Chicago: Enciclopedia Británica.
- KELSEN, H. (1984): *Teoría general de las normas*. México: Editorial Trillas.
- (1946): *La idea del Derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A.
- (1973): *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- (1969): *Teoría general del Derecho del estado*. México: Textos Universitarios.
- LOCKE, J. (1952): «An essay concerning human understanding». En: R. Maynard Hutchins (Ed.), *Great books of the western world* (vol. 35, págs. 85-395). Chicago: Enciclopedia Británica.
- MANGABEIRA UNGER, R. (1976): *Knowledge and politics*. Nueva York: The Free Press.
- MILLER, E. L. (1996): *Questions that matter. An invitation to philosophy* (4.^a ed.). Nueva York: McGraw-Hill.
- PLATO (1980): «The republic» (P. Shorey, Trad.). En: *Plato in twelve volumes* (vol. VI). Massachusetts: Harvard University Press.
- (1956): *Great dialogues of Plato* (W. H. D. Rouse, Trad.). Nueva York: Mentor Books.

STUMPF, S. E. (1994): *Philosophy: History and problems* (5.^a ed.). Nueva York: McGraw-Hill.

VÁZQUEZ BOTE, E. (1992): *El Derecho Civil* (vol. II). New Hampshire: Equity Publishing Company.

CÉSAR A. LÓPEZ SÁNCHEZ
Catedrático Auxiliar
Universidad Interamericana de Puerto Rico
Recinto de Aguadilla

DICTÁMENES Y NOTAS

Vías de acceso al Registro de la Propiedad: La experiencia española (1)

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. LA LEY FUNDACIONAL.—3. LA LEY DE 1869.—4. LA LEY DE 1909.—5. LA LEY DE 1944.—6. LA LEY DE 1944 COMO FRUTO DEL INTERÉS PRIVADO.—7. CONCLUSIONES.—8. REFERENCIAS.

1. ANTECEDENTES

El ilustre regeneracionista y notario JOAQUÍN COSTA titula «Fe pública sin notariado» el capítulo VII de su libro sobre seguridad jurídica preventiva (1888). Analiza en dicho capítulo las soluciones no notariales que se emplean en diversos países, basadas en la presencia de testigos o la intervención de abogados (2). Influido por el conocimiento de estos sistemas y lo que considera una duplicidad innecesaria en el sistema español, COSTA propugnaba una reforma radical, que hubiera unificado las funciones de la Notaría, el Registro y el Juzgado Municipal, si bien manteniendo el rigor en la calificación y los efectos del sistema registral. La permanencia de la escritura pública era para

(1) Agradezco los comentarios recibidos de FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ y CELESTINO PARDO NÚÑEZ en la elaboración de este ensayo, así como la colaboración de EMILIO LUCAS en la recogida de los datos en que se basa el análisis cuantitativo. Cualquier error o juicio de valor es responsabilidad única del autor.

(2) Decía COSTA:

«En tales países, apenas se hace distinción entre documentos privados y documentos públicos; y cuando por excepción reconocen virtud probatoria especial a la autenticidad, no la reciben los contratos de un funcionario constituido en clase de fedatario, a la manera del notario español, francés o italiano, sino de un juzgado o tribunal, por el procedimiento de la *cessio in jure*, idéntico a nuestro acto de conciliación o a nuestro juicio verbal convenidos, o bien de un empleado dependiente del tribunal» (COSTA, 1888, pág. 187).

COSTA una cuestión de costes y beneficios que debería condicionarse a una simplificación y abaratamiento radicales (pág. 208) (3), todo ello pese a escribir en 1888, mucho antes de que se hubiese producido la actual y creciente estandarización de gran parte de los documentos notariales (4).

La reforma que defendía COSTA era sólo una más entre un amplio conjunto de propuestas de similar naturaleza, algunas de las cuales llegaron incluso a aplicarse en España durante varias décadas, hasta que las leyes de 1909 y, sobre todo, 1944 restringieron o cerraron estas otras vías de acceso al Registro. Hasta entonces coexistieron diversos procedimientos que venían a dar entrada en el Registro a ciertos documentos privados, carentes de intervención notarial. También se contempla entonces en varias ocasiones la conveniencia de dar entrada con carácter parcial o general al documento privado (COSTA, 1888, págs. 65-72 y 112-115). Sucede así con los contratos que habían sido formalizados en documento privado antes de promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, cuyo acceso al Registro se sigue permitiendo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1869 (arts. 405-409). Asimismo, se considera varias veces la posibilidad de conceder un tratamiento similar a todos los asuntos de pequeña cuantía, excepción que es descartada por primera vez en 1869, a cambio de una rebaja sustancial de los aranceles notariales para esas escrituras de baja cuantía. En 1888 se llega incluso a presentar una proposición de ley que, de haber sido promulgada, hubiera dado entrada a los documentos privados relativos a todos los derechos ya inscritos (5). Otras propuestas de esos años contemplan dar entrada tanto a documentos privados como administrativos.

(3) Desde el notariado se han achacado estas propuestas a los intereses personales de COSTA, señalando «su carácter difícil, su indolencia o falta de vocación para el trabajo profesional de la Notaría, en la cual puede encontrarse el motivo final de sus campañas y la explicación de su voluntario destierro en Graus, donde podía leer y escribir sin necesidad de preocuparse en atender y formar una clientela» (GIMÉNEZ ARNAU, 1964, t. I, págs. 192-193).

(4) Sobre las repercusiones de esta estandarización en la actualidad, véase ARRUÑADA (2001). Si del pasado intentamos extraer lecciones para el presente y, aunque no sea éste lugar idóneo para discutir a fondo esta materia, parece prometedora la idea de aplicar a muchos actos estandarizados (como las hipotecas bancarias y gran parte de las certificaciones societarias, por ejemplo) un tratamiento similar al que en el XIX se intentó aplicar a los asuntos de escasa cuantía. Resulta de interés recordar dos anécdotas históricas que pudieran repetirse en el futuro. Los reguladores de 1869 transigieron en mantener el monopolio de entrada a cambio de un recorte arancelario, pero el arancel sólo se mantuvo bajo durante dieciséis años, para ser elevado de nuevo en 1885. Similar suerte corrió la rebaja de 1890, conseguida en una negociación en términos similares (COSTA, 1888, págs. 67-68).

(5) Conviene reproducir aquí los motivos de esta propuesta, por lo que pudieran tener de aplicable en la actualidad:

«Las razones que invocan los señores SANTAMARÍA y MALUQUER son en resumen: 1.ª Que con el sistema actual de contratación, que requiere el otorgamiento

Más importante aún que estas propuestas es el hecho de que en esta época una gran parte de los operadores esquivan la escrituración pública y los costes que ésta conlleva en términos de honorarios e impuestos mediante la contratación en documento privado y, llegado el caso, la utilización más o menos abusiva del expediente de posesión antes de contratar ulteriores transmisiones o hipotecas, a menudo adulterando para ello la identidad de las fincas, lo que desfiguraba la información registral. En algunas regiones, esta práctica era el modo generalizado de acceso al Registro, sobre todo allí donde dominaba la pequeña propiedad rural. Esto permite a COSTA afirmar que, si bien «el legislador creó un Registro de la Propiedad; el pueblo lo ha convertido, contra la intención y los propósitos del legislador, en Registro de la posesión» (pág. 89). De hecho, COSTA considera el expediente posesorio como una forma normal de transmitir la propiedad, alternativa a la documentación, ya sea ésta privada o pública (pág. 297), aunque no está claro, sin embargo, qué parte del uso del expediente de posesión tenía, alternativamente, como finalidad proteger la propiedad frente a posibles inscripciones por terceros, en lugar de formalizar transmisiones.

De todo ello cabe concluir que, en la primera época del moderno derecho inmobiliario español, existió considerable competencia entre las diversas vías de acceso al Registro, por lo que este asunto merece un análisis detallado que

de escritura pública ante notario, los pequeños propietarios ven tan mermados sus productos de cultivo en relación con el valor de las fincas, que en sus préstamos rara vez pueden acudir a ese medio, imponiéndoseles el crédito personal con intereses muy subidos, y que por eso no podrán obtener los beneficios del crédito agrícola el día que se plantee en nuestro país. 2.^a Que “interesa sobremanera evitar en todo lo que se refiere a contratación inscribible en el Registro de la Propiedad, la duplicidad de funcionarios que en la actualidad intervienen en ellos, notario y registrador, con todas las grandes desventajas que de ellas se derivan”, duplicidad de dispendios y de tiempo, necesidad de explorar el Registro o solicitar certificación del registrador antes de comparecer ante el notario, a fin de cerciorarse de los gravámenes de la finca o derecho que ha de ser objeto del contrato, la frecuente diversidad de criterio entre el registrador y el notario y la consiguiente denegación de inscribir, etc. 3.^a Que con el nuevo sistema “se evitaría el peligro de las segundas enajenaciones hechas en fraude de terceros adquirentes y la presentación de títulos falsos en el Registro de la Propiedad”, con los cuales el mayor propietario puede ser despojado y sumido en la miseria sin culpa y a pesar de haber cumplido con todas las formalidades que el derecho le exigía para garantizar su propiedad; y se evitaría ese peligro porque el contrato y su inscripción se verificarían en un mismo acto y sin solución de continuidad, no dándose tiempo, como ahora, para que el espacio que media entre el otorgamiento y la inscripción se interponga un malvado que venda por segunda vez el inmueble o derecho ya enajenado. 4.^a Que así “se reunirían en un solo acto las causas remota y próxima de adquirir, o sea, el título y el modo, o más claro, verificándose el acto o contrato y la tradición o entrega legal y real de la cosa por medio de los asientos que deberían extenderse en el Registro de la Propiedad”, evitándose así la comisión de delitos contra la propiedad, tan perjudiciales y perturbadores como los antes dichos» (COSTA, 1888, págs. 69-70).

evite en lo posible el riesgo del anacronismo, consistente en pensar que las figuras y procedimientos tuvieron en el pasado el mismo uso que tienen en la actualidad. En especial, es muy posible que los expedientes de posesión y dominio se emplearan en el pasado para evitar los costes notariales y fiscales asociados a la escritura pública y para contratar los derechos mediante documento privado.

Con ánimo exploratorio, baste de momento con recordar algunos elementos de la historia de estas instituciones jurídicas, centrada, en especial, en el tratamiento de la inscripción registral de la posesión. Su análisis pone de relieve cómo, con las sucesivas reformas legales, la escritura pública fue adquiriendo cada vez mayor protagonismo en la entrada al Registro de la Propiedad, por el doble juego de facilitar su entrada e impedir la de derechos justificados por documentos privados o procedimientos alternativos, tanto de naturaleza judicial como administrativa.

2. LA LEY FUNDACIONAL

Como es sabido, la Ley Hipotecaria de 1861 estableció un procedimiento registral para inscribir el dominio justificado por documento privado anterior a la promulgación de la Ley, con efectos muy poderosos, pues eran retroactivos incluso frente al derecho inscrito (arts. 389-396) (6). Ingenuamente, contemplaba el legislador que esta fórmula estaría vigente sólo un año, pero con posterioridad su vigencia fue prorrogada en numerosas ocasiones.

Por otro lado, la Ley, reconociendo que muchos propietarios carecían de títulos acreditativos, les permitía registrar el dominio pero sólo tras el transcurso del tiempo y una vez inscrita su posesión. Se reconocía así la posesión como derecho real, registral (con la excepción del Derecho Hipotecario, que sólo se permitía inscribir por título escrito [art. 410]), con los efectos propios de la posesión, más restringidos que los del dominio, y sin perjudicar a tercero de mejor derecho (arts. 408 y 409), pero transformable automáticamente en dominio por el simple paso de un cierto tiempo (en principio, 30 y, a partir de 1927, 10 años) (7).

(6) Véase, sobre esta materia, PARDO (1993, págs. 139-164).

(7) Seguía con ello el legislador una pauta muy extendida, pues la inscripción de derechos posesorios es habitual en los sistemas de registros de derechos como el español, en los que evita la necesidad de efectuar una depuración completa del título. Suele tener efectos menores que los de la inscripción de la propiedad, pero entre sus efectos suele figurar la prioridad, así como una expectativa de propiedad transcurrido un cierto número de años. De hecho, la inscripción de la posesión viene a reconocer el extendido principio que considera la posesión como origen o «raíz» del título (EPSTEIN, 1979). Véase, por ejemplo, el régimen vigente en el Registro de la Propiedad inglés, en SARTON (2000, págs. 32-33) o SILVERMAN (2001, pág. 462).

Configura la Ley para ello el llamado «expediente de posesión» o «informaciones posesorias», que fue regulado en sus artículos 397 a 410. En estos artículos se establecía un procedimiento judicial específico, en el que al poseedor le bastaba con aportar escrito justificativo, dos o más vecinos que actuaran como testigos y el recibo de la contribución. En ausencia de oposición por parte legítima, el juez instruía al Registro para que procediera con la inscripción, momento en el que el Registro examinaba la existencia de posibles contradicciones con otras inscripciones, en cuyo caso retrotraía el asunto al juez, o bien procedía a la inscripción de la posesión.

3. LA LEY DE 1869

La reforma introducida por la Ley de 1869 consolida y desarrolla el procedimiento establecido ya en 1861, de carácter registral, que permitía inscribir, con efectos retroactivos frente al derecho inscrito, el dominio justificado con documentos privados anteriores al 1 de enero de 1863 (arts. 405 a 409), procedimiento este al que el artículo 389 de la Ley de 1861 había dado originalmente sólo un año de vida. El procedimiento arrancaba con la autenticación en el Registro de esos documentos privados que, en caso de ratificación por ambas partes ante dos testigos, daba ya lugar a que se practicase el asiento de presentación y, tras el pago de impuestos, a la correspondiente inscripción. Esta norma estará vigente, tras sucesivas ampliaciones, hasta el 31 de diciembre de 1874.

Por otra parte, esta Ley inaugura en su artículo 20 un procedimiento llamado a tener gran éxito en el futuro: la inscripción por documento público de derechos no inscritos pero cuyo otorgante pueda justificar de modo fehaciente haberlo adquirido antes del 1 de enero de 1863. Esta fecha límite se irá extendiendo en las leyes posteriores y, desde 1934, sólo se requiere que sea anterior a la escritura que se pretende inscribir.

Asimismo, la Ley de 1869 abre la posibilidad de inscripción directa del dominio cuando se carece de título escrito que lo justifique, pues articula un nuevo procedimiento judicial para inscribirlo directamente (art. 404).

Por último, la Ley mantiene y desarrolla el expediente posesorio (en sus arts. 397-403), haciendo, entre otras cosas, responsables a los testigos que pudiera causar su inexactitud de sus deposiciones. En su artículo 400 abre incluso un nuevo procedimiento administrativo, de corta vida (8), en el que

(8) La Ley de 17 de julio de 1877 suprimiría esta posibilidad de inscribir la posesión mediante certificaciones municipales, que desde entonces se han de aportar al procedimiento judicial, con el fin de «resguardar la propiedad de peligros graves, deben refundirse en uno sólo estos dos medios de inscribir la propiedad» (en opinión de la Comisión

no era necesaria la intervención judicial, bastando en cambio con una certificación municipal de que el interesado pagaba la contribución a título de dueño, la cual sustituye entonces a la providencia judicial y tiene un coste menor del 10 por 100 de la contribución anual, con un máximo de dos pesetas.

Es difícil valorar la importancia relativa de estas diversas opciones, que eran, para muchos fines, sustitutivas. A falta de una estimación cuantitativa, baste señalar la opinión de los expertos. Se ha recogido más arriba la de JOAQUÍN COSTA. Medio siglo más tarde, la situación era similar, pues podemos leer que:

«la titulación supletoria, plasmada principalmente en la información posesoria... tuvo gran éxito... Si al principio sólo podía invocarse para las adquisiciones anteriores a la implantación de la primitiva Ley, ya en 1875 se amplió también a las posteriores (9); y si primeramente no podían inscribirse cuando hubiere asiento contradictorio, después también se concedió a la información fuerza cancelatoria de tales asientos si no se oponían el titular o sus causahabientes... Fue tal la masa de propiedad que se inscribió “en posesión”, que nuestro Registro no se pudo calificar propiamente “de la Propiedad” sino “de la propiedad y de la posesión”, pues en bastantes regiones —la del noroeste en especial— casi todas las inscripciones eran meramente posesorias» (DE LA RICA, 1945, págs. xxx-xxxi).

Senatorial encargada de dictaminar la reforma, recogida en el Tomo III de las *Leyes Hipotecarias*, pág. 654).

(9) Nota del autor: El Decreto de 10 de febrero de 1875 clarificó que tenían acceso al Registro mediante los correspondientes expedientes de posesión o de dominio tanto la posesión o el dominio anterior a la promulgación de la Ley Hipotecaria como los adquiridos con posterioridad (*Leyes Hipotecarias*, tomo IV, vol. I, págs. 498-501).

CUADRO 1

RESUMEN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES EN MATERIA DE ACCESO
AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

<i>Derechos y títulos</i>	<i>Procedimiento</i>	<i>1861</i>	<i>1869</i>	<i>1909</i>	<i>1944 (TR 1946)</i>
Posesión sin título	Judicial (municipal entre 1869 y 1877)	397-410	397-403	392-399	—
Dominio sin título	Judicial	Sólo por el paso del tiempo tras haber inscrito la posesión	404	400	201-202
Derechos en contrato privado anterior a la Ley Hipotecaria	Registral	389-396 (un año de plazo para los anteriores al 1-1-1861)	405-409 (sin plazo para anteriores al 1-1-1863 ó 1869 si obtienen ejecutoria o escritura. En vigor hasta 31-12-1874)	—	—
Derechos en título público, no inscritos y adquiridos a quien puede acreditarlo de forma fehaciente	Notarial	—	20 (documento privado de fecha anterior a 1-1-1863)	20 (documento privado de fecha anterior a 1-1-1909, extendida en 1922 y 1932; y desde 1934 anterior a la del título)	205
Derechos en título público, acreditados por acta de notoriedad	Notarial	—	—	—	203-204

Nota: Los números se refieren a los artículos del correspondiente texto legal. En la reforma de 1944, se refieren al texto refundido de 1946.

4. LA LEY DE 1909

La Ley de 1909 introdujo numerosas cautelas adicionales en el expediente de posesión, aparentemente para evitar los abusos a que daba lugar (10) (DE LA RICA, 1945, pág. xxxii). Estos cambios eran contrarios al documento privado y coinciden con las medidas que se toman para facilitar la inmatriculación por documento público de derechos no registrados. En concreto, son simultáneos con la extensión del plazo que permitió inmatricular derechos que hubieran sido objeto de una transmisión escriturada en documento público de un derecho acreditado de modo fehaciente con anterioridad a la promulgación de la Ley (11).

Se cierra así la posibilidad de registrar (tanto de forma directa como indirectamente, por la vía del expediente de posesión) derechos nacidos de documentos privados. Simultáneamente, sin embargo, se facilita el acceso al Registro de esos derechos con sólo pasar por la Notaría y expresarlos en una escritura pública (mediante, por ejemplo, la simulación de dos transmisiones, la primera privada y la segunda escriturada). No parece creíble que la reforma estuviese inspirada por el deseo de un mayor rigor, pues se ha llegado a hablar de «desmesuradas facilidades ... para la inmatriculación y para reanudación de la vida registral» (DE LA RICA, 1945, pág. xxxii).

La Ley de 1909 también mantuvo el acceso judicial al Registro, mediante el expediente de dominio, medio idóneo para registrar el dominio cuando se carecía de títulos que regula en su artículo 400. Además, si, en un principio, la finalidad del legislador era que el expediente de dominio sirviera sólo para inmatricular, la reforma de 1909, según la aplicó el Reglamento de 1915, hizo posible emplearlo para reanudar el tracto registral, cancelando inscripciones previas, sobre todo desde que la reforma de 13 de junio de 1927 hizo que bastase la citación del titular inscrito, sin oírle, para cancelar asientos contradictorios de dominio con más de veinte años de antigüedad (DE LA RICA, 1945, pág. lxxxv).

Como consecuencia de todo ello, las inscripciones de posesión fueron menos populares después de 1909, y, sobre todo, tras las reformas del artículo 20 (DE LA RICA, 1945, pág. xxxiii), que permite inscribir derechos nacidos

(10) Por ejemplo, obliga a adjuntar la certificación registral en la solicitud al juez, lo que parece que iba dirigido a impedir la inscripción de la posesión de fincas ya inscritas total o parcialmente.

(11) Obsérvese que se produce así en las tres primeras leyes hipotecarias un giro radical en el tratamiento del documento privado: mientras que en 1861 sólo se contempla la entrada de documentos privados (anteriores a la propia Ley) mediante procedimiento registral, en 1869 se mantiene y actualiza dicho procedimiento, a la vez que el artículo 20 abre la posibilidad de «legalizarlos» notarialmente, y, por último, en 1909 se cierra la vía de acceso registral a la vez que se actualiza el límite temporal de la vía notarial.

de la transmisión documentada en escritura pública de un derecho no inscrito justificado de modo fehaciente (léase documento privado) y anterior a determinada fecha (hasta el 1 de enero de 1863, en la Ley de 1869; 1 de enero de 1909, en la Ley del mismo año; 1 de enero de 1922, en la Ley de 3 de agosto de 1922, y 1 de enero de 1932, en la Ley de 18 de febrero de 1932. Desde el 21 de junio de 1934, basta que sea anterior a la escritura).



Figura 1. Número total de fincas registradas por primera vez y porcentajes del número de fincas y del valor total de las fincas registradas por primera vez en posesión respecto a los totales respectivos (1904-1944).

El impacto de estas normas es visible en la Figura 1 adjunta, donde se aprecian las notables reducciones que originaron en el uso relativo del expediente de posesión y, lo que parece más grave en cuanto a los fines del sistema de seguridad jurídica preventiva, en el número de fincas inscritas por primera vez. Se observa también un repunte reiterado del uso relativo del expediente de posesión en los años sucesivos a cada reforma. Estos repuntes pudieran deberse al aprendizaje de los interesados en la evitación de las correspondientes restricciones legales.

El Cuadro 2 presenta los resultados de un análisis mediante regresión estadística de la evolución de las primeras inscripciones durante el período histórico de interés. Dicho análisis confirma el efecto que entrañan las modificaciones legislativas y pone también de relieve que se tienden a registrar más en propiedad aquellas fincas de mayor extensión y valor. Este resultado viene a confirmar la hipótesis de DEMSETZ (1967), según la cual los derechos de propiedad se definen con mayor precisión para aquellos recursos que son más escasos y valiosos, como demostramos formalmente para el caso registral en ARRUÑADA y GAROUPA (2002).

CUADRO 2

ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LAS FINCAS REGISTRADAS POR PRIMERA VEZ QUE SE REGISTRA EN POSESIÓN EN LOS AÑOS PREVIOS A LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1944, LA CUAL SUPRIME ESTA POSIBILIDAD

Variables independientes	Descripción de las variables independientes	Variables dependientes (fincas registradas por primera vez):					
		Proporción registrada en posesión				Número total de fincas registradas	
		En número de fincas		En valor de las fincas			
		(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Variables temporales:							
Año	1904 = 4, 1905=5; ... 1945 = 45; 1946 = 46.	-0,008*** (0,002)		-0,010*** (0,003)		205.397 (234.662)	
Ley 1909	= 1 para años 1909 a 1921; = 0 para los demás años.	-0,106*** (0,025)	-0,175*** (0,021)	-0,059 (0,045)	-0,151*** (0,037)	-16.609*** (3.594)	-14.761*** (2.907)
Ley 1922	= 1 para años 1922 a 1931; = 0 para los demás años.	-0,115*** (0,039)	-0,272*** (0,021)	0,022 (0,070)	-0,187*** (0,038)	-22.439*** (5.783)	-18.228*** (3.025)
Ley 1932	= 1 para años 1932 a 1946; = 0 para los demás años.	-0,379*** (0,056)	-0,630*** (0,020)	-0,033 (0,102)	-0,368*** (0,036)	-21.234** (8.252)	-14.445*** (2.852)
Fincas rústicas, con extensión:							
Menor de 5 Ha.	Categoría de finca utilizada como referencia de las demás.						
Entre 5 y 20 Ha.	Variables artificiales que identifican cada tipo de finca:	-0,035 (0,022)	-0,035 (0,022)	-0,130*** (0,039)	-0,130*** (0,040)	-78.050*** (3.153)	-78.050*** (3.152)

CUADRO 2 (Continuación)

Variables independientes	Descripción de las variables independientes	Variables dependientes (fincas registradas por primera vez):					
		Proporción registrada en posesión				Número total de fincas registradas	
		En número de fincas		En valor de las fincas			
		(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Superior a 20 Ha.	toman el valor 1 para las fincas del tipo correspondiente a cada variable y el valor 0 para todas las demás.	-0,140*** (0,022)	-0,140*** (0,022)	-0,173*** (0,039)	-0,173*** (0,040)	-79,069*** (3,153)	-79,069*** (3,152)
Desconocida		-0,094*** (0,022)	-0,094*** (0,022)	-0,272*** (0,039)	-0,272*** (0,040)	-79,291*** (3,153)	-79,291*** (3,152)
Fincas urbanas, con extensión:							
Menor de 500 m²	Variables artificiales que identifican cada tipo de finca:	0,099*** (0,022)	0,099*** (0,022)	0,007 (0,039)	0,007 (0,040)	-70,352*** (3,153)	-70,352*** (3,152)
Superior a 500 m²	toman el valor 1 para las fincas del tipo correspondiente a cada variable y el valor 0 para todas las demás.	0,033 (0,022)	0,033 (0,022)	0,070* (0,039)	0,070* (0,040)	-79,060*** (3,153)	-79,060*** (3,152)
Desconocida		0,000 (0,022)	0,000 (0,022)	-0,056 (0,039)	-0,056 (0,040)	-76,297*** (3,153)	-76,297*** (3,152)
Constante		0,895*** (0,024)	0,849*** (0,023)	0,736*** (0,044)	0,675*** (0,041)	92,156*** (3,514)	93,388*** (3,219)
Observaciones		301	301	301	301	301	301
R²		0,86	0,85	0,47	0,45	0,79	0,79

Notas: Modelos estimados mediante regresión mínimocuadrática ordinaria. Errores estándar entre paréntesis. Significativos al: * 10%; ** 5%; *** 1%, respectivamente.

5. LA LEY DE 1944

La reforma de 1944 presenta gran interés desde el punto de vista de este trabajo. Sobre todo, porque la redacción final de la Ley acentúa la tendencia a un mayor protagonismo del documento público en el acceso al Registro. Adicionalmente, porque, en caso de haberse aprobado los textos preliminares de la Ley, en cuya elaboración participaron de forma principal distinguidos notarios, hubieran modificado de forma aun más radical el sistema en beneficio del documento público y sus productores.

El texto final de la Ley suprime, por un lado, la posibilidad de inscribir la posesión y mantiene el expediente de dominio judicial del antiguo artículo 400 (trasladado a los arts. 201-202 en el TR de 1946). Por otro lado, facilita la inscripción del dominio mediante escritura pública, ya sea con base en la acreditación fehaciente de una adquisición anterior o mediante un «acta de notoriedad» notarial. En las versiones preliminares de la norma, se pretendía, además, que estas actas de notoriedad quedaran al margen del control judicial y fueran suficientes por sí solas, y no complementarias (12).

La Ley abandona los principios que habían regido hasta entonces el sistema y, en su artículo 23 (art. 5 del Texto Refundido de 1946), suprime la posibilidad de inscribir en el Registro la posesión, con lo cual le niega carácter real a la posesión en concepto de dueño, y elimina, consecuentemente, los artículos relativos al expediente o informaciones posesorias, aunque manteniendo los efectos de los asientos de posesión ya registrados o de los expedientes posesorios en curso al entrar en vigor la reforma. El ánimo del legislador respecto a la publicidad posesoria es visible en que deroga los artículos que la regulaban con carácter inmediato a la promulgación de la Ley, anticipándose así en seis meses a la entrada en vigor de sus otros preceptos. Este hecho también indica que, incluso en 1944, el procedimiento era preferido por muchos ciudadanos a las otras alternativas a su disposición. Es más, incluso experimenta una recuperación notable durante los primeros años de la década (Cuadro 3).

(12) La reforma de 1944 suprimió también otros medios de inmatriculación de menor importancia y que sería prolijo analizar aquí: informaciones judiciales, certificaciones administrativas, actas de posesión en la expropiación forzosa y resoluciones definitivas dictadas en los interdictos de adquirir, recobrar o retener la posesión (DE LA RICA, 1945, pág. cxxxvi). La reforma también perseguía erradicar los *juditia ficta*, juicios ficticios o convenidos (DE LA RICA, 1945, pág. cxxxvii).

CUADRO 3

PORCENTAJES DEL TOTAL DE FINCAS REGISTRADAS POR PRIMERA
VEZ QUE SE REGISTRA EN POSESIÓN EN LOS AÑOS PREVIOS
A LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1944,
LA CUAL SUPRIME ESTA POSIBILIDAD

	1930	1940	1941	1942	1943	1944
<i>Fincas rústicas:</i>						
De 5 hectáreas o menos:						
Núm. de fincas	65,06%	8,29%	12,11%	13,59%	11,64%	14,26%
Valor en ptas.	66,95%	8,57%	9,68%	11,79%	12,69%	14,87%
Más de 5 y menos de 20 hectáreas:						
Núm. de fincas	61,62%	7,96%	16,76%	14,34%	15,32%	29,84%
Valor en ptas.	51,79%	7,61%	11,67%	10,78%	11,53%	44,39%
De 20 hectáreas o más:						
Núm. de fincas	45,22%	6,30%	5,75%	16,65%	13,27%	45,29%
Valor en ptas.	80,79%	1,40%	7,69%	28,74%	6,79%	62,21%
De extensión desconocida:						
Núm. de fincas	53,66%	2,03%	7,58%	14,63%	5,95%	16,91%
Valor en ptas.	82,01%	1,35%	9,82%	22,09%	9,34%	24,87%
<i>Fincas urbanas:</i>						
De 500 metros cuadrados o menos:						
Núm. de fincas	46,29%	16,00%	20,71%	23,71%	23,86%	26,15%
Valor en ptas.	46,73%	15,05%	31,80%	18,94%	19,13%	35,16%
De más de 500 metros cuadrados:						
Núm. de fincas	59,08%	13,74%	9,92%	14,39%	28,08%	30,64%
Valor en ptas.	84,80%	17,30%	14,96%	28,29%	61,30%	67,45%
De extensión desconocida:						
Núm. de fincas	49,84%	6,00%	9,98%	11,48%	9,08%	17,03%
Valor en ptas.	50,00%	5,13%	6,45%	10,99%	10,61%	35,79%

Pese a que la reforma acentúa los efectos cancelatorios del expediente de dominio y reduce sus trámites, plazos y garantías (arts. 201-202 en TR 1946), como señala DE LA RICA, al propietario sin título se le priva así de la posibilidad de acudir al Juzgado para, mediante certificaciones registrales y catastrales, y la aportación de testigos, acabar inscribiendo su posesión:

«Más cómodo, y menos notorio, que obtener certificaciones del Registro y del Catastro o amillaramiento, acudir al Juzgado y recurrir a propietarios vecinos para la información testifical, ha de resultar al propietario sin título transmitir la finca por documento privado a persona de confianza y readquirirla, acto seguido, mediante instrumento público, que podrá inscribir» (DE LA RICA, 1945, pág. xxxii).

El riesgo de abuso del nuevo sistema era notable, por lo que no parece aventurado descartar que sus creadores persiguieran evitar los que pudieran existir en el sistema anterior.

La historia del acta de notoriedad también es reveladora en la misma línea. Tanto el Anteproyecto, elaborado por el notario J. M. DE PORCIOLES, entonces Director General de los Registros y del Notariado, como el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes, el 26 de mayo de 1944, contemplaban que el acta de notoriedad fuese título suficiente para la inscripción inmatriculadora, pese a que el notario —que no el juez— podría expedirla por sí mismo y pese a que se ofrecían muy pocas garantías a los afectados, quienes habían de manifestar expresamente su oposición en un plazo de veinte días (13). Suscitó esta materia la presentación de varias enmiendas, en alguna de las cuales se atacaba la reforma por innecesaria y por responder únicamente a los intereses notariales (14). Las críticas fueron unánimes en cuanto a lo improcedente de atribuir funciones jurisdiccionales al notario, tanto por contradecir la separación de funciones como por contrariar la lógica de incentivos en que dicha separación se fundamenta. En este sentido, acertaban plenamente GARCERÁN y VALDÉS al señalar que pierde la imparcialidad quien depende comercialmente de quien lo elige, lo que les daba pie a criticar la atribución de funciones jurisdiccionales al notario porque «la persona que a él acude se encuentra entre su clientela y, por tanto, su intervención tiene que ser parcial» y proponer que tales funciones fueran desempeñadas por jueces y secretarios judiciales, ya que, además de ser recusables, les corresponden los asuntos por turno (1944, pág. 158).

La Ponencia parlamentaria encargada de estudiar el proyecto estimó gran parte de las enmiendas, por lo que decidió modificar el procedimiento y

(13) Véanse los textos relevantes en el tomo III de las *Leyes Hipotecarias*: el del Anteproyecto, en las págs. 13-14; el del Proyecto de Ley, en las págs. 55-58 (art. 347: «La primera inscripción de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará mediante el título público de su adquisición, el acta de notoriedad o el expediente de dominio»; art. 350, «será título bastante para obtener la inscripción solicitada la copia literal del acta expedida por el Notario»); y el de la discusión parlamentaria en las págs. 138-164.

(14) Los términos eran rotundos:

«El Proyecto de Ley Hipotecaria, presentado en las Cortes a pretexto de una pretendida necesidad de reforma de la Ley en vigor, plantea cuestiones que afectan a la integridad de los Tribunales de Justicia, despojándoles de atribuciones que les son propias en beneficio exclusivo de la clase notarial. Con un purrito de novedad jurídica se resucitan viejos problemas, ya planteados hace más de medio siglo, y que los Notarios vieron cómo eran rechazados por los Cuerpos Colegisladores en sus Comisiones de Justicia» (GARCERÁN y VALDÉS, 1944, pág. 154).

Prosiguen estos Procuradores defendiendo que se suprima la obligación de escritura pública en numerosos supuestos: venta en juicio ejecutivo, compraventa de inmuebles, adopción, poderes para litigar.

reducir los efectos de dichas actas. Por un lado, las sometió a la apreciación judicial (actual regla 8.^a del art. 203). Por otro, en cuanto a sus efectos en la inmatriculación de derechos no registrados, las actas pasaron a tener sólo efectos complementarios de los títulos públicos adquisitivos. Además, para tener efectos cancelatorios en la reanudación de la vida registral, se requiere que el notario notifique personalmente a los afectados.

Tras estos retoques, el acta de notoriedad notarial constituyó al final un híbrido inservible, que supone una actuación de carácter esencialmente judicial por parte del fedatario público, una «“instrucción notarial” de un expediente de jurisdicción voluntaria que requiere para su eficacia resolución judicial» (DE LA RICA, 1945, pág. cxlvii). Además, su eficacia es menor que la del expediente de dominio, pues sólo cancela las inscripciones contradictorias de más de treinta años cuando su titular haya sido notificado personalmente por el notario. Por la duplicidad de procedimientos con fines idénticos y estar sujetas al control judicial ya entonces se les preveía escaso futuro (se hablaba ya de «instrumento que desde su cuna está herido de muerte», pág. cxlxiii), máxime al no poder desempeñar la función que les es propia, la de atestiguar hechos (por ejemplo, la posesión), que no derechos (el dominio), como consecuencia de haberse desterrado la posesión del ámbito de los derechos reales (pág. cxlix, n. 134). El diagnóstico se demostró acertado, por lo que hoy tienen valor principalmente como mera referencia pedagógica.

6. LA LEY DE 1944 COMO FRUTO DE INTERÉS PRIVADO

Las leyes rara vez se elaboran en el limbo del interés público, sino en el fragor de la pugna entre intereses privados. La reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 no parece haber sido una excepción, sino que buena parte de sus características más sobresalientes son explicable atendiendo a la hipótesis de que su redacción servía los intereses del cuerpo de notarios. Para entenderlo, el observador actual ha de situarse en el momento en que se discute la Ley para, sobre todo, tener presente que en aquel tiempo la mayor parte de los bienes inmuebles ni estaban registrados ni se disponía de título (15), con lo cual gran parte del mercado de servicios jurídicos giraba sobre fincas

(15) Por un lado, se estimaba que la mitad de la propiedad carecía de titulación dominical (DE LA RICA, 1945, pág. xxxii). Por otro, en la parte expositiva de la propia Ley de reforma se estimaba que el 60 por 100 de la propiedad inmueble no estaba por entonces registrada y que se había «iniciado una corriente desinscribitoria y, paulatinamente, se retrocede, en amplios sectores de la vida nacional, a un régimen de clandestinidad vencido en muchos países» (*Leyes Hipotecarias*, pág. 243).

no registradas o cuya situación real no correspondía con la registral. Esto es lo que explica el objeto e interés privado de la reforma, centrada en los mecanismos para lograr una mayor correspondencia entre realidad y Registro. Teniendo en cuenta este dato, no sólo la orientación y el contenido de la reforma sino algunas de sus aparentes contradicciones son comprensibles como manifestación del éxito notarial en monopolizar una gran parte del mercado.

Por un lado, el notariado consigue que la Ley consagre la reforma que desde 1934 daba efectos inmatriculadores a la escritura pública, con sólo que el otorgante pudiera justificar de forma fehaciente su título con anterioridad a la fecha de la escritura.

Por otro, el notariado intenta y tiene éxito parcial en bloquear el acceso por vía judicial al Registro. El éxito es parcial porque, si bien consigue eliminar una vía hasta entonces principal de acceso al Registro —el expediente de posesión—, fracasa en su intento de configurar el acta de notoriedad como un atajo notarial al expediente de dominio (16).

Por último, tiene éxito en diluir los efectos de la inscripción registral. Cabe considerar así el que la Ley, a la vez que en su artículo 5 erradica la posesión del Registro, le concede en su artículo 36 efectos potencialmente anuladores de la inscripción registral, con sólo cumplir los plazos de la prescripción adquisitiva. Sucederá así cuando el adquirente «conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» o cuando consiente la posesión durante el año siguiente a la adquisición.

Otra contradicción técnica de la reforma resulta iluminada por la hipótesis del interés privado. Me refiero a que la Ley dio vida a un nuevo procedimiento para instar la inscripción registral, el acta de notoriedad, que, por su propia naturaleza de acta, estaba llamada a reflejar más bien hechos (posesión) que derechos (dominio) (17). En este terreno, es también de interés observar que la pretensión notarial de que sus actas de notoriedad dieran acceso pleno a la inscripción registral se hacía sin reforzar la escasa responsabilidad que asumía el notario por la eventual falsedad del hecho acreditado. El acta notarial común atestigua hechos que ocurren en presencia del notario. El acta de notoriedad

(16) Esa era la interpretación contemporánea de la configuración original del acta de notoriedad, dirigida a «tramitar ante Notario el expediente de domino» (REYES MORALES, 1944, pág. 160).

(17) Los contemporáneos son ya conscientes de esta contradicción: «Debe combatirse por improcedente esa forma extraña de procedimiento judicial y extrajudicial que se pretende implantar, en cuanto a las informaciones posesorias, mediante las tituladas actas de notoriedad» (GARCERÁN y VALDÉS, 1944, pág. 157).

difiere de la común en que los hechos los conoce el notario, recogiendo el decir de quienes deponen ante él, por ser de dominio público (18):

«Pero el Notario, a través del acta no certificada, ni responde de la realidad de su existencia. Si más tarde pudiese demostrarse que el hecho notoriamente acreditado por acta notarial no era cierto, ninguna responsabilidad cabe al Notario, porque el acta no contiene ni puede contener una declaración del órgano estatal que responda de la real y cierta existencia del hecho a que se contrae» (REYES MORALES, 1944, pág. 162).

7. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha revisado la historia de las normas que rigieron en España la inscripción registral de derechos posesorios, caracterizada por la introducción de un número creciente de restricciones y su supresión final en 1944, en un proceso que parece haber respondido al interés privado del notariado en monopolizar el acceso al Registro. El trabajo también sugiere que la inscripción en posesión era útil, pues se ha demostrado que, mientras pudieron utilizarla, los titulares de derechos reales hicieron un uso muy considerable de esta figura jurídica.

Es de sobra conocido y aceptado que el reconocimiento por parte de los sistemas jurídicos de derechos reales no inscritos perjudica la seguridad del tráfico jurídico, porque, al hacer que tales derechos no inscritos prevalezcan sobre los derechos de aquellos que han adquirido con base en la información registral, se introducen riesgos innecesarios en las transacciones. Por este motivo, para proporcionar protección a los titulares de derechos posesorios sin perjudicar la seguridad del tráfico, la solución lógica a la que están tendiendo los sistemas registrales más modernos es la de reducir el papel de la simple posesión como evidencia de titularidad (19), a la vez que se facilita la inscripción registral de derechos posesorios. La experiencia histórica de nuestro país apoya la utilidad de esta inscripción registral de derechos posesorios, una figura que es convencional en gran número de países y que, como se ha demostrado, también gozó de notable protagonismo en nuestro país durante más de medio siglo.

(18) Se plantea aquí un asunto similar al de la base documental en auditoría: si el auditor ha de basar su opinión en información verificable o no verificable (ARRUÑADA, 1999, 2000).

(19) Véase, sin ir más lejos, la reforma del registral sistema inglés por la Land Registration Act de 2002.

8. REFERENCIAS

- ARRUÑADA, B. (1999): *The Economics of Audit Quality*, Kluwer, Boston y Dordrecht.
- (2000): «Audit Quality: Attributes, Private Safeguards and the Role of Regulation», *The European Accounting Review*, vol. 9, núm. 2, págs. 205-224.
- (2001): «Pasado, presente y futuro del notariado», *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, vol. 2, núm. 6, octubre, págs. 135-153.
- (2003): «Property Enforcement as Organized Consent», *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 19, núm. 2, págs. 401-444.
- ARRUÑADA, B., y GAROUPA, N. (2002): «The Choice of Titling System in Land», Universitat Pompeu Fabra, *Economics and Business Working Paper Series*, núm. 607.
- COSTA, J. (1888): *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Obras completas, vol. XIII, 2.^a ed., Biblioteca Costa, Madrid, 1917 (manuscrito fechado en Madrid el 19 de agosto de 1888).
- DEMSETZ, H. (1967): «Towards a Theory of Property Rights», *The American Economic Review*, vol. 57, núm. 2, mayo, págs. 347-359.
- EPSTEIN, R. A. (1979): «Possession as the Root of Title», *Georgia Law Review*, vol. 13, págs. 1221-1243.
- EXPLANATORY NOTES TO LAND REGISTRATION ACT 2002, <http://www.hmso.gov.uk/acts/en/2002en09.htm>, visitada el 5 de mayo de 2002.
- GARCERÁN, R., y M. VALDÉS (1944): «Sugestión y enmienda sobre los artículos 350, 351 y 352 del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 1944», reproducidos en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tomo III)*, *Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, págs. 154-159.
- GIMÉNEZ ARNAU, E. (1964): *Derecho notarial español* (3 tomos), Universidad de Navarra, Pamplona.
- LAND REGISTRATION ACT 2002 (c.9) which received Royal Assent on 26 February 2002, <http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20020009.htm>, visitada el 5 de mayo de 2002.
- LEYES HIPOTECARIAS Y REGISTRALES DE ESPAÑA (6 tomos), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990.
- PARDO NÚÑEZ, C. (1993): «Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614, enero-febrero, págs. 111-164.
- REYES MORALES, R. (1944): «Enmienda a diversos artículos del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria de 1944», reproducida en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tomo III)*, *Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, texto insertado en págs. 23-240.
- RICA Y ARENAL, R. DE LA (1945): «Comentarios a la Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, reprodu-

cido en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España: Fuentes y Evolución (Tommo III)*, *Leyes de 1944 y 1946*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Castalia, Madrid, 1990, pág. vii-clxvi.

SARTON, P. (2000): *Conveyancing*, 3.^a ed., Macmillan, Londres.

SILVERMAN, F. (2001): *Conveyancing Handbook 2001*, 8.^a ed., Law Society Publishing, Londres.

BENITO ARRUÑADA

Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra

Recurso gubernativo *versus* judicial

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y DE SU CONTINUACIÓN EN EL RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES: A) LO QUE PUEDE SER: RECURSO ADMINISTRATIVO «O» JUDICIAL. B) LO QUE DEBIERA SER: RECURSO ADMINISTRATIVO «SIN PERJUICIO» DEL JUDICIAL. C) LO QUE ANTES FUE: RECURSO ADMINISTRATIVO CON UNA INSTANCIA «PREVIA» «CUASI» JUDICIAL. D) LO QUE AHORA PUEDE SER: RECURSO JUDICIAL QUE SIGUE A UNA FASE DE «REVISIÓN» ADMINISTRATIVA.—3. EXAMEN DE LA NUEVA REGULACIÓN «LEGAL». EL JUICIO VERBAL. LA «EJECUTORIEDAD» INMEDIATA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL Y LA «SUSPENSIÓN» DEL PLAZO DE VIGENCIA DE LOS ASIENTOS DE PRESENTACIÓN AFECTADOS.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

«En nuestro antiguo Derecho tradicional, la propiedad individualista, traída del Derecho Romano a través de la Novísima Recopilación y Las Partidas, se adaptó pronto a la finalidad social demandada por los nuevos tiempos, sin necesidad de cambiar las Leyes, por medio de una adecuada “interpretación” conciliadora de las mismas normas que fue poco a poco plasmándose en la Doctrina de los autores y en la Jurisprudencia de los Tribunales, recogiendo, paso a paso, los principios socializantes de cada época.

Pero, a diferencia de los Derechos germánicos, nuestras antiguas Leyes no acertaron con un perfecto Sistema de Protección del tráfico jurídico inmobiliario, ya que, quizá por su esencial “formalismo”, no era fácil de introducir por la sola vía de la “interpretación” integradora de las normas tradicionales, en las que predominaba un sentido fundamentalmente espiritualista. Por ello, pronto se hizo sentir la necesidad urgente de una legislación especial.

Los especialistas hipotecarios han dicho que la Comisión de 1860-61 (GARCÍA GOYENA, LEZÓN, CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, PEDRO GÓMEZ DE LA

SERNA, FRANCISCO DE CÁRDENAS) encargada de la redacción de una *Legislación Hipotecaria y Registral moderna por el Gobierno* —cuyo órgano legislativo, por razones de suma urgencia en la implantación de un Sistema de Protección del tráfico jurídico inmobiliario, reconoció que no podía esperarse a la publicación del Código Civil en la que formalmente debiera haberse integrado—, se apartó del culto, casi fetichista, que en aquella época se rendía en Europa al Código napoleónico, estimado como el compendio de todos los principios renovadores de la Revolución Francesa; aunque tampoco se aceptó por entero el novedoso “sistema germánico” traído por otras fuentes. No obstante, las nuevas Leyes supusieron un gran cambio en nuestras estructuras jurídicas y en las líneas maestras del derecho de propiedad, que no fue bien aceptado por todos los juristas desde un principio.

Quizá el simple respeto al pasado, o el temor de los poderosos a perder sus privilegios, impidió una “ruptura” con el sistema tradicional, deseada por los más “progresistas”. Pero, se dice, “mejor es pensar que fue el realismo, la racionalidad y el espíritu constructivo lo que aconsejó prudencia en el cambio”, para evitar, incluso, que fuera una ruptura meramente aparente, que podría operar sólo de forma temporal y de manera totalmente desenfocada, “a pesar de la deslumbrante luminosidad del flash del modernismo”. En la realidad se evitaron posiciones extremistas o dogmáticas, y se impuso el respeto a la tradición...

No cabe duda de que, ya en los tiempos en que fueron redactadas las nuevas LEYES HIPOTECARIAS se llegó a la conclusión, acorde con las necesidades de los Estados socializadores y con los nuevos avances técnicos, de que era necesario seguir unas pautas de conducta ordenadas y transparentes como medio de establecer una “publicidad organizada”, de acuerdo con las nuevas ideas y necesidades de la época. En primer lugar se recurre a la incipiente novedad que en la Europa de la Edad Media supuso la implantación de REGISTROS PÚBLICOS llevados en “Libros oficiales”, lo cual proporcionó la posibilidad de que los datos acumulados en ellos fueran conocidos fácilmente, primero en el seno limitado de la tribu o de la parroquia, y después en otros sectores más amplios de la sociedad. Y, aunque limitados en un principio a los actos más importantes de la vida civil (nacimiento, bautizo, nupcias o entierros), pronto se facilitó el acceso a la “publicidad registral” de todos los actos de contenido económico-jurídico de valor “trascendente”; con lo cual la facilidad de su consulta permitiría imponer la “ficción legal” de su conocimiento por todos» (1).

La misma Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria de 1861 consideró de inminente necesidad la formación de una *jurisprudencia espe-*

(1) Del libro *«El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad»*, del mismo autor, Editorial DIJUSA, año 2001.

cial que vendría a ser «el complemento necesario del precepto escrito y habría de constituir depósito de tradiciones y doctrinas», porque, como después dijo el Proyecto de reforma de 1869, «los asuntos contenciosos a que dé lugar la legislación hipotecaria están sometidos, como todos los de su clase, a la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia; pero los que se resuelven “gubernativamente” necesitarán también de una jurisprudencia, y cuanto mejor sea ésta, más se evitará el que llegue a ser contencioso».

En estas palabras está el origen de la importante doctrina jurídica establecida en las Resoluciones de la *Dirección General de los Registros y del Notariado*, que se creó por la Real Orden de 17 de marzo de 1864 como un Departamento dependiente del Ministerio de Gracia y Justicia, que quedó integrado en el nuevo Sistema Inmobiliario por la reforma hipotecaria de 1869 con la *finalidad de unificar los criterios y de aclarar y resolver las dudas que planteaba la aplicación de nueva legislación hipotecaria*. Por eso, además de «*órgano administrativo*» nació también como un «*órgano de la función registral*»; y «*es este segundo aspecto el que «singulariza» sus funciones*» (2), puesto que el especial cuerpo profesional de los REGISTRADOS DE LA PROPIEDAD se creó como una *actividad nueva e independiente de la Jurisdicción y de la Administración* (3). En ella se ventilan, fundamentalmente, cuestiones que afectan al *Derecho Privado de las personas*, pero «*fuera del orden jurisdiccional*», ya que, por lo general, se desenvuelve dentro del orden normal y en circunstancias no contenciosas de la vida jurídica, es decir, sin que se haya planteado un litigio concreto, ni por consiguiente exista persona alguna perjudicada por la interpretación y aplicación de las normas que hace el Registrador. Por otra parte la «función registral» también «*queda excluida de los procedimientos del orden administrativo*», aunque en algunos de sus aspectos deba tenerse en cuenta su legislación, pero «*sin que por la índole de las disposiciones aplicables y de las cuestiones que constituyen su objeto les sean aplicables por entero la Ley de Procedimiento Administrativo ni la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dada la especial naturaleza del procedimiento*» (Resolución de 26 de Junio de 1986).

Las *Resoluciones de la Dirección General*, por tanto, han venido a constituir una doctrina avanzada en el campo del Derecho Civil y Mercantil. Y, aunque nunca han faltado opiniones contrarias, hasta ahora se venía admitiendo por la generalidad de los autores que sus decisiones *ponían fin «definitivamente» al procedimiento registral*, sin que pudiera interponerse contra ellas recurso alguno (Resolución de 14 de febrero de 1957), ni siquiera el contencioso administrativo, según reiteradamente reconoció el Tribunal Supremo en

(2) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, sobre Derechos reales y Derecho Hipotecario.

(3) Igual opina LACRUZ BERDEJO en sus *Estudios de Derecho Hipotecario*.

diversos fallos recogidos en las Resoluciones de 23 de marzo de 1961, 23 de febrero de 1968 y 26 de junio de 1986. Esta *singular* situación, unida al hecho de su *publicación en el Boletín Oficial del Estado*, ha contribuido al reconocimiento general del alto valor científico de sus decisiones que siempre han gozado de gran prestigio, hasta el punto de que algunas veces, incluso, han servido de antecedente de normas legislativas nuevas.

No obstante, desde hace algún tiempo, sobre todo desde la publicación de la Constitución, la opinión más extendida entre los juristas, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha pronunciado en el sentido de que dichas Resoluciones, precisamente por referirse fundamentalmente a derechos privados, *no deben causar estado y deben ser recurribles, en todo caso, ante los Tribunales*.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, que, como ya es habitual, acompañó a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002, introduce en su *artículo 102* una importante modificación en la regulación del anterior *RECURSO GUBERNATIVO contra la calificación del Registrador*, no sólo mediante el reconocimiento «legal» de importantes innovaciones, que, en parte, ya habían sido introducidas por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (declarado nulo en cuanto a esta materia por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 22 de mayo del año 2000, fundamentalmente por no haberse respetado en la materia el principio constitucional de la *reserva de Ley*), sino también, fundamentalmente, por *dar carta de naturaleza a la posibilidad de que las Resoluciones de la Dirección General de los Registros puedan ser recurridas ante los «órganos del orden jurisdiccional civil»*. Y aunque en esta nueva regulación se intenta evitar el empleo de la denominación «tradicional» que parece encuadrar el recurso en el orden «gubernativo», lo cierto es que así aparece designado —si bien «únicamente» cuando se refiere a la *instancia ante la Dirección General*— en el segundo párrafo y al final del nuevo artículo 328 LH; en el que, además, se hace referencia al «*silencio administrativo*», por lo que se vuelve a poner en el candelero la debatida cuestión de la naturaleza y carácter de la «*función registral*».

2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y SU CONTINUACIÓN EN EL RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES

Debemos, por tanto, comenzar este estudio recuperando la vieja cuestión del carácter «*administrativo*» o «*judicial*» de los órganos encargados de la aplicación de la especial Legislación Hipotecaria, tanto en su *etapa primaria* por los REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD como en la resolución de

los *recursos contra sus calificaciones*, que van a poner fin a los expedientes iniciados con las solicitudes de inscripción.

No cabe duda de que la condición del «órgano» imprime carácter al «procedimiento». Y también es indudable que tanto la FUNCIÓN REGISTRAL como la correspondiente a los órganos superiores de «decisión» de los posibles RECURSOS contra las calificaciones registrales, han experimentado importantes cambios en los últimos tiempos, sobre todo desde la promulgación de la Constitución Española.

La opinión más generalizada, que viene condicionada por los orígenes indicados, se ha pronunciado por estimar que la actividad que se produce en los Registros de la Propiedad no es, propiamente, *ni administrativa ni judicial*, aunque participa de ambos caracteres. No es extraño, pues, que el *procedimiento para resolver las impugnaciones* que puedan interponerse contra las decisiones de los Registradores haya tenido siempre una «doble» competencia. Y, sólo por esta circunstancia, se presenta una primera cuestión, que, a mi juicio, excede de lo puramente terminológico, puesto que la coexistencia de esas «dos fases», *administrativa y judicial, en un único proceso o expediente de RECURSO*, que ha merecido siempre severas críticas, únicamente por motivos excepcionales ha podido mantenerse de manera inexorable durante tanto tiempo a pesar de los cambios legislativos e institucionales (4). Y todavía ahora, aún *cambiado el orden de su intervención*, el mantenimiento de ese mismo sistema «dual» puede seguir planteando numerosos problemas y hasta ser calificado de contradictorio.

Por ello, en un examen crítico de la nueva regulación «legal» será preciso, en primer lugar, dejar claro *si el recurso que puede interponerse ante los «órganos del orden jurisdiccional civil», impugnando, en su caso, las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, forma parte del mismo procedimiento de RECURSO instado contra la calificación «negativa» del Registrador* —que, por lo mismo, sigue teniendo «dos fases», o, lo que es lo mismo, «dos instancias», aunque ahora *inver-*

(4) Quizá, como dice SARMIENTO RAMOS (*Libro homenaje a Manuel Peña y Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiens Llorca*, editado en 1996 por el Colegio de Registradores), por las encomiables cualidades humanas y profesionales de los miembros del Cuerpo Facultativo de Letrados de la Dirección General que, además de someter siempre su criterio al del Tribunal Supremo, con muy escasas excepciones, con su imparcialidad y acierto dieron prestigio a las Resoluciones, hasta el punto de que aún sin merecer la consideración de verdadera jurisprudencia, se citan por los autores e incluso en las sentencias judiciales casi con idéntico valor. «No obstante, una vez proclamado constitucionalmente el sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho» (art. 103 CE) y, si alguna discrepancia puede haber, como cabe en todo juicio jurídico, «consagrado el carácter complementador del Ordenamiento Jurídico que corresponde a la doctrina legal del Tribunal Supremo (art. 1 CC), no cabe otra conclusión que el acatamiento por la Dirección General de los criterios reiterados formulados por el Tribunal Supremo».

das— (5), o, por el contrario, y con mayor precisión, pueden distinguirse «dos recursos», en cierto modo «independientes» y con características distintas: *uno primero, ante un «órgano gubernativo» que «revisa» y resuelve definitivamente en el «orden administrativo» la calificación primaria del Registrador, y otro segundo, ante los órganos del «orden jurisdiccional civil» que «revisa» la anterior y finaliza con una «sentencia judicial».* En esta última posición, que calificamos de innovadora, hablamos de «dos recursos», y no de «dos instancias», porque, como después hemos de ver, a nuestro juicio, la «primera fase» ante la Dirección General de los Registros y del Notariado es meramente «revisora» de la actuación de los Registradores, *con la exclusiva finalidad de «unificar» la práctica en la aplicación de la especial legislación hipotecaria* (y de ahí el carácter «vinculante» que se impone), *dando carácter «definitivo» a la actuación de los Registradores en el ámbito de la propia «función registral»*, por lo que, en cierto modo, dicho órgano directivo *participa también en la «función calificadora»*; mientras que *el verdadero RECURSO comienza exclusivamente en la nueva «fase judicial»* que puede interponerse una vez «confirmados» por la Dirección General los defectos alegados en la NOTA de «calificación», *desestimando el recurso bien expresamente o por silencio administrativo.*

Examinaremos esa posible alternativa en la evolución histórica que tuvo la tramitación del RECURSO.

A) LO QUE PUEDE SER: RECURSO ADMINISTRATIVO «O» JUDICIAL

La controversia que se planteó en la doctrina sobre cuál debe ser la solución más adecuada, se puso de manifiesto ya desde los inicios de la nueva legislación.

El problema está inserto en el discutido carácter que debe atribuirse al «procedimiento registral», que deriva esencialmente de la «función» encomendada a los Registradores de la Propiedad en la especial Legislación Hi-

(5) Por lo general, después de la nueva regulación «legal», se habla de una *primera instancia* ante la Dirección General de los Registros y una *segunda instancia «en alzada»* ante la jurisdicción civil ordinaria. Aparte de la «impropiedad» que supone hablar de una «segunda instancia» que debe interponerse ante los Juzgados de «Primera Instancia», no parece que sea ese el sentido de la nueva regulación de esta materia en la Ley 24/2001, en cuyo CAPÍTULO XI del TÍTULO V se alude a los «recursos contra la calificación» (en plural), y, en sentido estricto, no deben tener esa consideración ni el «recurso de queja» (art. 329 LH, que tiene otra motivación), ni la posibilidad de los interesados de presentar ante los Tribunales «demanda para que se declare la validez del título» (art. 328 LH, *in fine*). También, de alguna forma, es «impropio» hablar de «alzada» ante un órgano de distinto orden, puesto que se contradice a la clásica «distinción o separación de los poderes» en *ejecutivo o administrativo y judicial*, propia de los Estados modernos.

potecaria introducida a mediados del siglo XIX; porque, ya desde un principio, ante la general conveniencia de no considerarlo como un procedimiento *sui generis* (que se estimaba inaceptable, porque sería tanto como crear un nuevo órgano independiente tanto del orden *administrativo* como del *judicial*), dividió a los autores en tres posturas:

- * La de los que lo encuadran en el marco «*administrativo*», destacando, sobre todo, en esa especial normativa jurídico-inmobiliaria su carácter de «*orden público*» por su finalidad esencial de *protección del tráfico jurídico*; y que justifica la publicación en los últimos tiempos de importantes disposiciones del Ministerio de Hacienda que afectan a los Registradores, incluso fuera del campo de su función como Liquidadores de determinados Impuestos (que también desempeñan en determinadas localidades como herencia de la *simbiosis* de ambas funciones desde las antiguas Contadurías de Hipotecas), como fueron las *Leyes de Tasas y Precios Públicos de 1989 y 1998* y las que imponen como inexcusable la necesaria *coordinación de los Registros con el Catastro*, sobre todo en su relación con los procedimientos de «*inmatriculación*» de las fincas y de registración de «*excesos de cabida*», en las recientes *disposiciones legales sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* que acompañan a las respectivas Leyes de Presupuestos (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, Ley 50/1998, de 30 de diciembre, Ley 55/1999, de 29 de diciembre, Ley 14/2000, de 29 de diciembre, Ley 24/2001, de 27 de diciembre y Ley 53/2002, de 30 de diciembre), en todas las cuales se rebasa su esencial «ámbito fiscal» y se regulan aspectos importantes del Sistema Registral Inmobiliario, y lo mismo en la *Ley 48/2002, de 23 de diciembre, reguladora del Catastro Inmobiliario*, que incide y regula los procedimientos para la incorporación de la «*información gráfica*» y de la «*identificación catastral*» a las fincas del Registro de la Propiedad, así como la mayor colaboración de los Notarios y Registradores en la perfección y actualización del Catastro mediante el suministro continuo de la información jurídica que se deriva de sus intervenciones profesionales.
- * Los que le atribuyen un carácter «*cuasi-judicial*», por cuanto la calificación registral es una decisión adoptada por un *órgano independiente* que se basa únicamente en la aplicación estricta de la legalidad con la finalidad de depurar los actos que pretenden su acceso a los Libros del Registro, ya que, *la inscripción registral, por sí misma, produce efectos jurídicos materiales propios* que se consuman en los principios de «*legitimación*» y «*fe pública registral*». El Registrador aplica la Ley, y como cualquier Juez adopta con carácter independiente la decisión de *inscribir* los actos jurídicos que se le presentan con esa pretensión, o *califica negativamente* la posibilidad de su acceso al Registro si obser-

va su ilegalidad en relación con el ordenamiento jurídico en general, y en especial por la falta de adecuación al Sistema Inmobiliario y del formalismo exigido por la legislación especial.

- * Y, la más numerosa entre los autores, que enmarca la función registral en el amplio campo de la «*jurisdicción voluntaria*», destacando la especial finalidad que tienen encomendada los Registradores, en su *función delegada por el Estado*, de garantizar la «*seguridad preventiva*» del tráfico jurídico inmobiliario mediante la clarificación y publicación de los derechos con «*eficacia real*».

No obstante, para las tres posiciones se predicán, siempre, unas características muy especiales, puesto que ninguna coincide de pleno con las condiciones propias del régimen jurídico que regula la actividad de los Registradores; ya que, si de modo indudable es una «*función pública*» enmarcada en el ámbito de la *seguridad cautelar*, que es de «*orden público*», y, por lo mismo, tiene un evidente aspecto funcional «*administrativo*», también comparte y participa del carácter propio de una actividad «*cuasi-judicial*» por cuanto de su actuación se deriva la aplicación de un especial DERECHO HIPOTECARIO que tiene su fundamento en una *Justicia objetiva, cautelar y social, que también es de orden público* (6), y que es impartida, no de una manera mecanizada, sino mediante una *actividad racional y enjuiciadora* que se realiza por un profesional de la Ciencia Jurídica muy capacitado, tanto por su preparación especial como por el riguroso sistema de selección. Y, si bien no es miembro de ningún Cuerpo de la Judicatura, por lo que tampoco encaja en el estricto carácter de la «*jurisdicción voluntaria*», sí existe una cierta proximidad por la singular combinación simbiótica de una actividad «*decisoria*» en lo «*próximo*», en defensa de los que solicitan la protección registral, que es impartida con criterios de justicia, al igual que hacen los Tribunales, y otra actuación «*previsora*» de un «*futuro*» que debe acomodarse siempre al ordenamiento jurídico, en defensa de la Sociedad en general, actuando en todo caso como «*defensor de la legalidad*», lo que también la sitúa en paralelismo con la actuación del Ministerio Fiscal. Asimismo, la función registral destila una clara orientación a la realización de la «*política económica*» del Gobierno en cuanto va dirigida esencialmente a la protección del tráfico jurídico en beneficio de los terceros. Por consiguiente, el Registrador en sus calificaciones aplica e interpreta, con criterios perdurables, el ordenamiento jurídico en su totalidad, hasta extremos impensables, tanto en su finalidad *cautelar* como en su eventual *apertura* a nuevos supuestos jurídicos que pueden superar en cada momento la legalidad vigente, siempre con total

(6) *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, citado, pág. 14.

respeto a los principios jurídicos y económicos vigentes. Con su actuación, no sólo defiende una *justicia concreta*, sino que también imparte una *justicia abstracta* ya que califica para un futuro previsible, al que se adelanta, clarificando y asegurando los derechos y limitaciones que conforman el «*estatuto de la propiedad*» y el «*ámbito de eficacia erga omnes de los derechos reales*», que pueden ser perpetuos o temporales, pero que no se acaban con las personas, lo cual los distingue de los derechos obligacionales. Por eso se ha dicho, que corresponde a los Registradores la importante función de *velar por el futuro del tráfico económico y jurídico, aplicando y exigiendo una legalidad «objetiva» permanente*.

Esta «ambigüedad» en el criterio calificador de la «función registral» se observa, incluso, en varias normas, así como en numerosas sentencias y Resoluciones.

El *Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre*, por el que se aprobaron determinadas normas de procedimiento en materia de Justicia e Interior (consecuencia directa de la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), dice en su Preámbulo que, «*sin perjuicio, de los aspectos puramente administrativos del procedimiento*»..., «*las calificaciones de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no son actos administrativos, y las decisiones del Departamento en relación con las mismas tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, dejando a salvo a los interesados la vía de orden jurisdiccional civil*». La Jurisprudencia, por su parte (*STS 22 de diciembre de 1994*), afirma que, *no obstante el tradicional debate de la naturaleza de la actuación registral en su función calificadora, la solución más acertada es estimar que no es una actividad propiamente administrativa sino de naturaleza civil*, aunque sin desconocer su conexión con la primera en algunos de sus trámites (por ejemplo, las notificaciones, el cómputo de los plazos, el funcionamiento de las oficinas o registros, etc.). Otras veces, sin embargo, se afirma que la cuestión *no tiene una única solución*, cuando se trata, por ejemplo, de la inscripción de un acto complejo emanado de un órgano administrativo (como puede ser el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento sobre la venta de un bien municipal, cuya inscripción se deniega por omisión de la previa *desafectación* como bien de dominio público, o por defecto de *quórum* u omisión de una autorización superior o de algún otro trámite esencial, como la subasta previa, o la misma licitación administrativa), cuyos efectos sólo se consuman eficazmente mediante el acceso al Registro. Por lo demás, aunque es casi unánime la opinión de que, en todo caso, la «*tutela judicial*» de la función registral corresponde al «*orden jurisdiccional civil*» (por su «vis atractiva» ante la falta de una normativa especial, según el art. 9, apartados 2 y 4, de la LOPJ), *en los casos en que exista infracción de normas administrativas, dicha jurisdicción podría excusarse en*

favor de la «contencioso-administrativa», como decidió la sentencia de 18 de julio de 1997 de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Santa Cruz de Tenerife, referente a un acuerdo sobre el nombramiento de los miembros de una Sociedad Municipal, inscribible en el Registro Mercantil, por cuanto dicho nombramiento, dice, «ha de ajustarse a las previsiones y requisitos establecidos en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (arts. 73 y 93), de modo que se trata de una cuestión sujeta al Derecho Administrativo y cuyo enjuiciamiento pertenece, por tanto, a esta jurisdicción (art. 9.4 LOPJ)».

Por lo demás, según se ha resaltado en los últimos tiempos, en la actividad de los Registradores de la Propiedad el carácter de «*funcionario público*» se impone sobre el de «*profesional del Derecho*», aunque esta última cualidad, específica y notable, sea la determinante, en todo tiempo, de esa «delegación» por el Estado de las facultades decisorias en el ámbito propio de su función. Como dice la *sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de febrero del año 2000* —dictada con ocasión del recurso entablado contra el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaron determinados artículos del RH: «*Es cierto que el Registro de la Propiedad es un organismo formalmente administrativo integrado en la organización administrativa del Estado, aun cuando el procedimiento registral presente características específicas. Del mismo modo, si bien el titular del Registro no se identifica de manera absoluta con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como una actividad privada, razón por la que sus actos como titular de un organismo administrativo cuando sean vinculantes por establecerlo así una Ley lo serán para el órgano de la Administración del que es titular, ya que los Registradores de la Propiedad desempeñan una función pública y no una función privada a título personal*».

Acorde con esta última consideración, la citada *Ley 24/2001*, como veremos, encuadra las reformas y novedades que introduce, tanto respecto de la función registral en general, como en especial esta materia del RECURSO, en el ámbito de la actividad o «*acción administrativa*» (epígrafes del *Capítulo V* y del *Título XI*), e incluye el *silencio administrativo* como «desestimatorio» del recurso, al igual que la *Ley 30/1992* en el Procedimiento Administrativo, y expresamente dice que en el *recurso judicial «la Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado»* (art. 328 párrafo cuarto).

Pero, nada de esto es decisivo para la solución del problema, puesto que, aparte de que la mera ubicación de las normas no sigue siempre un criterio técnico (y en el mismo Código Civil existen normas de todo orden, civiles, mercantiles, hipotecarias y hasta administrativas y procesales), son varios los supuestos de funcionarios administrativos que desempeñan funciones jurisdiccionales (como los Tribunales de Expropiación o Contrabando), y también de Jueces y Magistrados que atienden tareas administrativas que tienen enco-

mendadas puntualmente; de lo cual cabe deducir que *no es la persona o el profesional sino la actividad que realizan la que define el carácter de su función.*

B) LO QUE DEBIERA SER: RECURSO ADMINISTRATIVO «SIN PERJUICIO» DEL JUDICIAL

En realidad no puede desconocerse que el *procedimiento registral*, que se inicia bajo el «*principio de rogación*», sigue con la aplicación rigurosa de los de «*prioridad*» y «*tracto sucesivo*» y termina con la práctica de la «*inscripción*» (con una fase «*intermedia*» de posible *recurso* en los casos de suspensión o denegación), es un *proceso «funcionarial»* que, como hemos dicho, fundamentalmente *activa derechos privados*, pero que también *participa en la realización de la «seguridad jurídica preventiva», en interés de la Sociedad en general*, y hasta en la «*política económica*» del Gobierno, por lo que en numerosos supuestos los problemas pueden ser «*mixtos*» y «*complejos*». En consecuencia, el Registrador, como «*profesional especializado revestido de una «función pública» de interés general*» ha de «*calificar*» actos propiamente civiles y mercantiles privados, pero también actos administrativos o judiciales, lo que le obliga a aplicar todo el ordenamiento jurídico, e incluso, a tener en cuenta principios y normas de orden constitucional, como la «*tutela judicial efectiva*» que proclama el artículo 24 CE, colaborando a su total eficacia. Su actividad, por tanto, puede ser muy compleja, hasta el punto de que puede verse obligado a oponerse a la inscripción de sentencias o Resoluciones emanadas de los órganos judiciales *que no cumplan los mínimos requisitos registrales necesarios para obtener el amparo del Registro*, pues, como dicen varias Resoluciones (la última de 6 de abril del año 2000, que repite las mismas palabras que la primera de 13 de febrero de 1992), «*si bien la obligación de cumplir las resoluciones judiciales y de colaborar con la Justicia en su ejecución se impone a todos, y por consiguiente también a los Registradores*, ni siquiera las resoluciones judiciales pueden entrar automáticamente en el Registro sin pasar por el tamiz de la calificación registral, *que, aunque limitada en sus extremos* (art. 100 RH) *a los obstáculos que surjan del Registro, destaca entre estos la comprobación de que el titular registral que pueda verse afectado por la inscripción o anotación de la resolución judicial ha tenido en el procedimiento la intervención prevista en la ley en las condiciones exigidas, según el caso, evitando que pueda sufrir en el propio registro la indefensión procesal*». Por eso, en otras Resoluciones se afirma de forma contundente que los «*principios hipotecarios*», que inexcusablemente debe aplicar el Registrador, vienen a ser el *complemento de la «tutela judicial»*.

Actualmente, la Legislación Hipotecaria abarca todo el ámbito inmobiliario, lo cual refuerza la tesis de su extensión a todos los órdenes del Derecho, por lo que resulta difícil su estricta enmarcación. En principio y por lo general, como también hemos indicado, afecta a *derechos de índole «privada»* (hasta el punto de que en sus inicios estaba destinada a integrarse en el Código Civil y sólo razones de urgencia decidieron su promulgación como una legislación especial, que, por lo mismo, creó un clima contradictorio), pero no cabe duda de que también participa de la condición propiamente *«gubernativa»* que caracteriza las actuaciones del Gobierno para la realización de su política económica. Y debe destacarse, a este respecto, que la regulación de la *«publicidad registral»*, aunque referida por lo general a relaciones privadas, *refuerza la protección de la propiedad y la eficacia de los derechos reales* en beneficio de toda la sociedad, sobre todo por el alto desarrollo técnico del *Sistema Inmobiliario* adoptado por nuestro Ordenamiento Jurídico, que obtiene por ello la tutela de los Tribunales además de la protección administrativa.

Es inevitable, por tanto, reconocer que, incluso para el propio interesado que pretenda esa protección especial, la decisión de que un determinado acto o negocio pueda acceder, o no, al Registro tiene consecuencias jurídicas importantes, y que, consiguientemente, la *«negativa»* a inscribir, como toda decisión jurídica que sea contraria a las pretensiones de los interesados, debe estar sometida a un *control superior* que revise y dictamine si existen las razones o motivos que alega el Registrador en su Nota de calificación *desfavorable*. Por el contrario, si la calificación es *«positiva»*, es decir, *favorable* a los intereses de los que recaban la protección registral, no se exterioriza en un acuerdo del Registrador; sino que, simplemente, *se manifestará en la práctica del correspondiente asiento registral que desde ese momento va a quedar bajo la salvaguardia judicial*.

Como dice la doctrina procesalista, lo que caracteriza y justifica todo RECURSO es la necesidad ineludible de que los acuerdos de un determinado funcionario, u órgano *inferior*, puedan ser revisados por un órgano *superior*; por lo que es esencial a todo recurso lo que se denomina el efecto *«devolutivo»*, así como la *«restricción»* a la aportación de nuevos hechos y pruebas y la imposibilidad de alegar nuevos medios de ataque y defensa de los derechos. Por ello, se dice que, solo son verdaderos recursos el de *«apelación»* y el de *«casación»*, y no lo son los de *«reposición»* y *«revisión»* (7).

En los modernos Estados de Derecho, la posibilidad del RECURSO está ínsito en todo procedimiento, cualquiera que sea su especie. Pero, según sea el órgano (*administrativo o judicial*) encargado de su resolución el proceso será distinto. Las diferencias son esenciales. En el procedimiento o proce-

(7) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, pág. 419.

so ADMINISTRATIVO domina la situación «jerárquica» y hasta «política» de los órganos, inferior y superior, que, por pertenecer ambos al orden «ejecutivo», presupone una función de «gobernar», o lo que es igual, de *regir una actividad con autoridad y sujeta a directrices obligatorias*. En el proceso JUDICIAL, por el contrario, todo se desenvuelve en un mismo plano, en el que las partes discuten la controversia en situación de igualdad. En el primero impera la jerarquía y domina la finalidad política o económica con que se revisa «*en alzada*» la decisión de un funcionario que ya debió actuar con sujeción a unas facultades regladas, limitándose, por tanto, la actuación revisora al contenido del expediente; mientras que en el segundo domina la *independencia y la libertad de pruebas y alegaciones* para conseguir la decisión más justa. Ambos caracteres *en un solo recurso* podrían ser procesalmente «contradictorios».

Lo que será ineludible, en todo caso, es la posibilidad de que las decisiones «definitivas» adoptadas por los órganos administrativos superiores que resuelven las decisiones de los inferiores, *estén sometidas, a su vez, a los Tribunales de Justicia*, a quiénes en todo Estado de Derecho corresponde el «control definitivo» de la legalidad de su actuación, que incluye, asimismo, el examen del debido sometimiento de esa actuación a los fines que justifican su función. Pero, este definitivo «*control judicial*» debe actuar como un *nuevo proceso*, distinto del expediente que sólo persigue la mera «revisión» de aquella. Por lo mismo, la inserción de una fase «*judicial*» en un recurso esencialmente «*administrativo*», puede suponer, a mi juicio, cuando menos una anomalía *procesal*, que podría aparecer, incluso, como *contraria al principio constitucional de separación de poderes* (Montesquieu). Porque, también la división de poderes está en la Constitución, en la que se sitúa al mismo nivel que el Poder Judicial la autonomía del Poder Ejecutivo; y también se recoge en ella el principio político de prevención extrajudicial de la «*seguridad jurídica*», que en nuestro Ordenamiento se encomienda a Notarios y Registradores mediante el establecimiento de un Sistema Inmobiliario que combina la «*documentación auténtica*» y la «*publicidad registral*» con la finalidad esencial de proporcionar seguridad al tráfico jurídico (arts. 9.3 y 149.1.8.º CE).

Las diferencias que se aprecian en las dos formas recurrentes, *administrativa o judicial*, han sido puestas de manifiesto en numerosas Resoluciones de la Dirección General que remiten al orden «judicial» aquellas cuestiones que no pueden ser resueltas en el orden «gubernativo». En la última que conocemos, de 23 de abril de 2003 (BOE de 17 de mayo), se remite a la decisión de los Tribunales la cuestión debatida (a propósito de la caducidad de una condición por cumplimiento del plazo cuyo comienzo dependía de un hecho de interpretación variable), y en ella se afirma que la «*calificación registral*» deberá basarse en los términos pactados *cundo*

estos tengan una indudable claridad, ya que, de no ser así, se estaría vulnerando el principio de salvaguardia judicial de los asientos; puesto que, frente a la amplitud de medios de interpretación de que gozan los Tribunales (algunos extradocumentales), del único elemento de que goza el Registrador para interpretar el contrato es el constituido por los limitados medios de calificación, que únicamente son los documentos presentados y los asientos del Registro.

Por lo demás, la materia propia del RECURSO contra la calificación negativa de los Registradores no es extraña a lo que se llama la «ordenación de los Registros», es decir, a la materia administrativa relativa a los requisitos y efectos de los asientos registrales, que la Constitución reserva al Poder central del Estado (art. 149.1.8.º). Únicamente si la cuestión debatida en el RECURSO está directamente relacionada con los Derechos Civiles especiales de determinadas Comunidades Autónomas, cuya interpretación está reservada a los Tribunales Superiores de Justicia de la misma Comunidad, puede ser lógico que a ellos también corresponda su resolución.

La Jurisprudencia también distingue claramente los «actos administrativos» de los «actos de la Administración», caracterizándose los primeros porque en ellos la Administración actúa revestida de *imperium*, es decir, con «ejecutividad» inmediata y «ejecutoriedad» propia, a diferencia de los segundos en los que al no darse esos caracteres quedan sujetos a las normas del Derecho Privado. El *imperium* aparece siempre ligado a una finalidad «pública» que justifica la actuación del órgano con *autoridad*. Por ello podemos decir que, en un primer estadio, la actuación de los Registradores mediante su «calificación» es una manifestación de las facultades delegadas por la Administración para la «finalidad» de cooperación a la realización de la política económico administrativa de protección del tráfico jurídico, que es de «orden público». Y, únicamente si se ejerce con daño inmediato para cualquiera de los interesados, cabe que sea recurrible directamente ante los Tribunales. Pero, si la negativa a inscribir deriva, exclusivamente, de una diversa interpretación de las leyes o de los negocios, esa decisión, a instancias de los que se sientan perjudicados, puede y debe ser «revisada» antes de su ejecución por un órgano superior del mismo ámbito, si existe, es decir, en el mismo orden administrativo.

C) LO QUE ANTES FUE: RECURSO ADMINISTRATIVO CON UNA INSTANCIA «PREVIA» «CUASI» JUDICIAL

La creación del Cuerpo de los REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD no fue una mera «oficiosidad», sino una imperiosa «necesidad» sentida hace más de ciento cuarenta años, desde el mismo momento en que se

hizo patente la urgencia de una especial legislación protectora del «tráfico jurídico inmobiliario».

No cabe duda de que los documentos otorgados ante un «fedatario público», es decir, los DOCUMENTOS PÚBLICOS, hacen fe de la «realidad» de las manifestaciones hechas ante el mismo; pero no siempre acreditan la «veracidad» intrínseca de lo manifestado. Por otra parte, las SENTENCIAS JUDICIALES «firmes» resuelven con irrepetible valor de «cosa juzgada» la controversia entre las partes litigantes, pero por sí solas no adquieren eficacia *erga omnes*. Y, las mismas RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS (autorizaciones, concesiones, licencias,...) también se refieren, por lo general, a derechos o solicitudes de actuación individual que necesitan ser publicadas para su total efectividad.

Pero, además, en la Legislación Hipotecaria de 1861 se impuso, como esencia de la introducción del nuevo Sistema Inmobiliario, la necesidad de *regular para el «futuro» el «estatuto jurídico de la propiedad» de cada finca y la eficacia erga omnes de los derechos reales*, lo cual exigía, además de una *documentación auténtica*, ya existente desde los antiguos escribanos, una *publicidad registral* para conocimiento de los terceros que no habían intervenido en el negocio y de la sociedad en general, que permitiera el establecimiento de unos nuevos principios de «*legitimación*» y de «*fe pública*» registrales, como consecuencia de los cuales algo realizado lícitamente *inter partes* pasaba a tener eficacia *erga omnes*, tutelada por los Tribunales.

Como consecuencia, la decisión personal del Registrador al enjuiciar la documentación que pretenda su acceso a los Libros Oficiales del Registro, queda dotada de unos especiales e importantes efectos jurídicos. Era preciso, por tanto, ya desde el principio, el establecimiento de un «control» de supervisión superior que pudiera corregir las posibles equivocaciones o errores en la interpretación de los negocios y de las normas. Por eso, en la misma Ley Hipotecaria de 1861 se regulaba la posibilidad de un RECURSO ante el Presidente del Tribunal de Partido, con posible «apelación» ante la Audiencia; introduciéndose posteriormente una «segunda apelación» a la Dirección General de los Registros como medio de lograr una *uniformidad en la interpretación y aplicación de las nuevas leyes*. Sólo posteriormente, al someterse también a la calificación registral los documentos judiciales que pretendían su acceso al Registro se suprimió la primera instancia ante el Juzgado de Partido, pasando a ser tal la que se podía interponer ante el Presidente de la Audiencia Territorial, como sucesor del antiguo Regente de las Audiencias, sustituida después por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Pero, incluso en la anterior regulación del RECURSO, esa intervención en primera instancia del Presidente del Tribunal Superior de Justicia *no daba al procedimiento un propio carácter «judicial»*, ya que, como dice DE LA

RICA (8), es un puro trámite intermedio de un procedimiento especial «gubernativo», que pertenece a la esfera de la jurisdicción administrativa, puesto que se resuelve en definitiva por una Dirección General, y la intervención en primera instancia de los Presidentes de las Audiencias viene explicada por ser órganos intermedios con delegación permanente para la inspección de los Registros. Por ello, en varias Resoluciones (desde la Resolución de 30 de abril de 1935) se afirma que los Presidentes carecen de atribuciones para dictar resoluciones en base a documentos que no hayan sido calificados por el Registrador.

Esa intervención del Presidente se producía «sin un verdadero proceso», como una decisión personal desconectada de su condición de miembro de la organización judicial, o no sólo por su condición de tal, sino por su propia autoridad como jurista, dando prioridad a una función administrativa especial que le estaba encomendaba. Sólo con esa interpretación moderadora pudo subsistir la incoherencia de un sistema que permitía que una resolución emanada de tan alto órgano judicial pudiera ser revisada por otro órgano administrativo.

Quizá esa limitada actuación, que, además, en cierto modo quedaba oscurecida por el protagonismo de la Dirección General (cuyas Resoluciones se publican en el *Boletín Oficial del Estado*), puede explicar la subsistencia durante tanto tiempo de tan inadecuado recurso.

Por eso, su eliminación ha sido un acierto. Nada en contra del principio de «tutela judicial efectiva», recogido en el artículo 24 de la Constitución (*ley suprema perdurable*) como una *abstracción*, que por tanto debe abarcar todo lo habido y por haber en materia «decisoria», y cuya necesaria *concreción* exige una interpretación adecuada a cada tiempo. Pero, en realidad, ese necesario sometimiento al *amparo judicial* ya había sido previsto por la Ley Hipotecaria, en su artículo 66, que se adelantó a esa exigencia, propia del Estado de Derecho, regulándolo en su ámbito propio. Por mucha importancia que deba darse, e indudablemente la tiene, al principio de «tutela judicial efectiva», no cabe duda de que su actuación no es ni puede ser la única solución a la cuestión de la «seguridad jurídica preventiva», de tal modo que sustituya de modo absoluto a la «fe pública registral». Hay otras instancias no judiciales que destilan también una *justicia preventiva*, como son la «fe pública» en las *actuaciones notariales y de los registradores de la propiedad y mercantiles*, en las que, al igual que en el «arbitraje» voluntariamente aceptado por las partes, el inexcusable recurso al amparo judicial no debe perjudicar su primaria e inicial independencia.

A mi juicio, un «único» recurso con incardinación de una «fase judicial» en todo caso de desacuerdo con una calificación registral «negativa», no sería

(8) *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, pág. 192.

totalmente eficaz, ya que, para evitar, en lo posible los desaciertos en las calificaciones de los Registradores lo más conveniente pasa por adoptar otros medios más adecuados que aseguren la uniformidad de criterios en la práctica y el sometimiento a un estricto rigor procedimental, para que, *sin merma de la independencia en sus decisiones* —que emiten bajo su responsabilidad personal—, se asegure en todo caso la «legalidad» de su actuación, en difícil equilibrio con la *voluntariedad* de la inscripción. Pero, tanto esto último como el establecimiento de una necesaria apelación a un órgano superior encargado de vigilar, revisar y resolver lo procedente en esos casos de discordancia del Registrador y los interesados, debe serlo dentro del mismo *orden funcional*, sin involucrar siempre en sus decisiones al *orden judicial* que está para otras instancias en las que ya exista un litigio entre los interesados. Sólo así podrá cumplirse con total efectividad, y sin excesiva demora, la «función registral», por encima de los intereses privados y particulares, dejando para el campo *judicial* la protección concreta de esos intereses privados cuando hayan sido perjudicados o resulten controvertidos.

Según LÓPEZ MEDEL (9), «*la calificación registral del Registrador es una decisión personal* (como se expresa en la fórmula habitual: «*en su virtud, inscribo*»...), *que deriva de un acto de reflexión, y con frecuencia de validación, de homologación o depuración de los negocios jurídicos con efectos reales, contenidos en los documentos escriturados notarialmente, judiciales o administrativos. La decisión de inscribir o no inscribir no tiene forma especial* (auto, sentencia o acuerdo), *y es una función que se asemeja a la del Juez de jurisdicción voluntaria o de carácter arbitral. Su destinatario no sólo es el interesado sino los terceros*». Y en esto está el meollo de la cuestión que explica que el Sistema Registral *no sea ni meramente administrativo ni estrictamente judicial*, y, además, que la inscripción sea voluntaria. *Toda la óptica del Sistema Registral*, sigue diciendo ese autor, *está en el TERCERO, que no es el «extraño», ni siquiera el «tercero» del artículo 34, sino el sujeto potencial expectante, que está fuera de la relación jurídica que se contempla pero que puede llegar a estar, o vagar o incluirse, por ser alguien que está en la Sociedad, «un sujeto potencial —inicialmente no activo— pero que puede encontrarse en una situación posicional de dimensión expectante, y que es el “protagonista” del fenómeno expansivo de la relevancia jurídica de la calificación registral, es decir, el destinatario de los principios de prioridad, legalidad y fe pública que el Registro protege, y que simboliza el bien común y el orden jurídico protegido*».

(9) LÓPEZ MEDEL, «La calificación registral en su relevancia como hecho jurídico», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 75, año 2001.

D) LO QUE AHORA PUEDE SER: RECURSO JUDICIAL QUE SIGUE A UNA FASE DE «REVISIÓN» ADMINISTRATIVA

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en el Capítulo XI del Título V, bajo el epígrafe: «Acción administrativa en materia de seguridad jurídica preventiva», recoge importantes novedades que afectan a la «función registral» y también a la «notarial»; y, concretamente, en su Sección 5.^a (art. 102), introduce un nuevo TÍTULO XIV en la Ley Hipotecaria, con la rúbrica «Recursos contra la calificación», que comprende los nuevos artículos 322 a 329, ambos inclusive, de dicha Ley.

Destaquemos una importante nota que, según el indicado epígrafe, parece caracterizar la nueva regulación «legal» de toda esta materia relacionada con la Legislación Hipotecaria: La Ley la encuadra claramente en el ámbito de la «acción administrativa», que es el objeto del citado Título V, en el cual se comprenden diversas materias sectoriales de la misma índole. Por lo demás, como ya hemos indicado, en la nueva Ley se habla de recursos, «en plural». Independientemente del Recurso de queja, que tiene otra motivación (art. 329 LH) (10), lo mismo que la demanda que puede interponerse por los interesados ante los Tribunales para que se declare la validez del título (art. 328, último párrafo), que es otra instancia judicial con distinta finalidad, dicho matiz puede ser considerado como muy sintomático para sostener que, desde la reforma «legal», existen dos especies distintas de RECURSOS contra la calificación registral: un recurso «gubernativo», propiamente dicho, que debe interponerse, en primer lugar, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y otro de carácter «judicial», que viene a ser una «revisión jurisdiccional» de aquél.

En principio, de la redacción de los nuevos artículos parece desprenderse que en esta cuestión se sigue manteniendo el mismo sistema «dual», judicial y administrativo, del régimen anterior, aunque ahora «invertido» su orden, salvo en aquellos territorios que tienen un Derecho Civil Especial, «cuya aplicación e interpretación corresponde exclusivamente a los Tribunales Superiores de Justicia» (Disposición Adicional 7.^a de la LOPJ); por lo que, si tienen transferida la competencia correspondiente (País Vasco, Cataluña, Galicia, Aragón, Baleares y Navarra), «cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiere interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano» (art. 324). No existirá, por tanto, en estos terri-

(10) La Resolución de 3 de octubre de 2001 dice que el «expediente de queja» no puede servir para resolver una cuestión o materia atinente a la calificación registral.

torios el previo recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Esta *excepción* a la regla general quizá pudiera interpretarse en el sentido de que la intervención de los órganos jurisdiccionales en la resolución de esta clase de recursos, propiamente dichos, en los referidos territorios con Derecho Civil singular, lo sea únicamente de un modo similar a la anterior intervención de los Presidentes de los Tribunales Superiores en todo el territorio nacional, es decir, con una función *no propiamente «judicial» en sentido estricto*. Pero, como esto ya no es así, con base en la interpretación que después propugnamos de que *el verdadero RECURSO contra la calificación registral comienza con la instancia judicial*, será mejor entender la excepción como un *supuesto especial* en el que, simplemente, *se prescinde de la previa «revisión» de la calificación registral por la Dirección General de los Registros y del Notariado*, con la única finalidad de aprovechar en un solo trámite o expediente la competencia exclusiva que tienen dichos órganos judiciales en las referidas Comunidades Autónomas para la interpretación de su Derecho Civil especial, materia con la que, por lo general, estará íntimamente relacionada la calificación registral. En todo caso, se mantiene la posibilidad de «rectificar» la calificación por el mismo Registrador que la realizó a la vista del recurso y, en su caso, de las alegaciones presentadas (art. 327 LH, párrafo sexto). Y creo sinceramente que, más o menos pronto, estas Comunidades Autónomas necesitarán el establecimiento de un organismo con la misma función que la Dirección General del Ministerio de Justicia para evitar la fusión de ambas apelaciones en un único *recurso judicial*, que, además de incrementar insatisfactoriamente la actividad de los Tribunales en dichos territorios, dificulta, más que facilita, la rapidez en la solución de los conflictos meramente registrales (11).

Lo que sí sigue siendo indudable es que la *«función registral»*, aunque no esté sujeta por entero al Derecho Administrativo puesto que, fundamentalmente, se rige por la Ley Hipotecaria y el Código Civil, se produce, por lo general, *a propósito de cuestiones o derechos básicamente de índole civil o mercantil*; y, también sigue siendo cierto, que la *«publicidad registral» enmarcada en un Sistema Inmobiliario de gran desarrollo técnico*, como el nuestro, complementa la eficacia de los llamados «derechos reales» al extenderla *erga omnes* en base, fundamentalmente, a los principios de *«legitimación y «fe pública registral»* (12). Por ello, la opinión más generalizada es

(11) No cabe duda de que la mayor parte de los *recursos contra las calificaciones registrales* no deben pasar de la Resolución «gubernativa» de la Dirección General, por el alto grado de aceptación dada la gran categoría jurídica de las mismas.

(12) Puede verse el libro *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, del mismo autor, Capítulo III (*Sistemas Registrales, Valor de la inscripción en nuestro Derecho*), págs. 72 y sigs. Editorial DIJUSA, año 2001.

que la decisión de «suspender o denegar» el acceso al Registro de los actos y negocios susceptibles de ser inscritos *puede menoscabar la efectividad de los derechos que en ellos se instrumentan*, por lo que dicha «*calificación registral*» no puede quedar al margen de la *jurisdicción ordinaria*, lo que hace inexcusable, no sólo una *revisión puramente administrativa* de aquélla, sino también una «*revisión judicial*» de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como ya había adelantado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de diciembre de 1994, y tiene el apoyo general de la doctrina jurídica.

No obstante, si aceptamos, como criterio general, que esa «*función registral*» es una actividad funcional *sui generis* (13), que, cuando menos, *participa* eficazmente, de alguna manera, en el ámbito de la «*actividad administrativa*», únicamente se abrirá la «*vía judicial*», propiamente dicha, cuando la Dirección General de los Registros haya dictado y notificado su resolución a los recurrentes, o cuando se dé el supuesto regulado del «*silencio administrativo*», en el que se entiende desestimado el recurso. Por ello, la primera reclamación contra la actuación del Registrador ante dicho órgano de la Administración viene a ser *una especial instancia de carácter «revisionista»*, similar al «*recurso de reposición*», aunque en este caso con un singular «efecto devolutivo» ya que se propone y resuelve por un órgano distinto, con las características de *superior jerárquico* dentro del ámbito profesional de los Registradores de la Propiedad, y que tiene como misión fundamental la *unificación de criterios* en las calificaciones registrales (es decir, la misma función que tenía cuando fue creada la Dirección General en 1864 como un Departamento del Ministerio de Justicia), y que, en cierto modo, también viene a cumplimentar el requisito, o exigencia, de la «*reclamación previa en la vía administrativa*» vinculada de antiguo a la «*excepción procesal*» del mismo significado cuando la Administración es parte en el pleito, y que, aunque no se recoge en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 416), tampoco está suprimida ni derogada expresamente.

Si esto es así, queda reforzada la opinión de que el propio «*recurso judicial*», que puede seguir a esa «revisión» puramente «funcional», lo es, o se interpone, *contra la propia decisión contenida en la «calificación» del Registrador*, en su caso «*corregida*» por la Dirección General; por lo que debe versar, exclusivamente, *sobre la legalidad o ilegalidad de esa misma «calificación registral» en el ámbito de la especial Legislación Hipotecaria*. Es decir, el «*recurso judicial*» debe tener el mismo objetivo que el anterior «*recurso gubernativo*» ante la Dirección General, y, por consiguiente-

(13) En todo caso el *procedimiento registral* debe considerarse como un «procedimiento especial», lo cual no es anticonstitucional si está justificado por el especial funcionamiento de la materia que regula.

te, también debe quedar limitado «a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma» (art. 326 LH). En consecuencia, con un estricto rigor teórico, lo que el órgano «judicial» deberá examinar será la correcta aplicación por el Registrador de los trámites y requisitos exigidos por el Sistema Inmobiliario adoptado por el ordenamiento jurídico para la seguridad jurídica preventiva del tráfico inmobiliario, con total independencia del «fondo» del asunto (14); si bien, en todo caso, *sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para defender sus respectivos derechos en un nuevo*

(14) Sobre esta importante cuestión puede verse el interesante trabajo de CELESTINO PARDO NÚÑEZ sobre «Control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, marzo-abril de 2003), en el que afirma que: si bien en la anterior regulación del recurso gubernativo la Resolución debía decidir exclusivamente sobre la legalidad de la calificación y abstenerse de pronunciamientos definitivos sobre derechos, es decir, sobre si el que pretendía inscribir a su favor tenía verdadero y auténtico derecho a exigir la práctica del asiento, ahora, según el nuevo sistema (pág. 1073 y sigs.) sostiene que, admitida, por exigencia constitucional, la «revisión judicial» de las resoluciones registrales, su articulación no es sencilla, ya que esa admisión exige pronunciarse, con carácter previo, sobre algunas de las cuestiones centrales que vienen ocupando tanto al Derecho Hipotecario como al Procesal y al Administrativo, lo cual, en la materia que nos ocupa, supone admitir que en un mismo proceso judicial, tal como pasa en los contenciosos que es de «plena jurisdicción», no sólo se somete a control la legalidad de la nota de calificación, sino que se permite el reconocimiento de «situaciones jurídicas individualizadas», por lo que, en el caso concreto, los Tribunales de lo Civil deben pronunciarse en un mismo proceso, no sólo sobre el derecho del solicitante a inscribir su título sino también sobre si el asiento solicitado causa perjuicio a derechos de terceros, porque una cosa implica la otra. Y también debe pronunciarse sobre la legalidad o existencia del derecho a inscribir (derecho a la práctica del asiento), si así se solicita, conforme a la distinción entre «calificación» e «inscripción», que es la doble actuación de la competencia registral, debiendo tener en cuenta la eficacia indivisible de la inscripción, que, por lo mismo, puede publicar unos determinados derechos y declarar extinguidos otros. «El control judicial pleno de la legalidad de los actos de la Administración no puede conseguirse sin proporcionar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de todos los implicados»..., puesto que «otra interpretación daría la espalda al hecho de que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela judicial en razón de los derechos e intereses legítimos». Y cita a GARCÍA DE ENTERRÍA afirmando con él que «un proceso impugnatorio de los actos administrativos que agote toda su funcionalidad en el examen de su legalidad..., y en el que no se admita la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en instancias inferiores ha sido definitivamente desmontada por el citado artículo 24 de la CE, que configura la actuación judicial como una técnica de tutela efectiva de todos los derechos e intereses legítimos». Y, como una de sus conclusiones afirma que «no debe perderse de vista en esta nueva revisión judicial o control judicial de la Administración Registral, la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo (como paradigma), ya que la revisión judicial de actos administrativos debe ser siempre «de plena jurisdicción».

A mi juicio, esta cuestión aparece íntimamente ligada al problema del posible examen en el recurso judicial de cuestiones de «fondo» que exceden de la pura calificación registral, al que aludimos después en la nota 23.

juicio ordinario, o, lo que es lo mismo, «*para contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo*», pero ya en el procedimiento que corresponda (por su competencia y cuantía) a un nuevo pleito que pueda entablarse para dirimir esa contienda (contenciosa) entre las partes, y *en el cual no deberá ser parte el Registrador* (art. 66 LH), y *en ningún caso paralizará la resolución del recurso* (art. 328, último párrafo, LH).

Podemos concluir diciendo que, en el actual sistema, además del propio *recurso «gubernativo»* ante la Dirección General de los Registros, existe una *doble instancia «judicial»*, con diferentes procedimientos y distintos efectos (además del propio *juicio declarativo, ordinario y plenario*, que puede interponerse en todo caso para resolver cualquier cuestión relacionada con la existencia, los efectos y la inscribibilidad de los derechos); doble, o triple, opción que tiene su justificación en la conveniencia de mantener una «*oferta plural*» diversa, como soluciones alternativas a voluntad de los interesados, a quienes puede convenir, unas veces la rapidez del RECURSO convencional (*sumario*) *sin los efectos definitivos de cosa juzgada*, y otras la seguridad definitiva de un JUICIO ordinario (*plenario*) que no puede repetirse sobre la misma cuestión.

Ambos recursos ante los Tribunales de Justicia son diferentes, y tienen distinta finalidad, como decimos, y en ellos la actividad *interpretativa* de los actos o negocios que deben desarrollar los funcionarios judiciales encargados de su resolución será distinta, según los dos criterios interpretativos que diferenció el profesor DE CASTRO (15): En el primero (JUICIO VERBAL, de carácter *sumario*), cuyo objeto deberá quedar limitado a la cuestión de la *inscribibilidad* de los documentos que fueron presentados en su día al Registrador, se debe tener en cuenta un criterio *objetivo*, deducido exclusivamente de lo que resulta de los referidos documentos en relación con el contenido de los asientos registrales, para examinar la calificación «*abstracta*» efectuada por el Registrador (16); mientras que, en el segundo (JUICIO ORDINARIO

(15) FEDERICO DE CASTRO (*El negocio jurídico*, pág. 75), señala que la interpretación de los negocios jurídicos puede hacerse con arreglo a un criterio «*subjetivo*» («*que trata de averiguar la voluntad querida*») u «*objetivo*» («*que atiende a la voluntad jurídica que resulta de los hechos, actos y documentos*»). Y es a este último criterio al que debe acudirse en la «*calificación registral*», que trata de proteger a toda la sociedad mediante un proceso de depuración de las cargas o limitaciones del poder de disposición que deben acceder a los Libros Oficiales de la Publicidad Registral, ya que en ellas se debe calificar si son «*aptas para tener trascendencia real, por no ser de aquéllas que pongan en peligro la seguridad del tráfico y por poder ostentar, en su caso, los requisitos formales de la publicidad*».

(16) El Registrador ha debido calificar *objetivamente* unos documentos a cuyo contenido, en esencia, se deben circunscribir los derechos que se van a incorporar a los Libros del Registro. Por ello, como sigue diciendo el profesor DE CASTRO (*El negocio jurídico*,

y *plenario*), se deberá considerar un criterio *subjetivo*, deducido de la totalidad de las alegaciones y pruebas contrastadas, que puedan aportarse, para la resolución «concreta» del litigio controvertido entre las partes.

3. EXAMEN DE LA NUEVA REGULACIÓN «LEGAL»

Como resumen de todo lo anterior podemos afirmar que, aunque en la nueva regulación «legal» de esta materia pudiera parecer, en principio, que se sigue manteniendo el mismo «dualismo», *judicial y administrativo*, del anterior sistema de un «único» RECURSO contra la calificación de los Registradores, a pesar de la *inversión de su orden*, seguiría siendo, a mi juicio, técnicamente incorrecta la «coexistencia» en un mismo proceso o procedimiento de ese «doble carácter» que, cuando menos, es «contrario» a la *división o separación de poderes*, y que supondría la aplicación, en cada una de sus dos fases, de criterios pertenecientes a sectores distintos del ordenamiento jurídico. Por ello, con mayor rigor técnico *debe entenderse que son «dos» los recursos ahora existentes*: uno, primero, de carácter *gubernativo*, y otro, segundo, que se corresponde con la nueva instancia *judicial*.

Si esa intervención «judicial», tan insistentemente demandada como inexcusable por todos los sectores del Derecho, incluso por la mayoría de los hipotecaristas, *sólo pudiera entenderse como la introducción de una «segunda fase», o alzada, en un «único» expediente de RECURSO*, disminuiría la importancia y categoría de la calificación efectuada por el Registrador de la Propiedad y confirmada, en su caso, por la Dirección General, y, consiguientemente, disminuiría el valor de la *seguridad preventiva «no judicial»*, por suponer un claro debilitamiento de la «fe pública registral» en aras de un superior principio de «tutela judicial efectiva», que no tiene por qué operar inevitablemente en todos los ámbitos, es decir, no sólo en las esferas «declarativa» y «ejecutiva», propiamente judiciales, sino también en la «cautelar» que en un Estado de Derecho no tiene por qué ser inexcusablemente judicial.

* * *

Y, partiendo de las consideraciones expuestas, entramos en un estudio más detallado de la nueva regulación, que presenta importantes novedades

pág. 76): «los funcionarios que hayan de atender a la validez de los negocios jurídicos (por ejemplo, los encargados de los Registros), deberán también calificarlos según su sentido, mas para ello habrán de atenerse pasivamente a las declaraciones debidamente autorizadas que se les presenten, sin que estén autorizados para considerar explicaciones o interpretaciones de los declarantes».

introducidas por el artículo 102 de la Ley 24/2001 en los artículos 322 a 329, ambos inclusive, de la *Ley Hipotecaria*, que deben complementarse en lo necesario, «en cuanto no sean contradictorios con el contenido de aquellos» (por ejemplo, respecto de la nota marginal de «prórroga», o «suspensión», del asiento de presentación hasta la resolución definitiva) con los artículos 112 a 131 del *Reglamento Hipotecario*, «en su redacción primitiva» (a la que debió volverse después de la anulación de la reforma del Real Decreto 1867/1998 por la STS de 22 de mayo del año 2000); si bien, mejor debe entenderse que estos últimos sólo subsisten en lo que puedan afectar a la regulación del recurso «gubernativo» ante la Dirección General, y no respecto del nuevo recurso «judicial» ante los órganos de la Jurisdicción civil, que es una «novedad» de la Ley cuya completa regulación debe limitarse exclusivamente al contenido de los nuevos artículos.

Por otra parte, las nuevas normas serán también de aplicación a los recursos contra la calificación de los *Registradores Mercantiles y de los de Bienes Muebles*, según se dispone en la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley.

Las novedades más importantes son:

1. Se establece la necesidad de *notificar* la calificación negativa del documento, o de alguna concreta cláusula del mismo cuando se haya practicado la inscripción parcial a solicitud del interesado, tanto al presentante como al Notario autorizante del título y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido; *notificación que deberá efectuarse de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley de 30/1996, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, incluso por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación, dejando constancia fehaciente; siendo domicilio hábil el designado por el presentante, salvo que en el título se haya consignado otro a tal efecto.

2. Se abre la posibilidad de acudir a otro Registrador de un *cuadro especial de sustituciones*, como *alternativa* al recurso contra la calificación negativa del titular, según se regula en el nuevo artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, y conforme al desarrollo reglamentario previsto en el artículo 275 bis de la misma Ley (17).

(17) El Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto (BOE de 2 de agosto, que entró en vigor al día siguiente), desarrolla esa previsión y regula el derecho de los interesados para instar la intervención de Registrador sustituto «cuando el Registrador competente no califique el título correspondiente en el plazo máximo legalmente establecido o lo califique negativamente» (art. 1); estableciendo un sistema de sustituciones de carácter rotatorio (art. 4) y no recíproco (conforme al cuadro de sustituciones —entre los seis nombrados de la misma provincia o provincias limítrofes— que elaborará la Dirección General y se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, según la Disposición Adicional primera).

3. Se suprime la primera instancia ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas (anteriormente ante el Presidente de las Audiencias Territoriales), que era un trámite muy criticado por la doctrina, por lo que el nuevo recurso debe interponerse, en una *primera «fase»*, directamente en el mismo Registro *para ante la Dirección General de los Registros y del Notariado* (al igual que tenía lugar en los recursos contra la calificación de los Registradores Mercantiles, si el Registrador confirmaba su negativa); con la *excepción* de que cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso deberá interponerse directamente ante el órgano jurisdiccional competente.

4. El recurso *se presentará* ante el Registro que calificó el acto, pudiendo presentarse también en otros registros y oficinas, conforme a lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o en cualquier otro Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al Registrador cuya calificación o negativa a inscribir se recurre. *A efectos de la prórroga del asiento de presentación se entenderá como fecha de interposición del recurso la de su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre.*

5. Están *legitimados* para su interposición, además de la persona a cuyo favor se haya practicado la inscripción, quienes tengan interés conocido en asegurar los efectos de ésta o acrediten su representación legal o voluntaria; el Notario autorizante, o el sustituto que autorice el título; la autoridad judicial o funcionario competente de quien provenga el documento o título presentado, y el Ministerio Fiscal, cuando la calificación se refiera a documentos judiciales. *La subsanación de los defectos indicados por el Registrador no impedirá a los interesados, incluso el que subsanó, la interposición del re-*

y regulando el procedimiento que ha de seguirse para esa intervención (arts. 5 y sigs.) mediante una relación predeterminada entre ambos Registradores y el establecimiento de unos determinados efectos, tanto para el caso de una *calificación estimatoria* del Registrador sustituto como de una *calificación desestimatoria*, total o parcial, con reparto de los *aranceles* y la reducción en su caso del 30 por 100 a cargo exclusivamente del Registrador sustituido (art. 9); así como un *sistema de comunicaciones entre los registros afectados, por correo, fax, correo electrónico o cualquier otro medio telemático que permita tener constancia* (art. 10). En el mismo Real Decreto, en su *Disposición Adicional segunda*, se matiza, con rigurosidad, que el *plazo* establecido en el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria (quince días) es *«para calificar e inscribir»*, modificando también el artículo 360 del Reglamento Hipotecario para establecer que *«El Registro estará abierto al público, a todos los efectos, incluida la presentación de documentos, los días hábiles desde las nueve a las catorce horas y desde las dieciséis a las dieciocho, sin perjuicio de que los sábados se aplique el régimen establecido por el Ministerio de Justicia»*.

curso (art. 325, *in fine*). La Ley 53/2002, como después se indica, dispone la notificación por el Registrador de la interposición del recurso a todos los interesados, según el Registro, e incluso a las autoridades, organismos públicos o personas que deban prestar licencia o autorización o consentir el acto cuya inscripción se deniega o suspende.

6. *Acortamiento de los plazos*: El plazo de interposición será de *un mes*, que se contará desde la fecha de la notificación de la calificación. El Registrador deberá trasladar el recurso, en el plazo de cinco días, al notario, autoridad o funcionario que expidió el título (si no fueren los recurrentes), para que, en los cinco días siguientes a contar desde su recepción, realicen las alegaciones que consideren oportunas; y a la vista de ellas podrá rectificar la calificación en los cinco días siguientes, y si la mantiene deberá remitir el expediente formado con su informe y las alegaciones del notario, autoridad o funcionario no recurrente (si las hubiere recibido), en el plazo de diez días, a la Dirección General. Esta última deberá resolver el recurso en el plazo de *tres meses*, computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro.

7. Se introduce la aplicación del «*silencio administrativo*» con valor de «desestimación» del recurso (art. 328 LH). Transcurrido el plazo indicado sin que recaiga Resolución de la Dirección General, se entenderá «desestimado» el recurso, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar.

8. La Resolución *se publicará en el BOE* y tendrá *carácter vinculante* para todos los Registros mientras no se anule por los Tribunales. La anulación, una vez firme, será publicada del mismo modo. Si se hubieren inscrito los documentos calificados, en virtud de subsanación de los defectos, la rectificación precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Pero la novedad más importante está en la «*segunda fase*» del RECURSO, que da entrada al orden JURISDICCIONAL CIVIL, propiamente dicho. El nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria dispone:

- «*Las Resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los Registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo (los no resueltos por la Dirección General en el plazo de tres meses computados desde que el recurso tuvo entrada en el Registro) en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo, ante*

los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que está situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta o Melilla. Están legitimados para la interposición de la misma los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. A este fin, recibido el expediente, el Tribunal a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. La Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo. El procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Quien propusiera la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir anotación preventiva de aquélla, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación; después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha.

En principio, por tanto, parece deducirse de las nuevas disposiciones «legales» que el expediente del RECURSO, como tal, es decir, después de notificada la «decisión» adoptada por la Dirección General de los Registros (o transcurrido el plazo para la aplicación del «silencio administrativo»), puede continuar, para terminar definitivamente ante la «jurisdicción civil ordinaria». Si esto fuera así, como un único recurso, no parece que pueda mantenerse el estricto carácter ADMINISTRATIVO que se reconocía por muchos autores a la anterior reglamentación del llamado «recurso gubernativo». Ahora, es evidente también su carácter JUDICIAL, al menos en su «segunda fase» o instancia; por lo que resulta un sistema MIXTO, totalmente nuevo, en el que, a cambio de la desaparición de su anterior sencillez, se introduce un mejor tecnicismo, más moderno, y una novedosa revisión judicial, que no excluyen algunas cuestiones de dudosa interpretación.

Es evidente que, en esta nueva fase JUDICIAL que ahora se establece, el RECURSO se presenta, no como un simple «expediente» en el que la intervención del funcionario calificador se limite a emitir un mero informe sobre su actuación, sino como un verdadero JUICIO, en el que la calificación negativa del Registrador se somete a un nuevo examen, ahora en el estricto ámbito del «poder judicial». No obstante, si, como hemos indicado, su objeto ha de versar exclusivamente sobre la «legalidad» de la actuación del Registrador, cuya decisión implica una «interpretación jurídica», objetiva y abs-

tracta —«todo lo objetivo y abstracto que permitan las situaciones fácticas contempladas y que deriven de los documentos en los que se contienen negocios válidos y de eficacia real, así como de las leyes aplicables»—, en esa nueva revisión «judicial» de la calificación registral *no debieran quedar al margen, ni los propios interesados cuyo derecho a la protección registral puede verse perjudicado, ni la opinión del propio Registrador que emitió la calificación cuestionada*, que, por consiguiente, también debiera *ser parte* en el proceso, por lo que, en principio, no sería necesaria la ayuda del Abogado del Estado, puesto que podría ser el mismo Registrador quien defendiera los fundamentos de su calificación. Sólo la consideración, a nuestro juicio inadecuada, de que el RECURSO en su fase JUDICIAL se interpone contra la decisión de un *órgano administrativo* «superior» en el orden registral, como es la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 328 LH), puede justificar que no sea así (18). No obstante, la *Ley 53/2002*, de acompañamiento a los Presupuestos para el año 2003, aunque no se hizo eco totalmente de esta precisión, en su *Disposición Adicional decimocuarta* introdujo algunas reformas concretas en esta materia para completar su regulación: En primer lugar, añade al *párrafo quinto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria*, lo siguiente: «Igualmente (el Registrador) trasladará (la interposición del recurso) a los titulares cuyos derechos consten presentados, inscritos, anotados o por nota al margen en el Registro y que puedan resultar perjudicados por la resolución que recaiga en su día. Cuando la nota desestimatoria se funde en la falta u omisión de una licencia o autorización de cualquier autoridad u organismo público o de la falta u omisión del consentimiento de una persona física o jurídica, el Registrador les notificará la interposición, en su caso, del recurso». Y en un nuevo párrafo cuarto que añade también al *artículo 328 de la Ley Hipotecaria*, dice: «Cuando la Resolución (de la Dirección General) sea estimatoria, el Registrador que haya firmado la nota de calificación revocada, así como los titulares de derechos a quienes se les haya notificado la interposición del recurso, estarán también legitimados para recurrirla». Quiebra, aquí, el radical carácter «vinculante» que viene impuesto por el párrafo décimo del artículo 327 para las Resoluciones de la Dirección General dictadas en el *recurso «gubernativo»*, a menos que dichas Resoluciones no deban ser publicadas en el Boletín Oficial hasta que adquieran el carácter de «definitivas» por el transcurso del plazo para recurrirlas ante la jurisdicción civil (*dos meses*), lo cual parece una interpretación razonable (19). Pero, aunque no se considere la convenien-

(18) Puede verse acerca de esta intervención del Abogado del Estado, lo que dice CELESTINO PARDO NÚÑEZ en el estudio citado en la nota 14.

(19) Como decimos en otro lugar de este estudio, tanto la *publicación* en el BOE como la *práctica de la inscripción «en los términos que resulten de la Resolución»*, está

cia de que el Registrador sea *parte* en el mencionado juicio verbal, no cabe duda de que, *si es él mismo quién interpone el Recurso «judicial», deberá ser considerado como directamente interesado».*

Independientemente de esta cuestión, se presentan otras igualmente importantes:

1. Los órganos judiciales ante los que se presente el RECURSO, *¿deberán?*, o simplemente, *¿podrán entrar en el «fondo» de la cuestión, o negocio subyacente, para llegar a una solución «justa» conforme a un criterio de interpretación «subjetivo» del mismo, superando el mas limitado y «objetivo»*

reservada por el nuevo artículo 327 LH, párrafo décimo, exclusivamente para las Resoluciones expresas de la Dirección General de los Registros, dictadas en el *recurso «gubernativo»*, que sean *«estimatorias»* del recurso, revocando la Nota de calificación y dando la razón al recurrente, por lo que *no serán publicadas las desestimatorias*, es decir, *aquellas en que se dé la razón al Registrador confirmando la Nota*. De la redacción de dicho precepto se deduce que, desde el momento en que sea publicada, la Resolución tendrá carácter *vinculante para todos los Registros*, mientras *«no se anule por los tribunales»* (lo que supone una contraria sentencia *«judicial» estimatoria* del recurso) cuya *anulación, una vez que sea «firme», será publicada del mismo modo* (por lo que no se publicarán las sentencias que confirmen las Resoluciones desestimatorias de la Dirección General); y también se deduce del mismo precepto que *no es necesario que transcurra el plazo para la interposición el recurso judicial para su publicación y, consiguientemente, para su ejecución*. No obstante, quizá cierta cautela aconseje *diferir la publicación oficial de la Resolución de la Dirección General para que pueda llegar a ser «definitiva» por el transcurso de sólo «dos meses» desde la notificación al interesado*, que es el plazo «normal» para la interposición del *recurso judicial*, sin que haya lugar a la espera del *año desde la fecha de la interposición del recurso*, que es el plazo «especial» señalado para el caso de *silencio administrativo*, supuesto en el que no hay resolución expresa de la Dirección General (y se entiende *desestimado* el recurso), *aunque sí cabe preguntarse si en este supuesto de silencio deberá publicarse la sentencia judicial cuando llegue a ser «firme» y también «estimatoria» del recurso* (art. 212 LEC).

Esto que propugnamos para la *publicación* en el *BOE* de las Resoluciones de la Dirección General, difiere de lo que sostenemos respecto de su *efectividad inmediata*, a la que se refiere el mismo artículo 327 de la Ley Hipotecaria, en el párrafo siguiente, y que, según lo que exponemos en la parte final de este estudio, *debe tener lugar sin esperar el transcurso del indicado plazo de «dos meses» para la interposición del recurso judicial* para evitar los inconvenientes que pueden derivarse de la paralización de las operaciones registrales pertinente durante dicho plazo (al que habría que sumar, en su caso, el de la tramitación del recurso judicial en el Juicio Verbal, incluidas las apelaciones), sobre todo si se tiene en cuenta la *ejecutoriedad inmediata* de los actos administrativos definitivos, *sin perjuicio, en todo caso, de la posterior instancia judicial*, que en esta materia tiene una «doble opción» (demanda en el Juicio Verbal, *sumario*, para recurrir contra la nota de calificación o demanda en el Juicio *plenario* que corresponda para contender acerca de la validez del título en defensa de los derechos de los interesados). Y para el supuesto de *«silencio administrativo»* no cabe hablar de *ejecutoriedad inmediata*, al no existir una Resolución expresa de la Dirección General, *debiendo entenderse desestimado el recurso* (art. 327 LH, párrafo noveno), y *confirmada la Nota de calificación*, y, para el caso excepcional de que pudiera interesar su efectividad, al menos en parte, deberá acudir en el *interin*, en su caso, a la normativa administrativa de la efectividad del *«acto presunto»* (arts. 43 y 44 LRJAP y PAC), según también indicamos en el texto.

que debió seguirse por el Registrador en su calificación abstracta? Es decir, ¿deberá resolver el Juez como un verdadero órgano judicial, con «plena jurisdicción», o deberá hacerlo sólo como un «registrador», sin salirse de la propia función preventiva y cautelar de éste?

La solución dependerá de la necesaria delimitación objetiva del RECURSO contra la calificación registral: Si en el caso del «recurso administrativo» su objeto ha debido quedar delimitado en el *expediente registral* previo, sin que nada nuevo pueda plantearse en la «alzada» ante el órgano superior del mismo orden que va a revisar la decisión del inferior, en el procedimiento «judicial», propiamente dicho, no es esencial esa limitación por la ausencia de una jerarquía propiamente dicha, que sí existe en aquel. Incluso podría afirmarse que *es algo anormal cualquier limitación*, ya que en la actuación de los Tribunales la nota esencial es la total independencia. No obstante, cuando se trata de enjuiciar la «legalidad» de una actuación *funcionarial* de carácter *sui generis*, como es la calificación negativa efectuada por un Registrador que suspende o deniega el acceso al Registro de un determinado acto o negocio de contenido económico por aplicación de una Legislación especial como es la Hipotecaria, *el órgano judicial que revise esa decisión, por exigencias del Sistema Inmobiliario adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, deberá tener en cuenta determinados extremos que van a condicionar su actuación como juez independiente*: En primer lugar, la necesidad de *limitarse a la cuestión tal y como fue «presentada» y calificada por el Registrador*, sin ampliarla a otros documentos o negocios sobrevenidos con posterioridad; en segundo lugar, la necesidad de *excluir todos aquellos documentos que, aún presentados, no reúnan los requisitos para ser considerados como «públicos o auténticos»* (salvo los excepcionales casos de admisión de los documentos privados); y, finalmente, sobre todo, *la inexcusable obligación de enjuiciar únicamente la posibilidad de inscripción de los derechos con eficacia «real» que puedan derivarse de los actos o negocios de los interesados, con exclusión de los propiamente obligacionales cuyo acceso al Registro está vedado*.

Es indudable que esto debe ser así en la «primera fase», o RECURSO «gubernativo», es decir, ante la Dirección General, según se dispone en el citado artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Pero, en la nueva instancia «judicial», tal como se regula en el artículo 328, pueden surgir dudas, puesto que ahora, para la *demanda en el Juicio Verbal* (20) ante los órganos de la jurisdicción civil, no se recoge la frase que se contenía en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario para el escrito de «apelación» ante la Dirección General contra la decisión del Presidente, en el que, necesariamente, se de-

(20) Que debe interponerse *ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, y, en su caso, los de Ceuta o Melilla*.

bían precisar con claridad *«los extremos del auto (21) contra los cuales se dirija la impugnación»*. Como antes hemos indicado, no cabe duda de que *ambas instancias, o mejor dicho, ambos recursos, administrativo y judicial, deben tener el mismo objetivo*.

2. Pero, al margen de las anteriores consideraciones, no puramente teóricas ya que afectan a la normalidad del procedimiento, en el plano de la realidad práctica, *¿sería conveniente la «ampliación» de ese objetivo en la instancia judicial?* Es decir, por razones de *«economía procesal»* con el fin de evitar un nuevo pleito, *¿cabe que el órgano judicial pueda basar su decisión en pruebas no admitidas en la operativa registral?* Porque, admitido que los órganos judiciales, a diferencia de los registradores, están preparados para la apreciación y valoración de toda clase de pruebas, *¿podrá el Juez —y en apelación la Audiencia Provincial— tener en cuenta documentos no admitidos por el Registrador o no aportados al tiempo de la calificación, e, incluso, nuevas pruebas o nuevas alegaciones hechas por los interesados en sus escritos?*

Si bien es cierto, como decimos, que para la nueva instancia «judicial» no hay más limitaciones que las que resulten de la forma y competencia material del propio Juicio Verbal, puede también afirmarse que *supondría una clara disminución de la categoría de la Dirección General si los Tribunales pudieran utilizar otros medios de los que aquélla no pudo disponer para llegar a una solución que pueda estimarse como más justa*.

Esta posición se corresponde con el carácter «sumario», y no de «plena jurisdicción», con que, a nuestro juicio, deberá tramitarse el Juicio Verbal, según se indica seguidamente, de conformidad con la *«finalidad» cautelar y preventiva de la «calificación registral»* cuya legitimidad se pone en entredicho en el recurso, en combinación con la *«urgencia»* de las instancias registrales, en general.

El «JUICIO VERBAL», al que se remite el referido artículo 328 LH, para regular el nuevo RECURSO JUDICIAL contra la calificación de los registradores, es uno de los dos procesos *declarativos ordinarios* regulados por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (*Ley 1/2000, de 7 de enero, que entró en vigor el 8 de enero de 2001*), y, según el artículo 250 de dicha Ley Procesal, está «reservado» para los pleitos de *pequeña cuantía* (500.000 pesetas antiguas, equivalentes a 3.000 euros) y para aquellas *cuestiones que exigen una respuesta rápida y que no admiten demora*. Las mas de las veces por su objetivo «cautelar y preventivo» son de carácter «sumario», por lo que su tramitación se sustancia con un alto grado de concentración, lo que obliga

(21) Ahora debería ser que en la demanda se precisaran *«los extremos de la Resolución de la Dirección General contra los que se dirija la impugnación judicial»*.

a acudir con todos los medios de prueba e incluso anticiparse, en su caso, a la revocación de la otra parte. No obstante, a diferencia de la anterior Ley, que regulaba cada proceso por entero, se debe advertir que el sistema de la nueva Ley Procesal «esparce» las especialidades de cada juicio por todo su articulado al regular con carácter general el juicio ordinario, determinando las particularidades de cada uno de los procesos en el momento procesal genérico en que se producen, lo que obliga a una labor de reconstrucción de cada proceso especial. Dentro del mismo Juicio Verbal, la Ley distingue los procesos «plenarios» (que son aquellos en los que no existe ninguna restricción ni de alegación ni de prueba para las partes, de modo que el tribunal no tiene ninguna limitación, alcanzando la sentencia efectos de cosa juzgada, y, por tanto, imposibilitando un nuevo juicio entre las mismas partes que tenga el mismo objeto, por lo que apenas se advierten especialidades) y los procesos «sumarios» (en los que las especialidades son numerosas, según el objeto, y están caracterizados por la *limitación de conocimiento del tribunal* al estar legalmente restringidas las alegaciones de las partes y reducirse también los medios de prueba, no admitiéndose reconvencción en ningún caso, como consecuencia de lo cual *la sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada material y constituye una tutela judicial provisional que no impide promover ulteriormente un proceso ordinario —plenario— sobre el mismo asunto*).

En la nueva regulación de esta especial forma de proceso que se contiene en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el JUICIO VERBAL debe terminar en las Audiencias Provinciales (*recurso de «alzada» o «segunda instancia»*) por lo que, en general, no debe haber lugar al recurso de «casación», no obstante lo que dice el artículo 466 de la LEC, al menos en los de carácter *sumario* por su carácter *preventivo o cautelar*. Decimos «en general», porque la nueva Ley procesal es tan nueva y reformadora que puede no haber todavía una opinión decisiva que dificulte al menos su interposición. Incluso puede haber algún supuesto en que quepa el recurso ante el Tribunal Constitucional (22).

Con independencia de la cuantía, según dispone el artículo 250.1 LEC, y por su propio objetivo que implica la necesidad de una «urgente» solución, el

(22) No desconocemos que es muy difícil la posibilidad de admisión del «*recurso de casación*» contra las sentencias de las Audiencias Provinciales en los Juicios Verbales, bien por la *cuantía* o por la inadecuación de su *objeto y su tramitación* a alguno de los supuestos en que es posible dicho recurso ante el Tribunal Supremo, muy limitados en la nueva Ley Procesal; pero, en cuanto a la posibilidad de su *interposición* (lo mismo que el *recurso ante el Tribunal Constitucional*) nada se puede sostener en términos absolutos. Todas estas consideraciones nos llevan, al menos, a la conclusión de que en los supuestos de interposición del «*recurso judicial*», de tenerse que esperar hasta la resolución definitiva del mismo mediante una sentencia «firme», la «demora» en la práctica de las operaciones registrales pertinentes puede ser excesivamente larga, con la consiguiente paralización durante mucho tiempo del tráfico jurídico respecto de las fincas afectadas.

JUICIO VERBAL en el que se debe tramitar el RECURSO «judicial» contra la calificación registral debe pertenecer a los del segundo grupo mencionado, y, por consiguiente, debiera tramitarse como «*sumario*», con las particularidades que para el caso concreto se establecen en el citado artículo 328 LH (*emplazamiento de todos los que aparezcan como interesados «para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días»*), puesto que *no excluye un posterior proceso ordinario sobre la misma cuestión*. En cierto modo, puede ser equiparado al que la misma LEC, en su artículo 250.1.7.º, incluye en el mismo ámbito, y que pueden *instar los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad para la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación*», que es el procedimiento que vino a sustituir al anteriormente regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y que ahora se regula en la nueva Ley Procesal (con las especialidades de los arts. 439.2, 440.2, 441.3, 442.2 y 447).

Por consiguiente, con un criterio estricto, es posible sostener que, *en el JUICIO VERBAL se debe enjuiciar exclusivamente la calificación registral*, es decir, «*la legalidad de la actuación del Registrador en su propia función preventiva y cautelar*», limitándose al control externo de la inscribibilidad de la documentación que le fue presentada. Y, aunque ya la «calificación registral» habrá comprendido también el examen y reconocimiento de la validez del negocio (art. 18 LH), únicamente habrá sido desde un punto de vista «objetivo» y sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a las partes en defensa de sus propios derechos; por lo que también en el «recurso judicial» debe dejarse para el plenario correspondiente el examen de la cuestión «subjetiva» de «fondo», es decir, *la validez del acto o negocio subyacente en concreto, si es controvertida*. Por lo mismo, la sentencia que ponga fin al Juicio Verbal será siempre «sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo» (art. 328 LH, en su último párrafo) (23).

(23) Creo que esta cuestión puede ser muy interesante, y merece un estudio reposado; si bien, puede servir como punto de partida el hecho de que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se recoge la importante doctrina que permite, en determinados supuestos, aprovechar la oportunidad de un proceso concreto para dictar una sentencia acorde con los intereses del recurrente y también ajustada a Derecho, pero que, en cierto modo y sin perjuicio de nadie, «supere los límites de lo solicitado», siempre, evidentemente, que la solución sea justa y oportuna. Una de las manifestaciones de esta doctrina puede verse en el artículo 218.1, párrafo segundo, de la LEC, que, bajo el epígrafe «Exhaustividad y congruencia de las sentencias; motivación», dice: «El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverán, conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». La doctrina procesal

Si fuera otra la interpretación, podría plantearse una nueva controversia, bien por «*incongruencia de la sentencia*» con la cuestión que debió ser debatida, o por no haberse tenido en cuenta los «*principios estrictos de carácter registral o hipotecario*», que son de orden público; o bien planteando un claro «*conflicto competencial*» por utilizarse un proceso inadecuado, o haberse admitido por el Juez *pruebas* o *alegaciones* distintas de las aportadas al Registro que influyeran en su decisión (un *documento privado* no tenido en cuenta por el Registrador, que lo rechazó expresamente a pesar de haberse acompañado con la documentación calificada; la *confesión* ante el propio Juez, creadora de una nueva situación no planteada en el Registro; un *poder de representación* aportado sólo al Juez, o calificado por el Registrador como insuficiente para el acto real, considerado en sí mismo, con independencia de otros actos o documentos posteriores que podrían suponer su ratificación; y finalmente, la *restricción de acceso al Registro de los negocios o actos con «eficacia real»*, exclusivamente, en concordancia con la esencial distinción, tan discutida en la doctrina, de los actos reales y los meramente obligacionales) (24).

explica esta posibilidad, de carácter excepcional, como una especial aplicación de las normas *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, y supone una clara *ampliación de la facultad decisoria de los jueces y tribunales para resolver conforme a Derecho algo más de lo que resulta de los escritos de las partes, siempre que no se incida en «incongruencia» en la sentencia o en «indefensión» de alguno de los afectados*; y, sostiene que tiene su fundamento en razones de «*economía procesal*», con la finalidad de aprovechar la instancia judicial presentada para evitar un nuevo proceso. PRIETO CASTRO (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pág. 782, de la segunda edición) afirma que los referidos principios insertos en las citadas reglas latinas son *inherentes a la teoría de la sustanciación del proceso*, y no se estima «incongruente» la sentencia que aplica a los hechos alegados por el actor o por el demandado fundamentos jurídicos distintos, para declarar existente una «*relación jurídica también diversa*», *en virtud de una serie de normas que reiteran las acciones para los mismos hechos, con tal que dicha sentencia se ajuste a la petición formulada. La «congruencia» en la sentencia, añade, debe ser entendida en sus justos límites. No significa adaptación literal a los pedimentos, y menos a las palabras. Basta para cumplir el principio con que la parte dispositiva guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado, que sus declaraciones tengan la eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos objeto de debate*. Como bien dice este profesor, las nuevas ideas sobre la «*interpretación jurídica*» siempre deben estar inspiradas en el deseo de «*satisfacer los intereses de toda clase de la sociedad*», conforme a lo que ahora se llama una «*jurisprudencia de intereses*». No obstante, aunque actualmente los principios tradicionales se hallan en discusión, «*el Juez nunca puede quedar desligado del derecho objetivo, ni sus sentencias pueden ser creación ocasional del Derecho*», pues nuestro ordenamiento jurídico se mantiene fiel a los principios tradicionales del *derecho legal* (art. 117.1 y 4 de la Constitución), por lo que el Juez «*sólo ha de actuar dentro del campo de la libre interpretación según su conciencia y de las convicciones generales, y siempre que dicho ordenamiento no se lo impida (art. 3 CC)*». Este problema está íntimamente ligado a la cuestión de la «*plena jurisdicción*» de la revisión judicial de los actos administrativos por exigencias del artículo 24 de la CE, que examina CELESTINO PARDO NÚÑEZ en el estudio que se cita en la nota 14.

(24) Ver sobre esta cuestión lo que se dice en la nota 23.

Pero, al margen de la estricta teoría, la decisión del Juez de inscribir conforme a esas otras pruebas o fundamentos, *¿obligará a practicar el asiento conforme se resuelva en la misma, aunque se muestre contraria a la documentación auténtica?* Y, por otra parte, *¿qué ocurrirá si contra toda doctrina el Juez entra a examinar el fondo de la cuestión y, con la apreciación de otras pruebas que el Registrador no pudo o no debió conocer, decide que el documento es inscribible y ordena la práctica de los asientos?* ¿Quién se lo impide? Quizá la indicada excepción de «incompetencia» por razón del procedimiento o Tribunal, que pueda motivar la anulación de procedimiento. Pero, *¿quién debería interponerla?* Con toda seguridad, el interesado a quien favorezca la resolución judicial no la va a plantear. Pero, *¿deberá hacerlo el Abogado del Estado o el Ministerio Fiscal?* Y, *¿qué deberá hacer el Registrador en ese anormal supuesto si su calificación fue rectificadora y ni siquiera fue llamado al procedimiento para exponer las razones de su decisión?* Quizá únicamente recurrir a efectos doctrinales y para excluir su propia responsabilidad. Pero, *¿quién le rehabilita profesionalmente ante los propios interesados y ante la sociedad?*

Pongamos un claro ejemplo: El Registrador suspende, o deniega, la inscripción porque no se relaciona suficientemente un poder, que incluso se reclamó y no fue aportado, o no lo fue en el plazo reglamentario para calificar y despachar el documento. La Dirección General «confirma» el defecto, o no resuelve nada. Y en el Recurso ante el orden jurisdiccional civil (incluso por causa del *silencio administrativo de la Dirección General*) el Juez a la vista del poder, que reclamó por la vía judicial y se le aportó, decide que debe inscribirse el documento. Y nada digamos si su decisión se apoya en un documento privado o en cualquier otra prueba sometida a su apreciación como juez.

De admitirse por el Juez alguna de esas situaciones, que no dudamos en calificar de anormales *desde un estricto rigor registral, quizá la solución esté en que en su sentencia deje a salvo la actuación del Registrador, sin perjuicio de su decisión, mas o menos oportuna.*

Y desde este mismo punto de vista, *¿se convertirá en «auténtico» todo lo que pase por el filtro del reconocimiento judicial, a efectos de la publicidad registral?* ¿Será concluyente la decisión del Juez en cuanto a la buena fe, independientemente de la presunción de su existencia? Las sentencias judiciales *¿serán decisivas también para los Notarios?* ¿Se convertirán, así, los Jueces, además, en Notarios y Registradores asumiendo todas sus funciones al revisar las calificaciones? Y, en definitiva, si todas las respuestas son afirmativas *¿se acabará la disociación de funciones jurídicas y comenzará una nueva etapa en el Sistema Inmobiliario con total y exclusiva «judicialización» en la seguridad jurídica preventiva?* Creemos sinceramente que no debe quedar excluida toda otra solución *que no sea estrictamente «judicial»,*

dado el reconocimiento «genérico» por la Constitución, que la garantiza en su artículo 9.3, y destaca la «importancia» de las funciones registral y notarial al hacer especial reserva de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos 149.1.8.º).

Finalmente, *¿serán también «vinculantes» para todo el corporativo de los Registradores de la Propiedad esas decisiones judiciales en virtud de una sentencia «estimatoria» del recurso, cuando ni siquiera lo son de modo absoluto para los Jueces y Tribunales las muy reiteradas y con valor de Jurisprudencia, que no aparece en el Código Civil como verdadera fuente del Derecho, y de las que pueden apartarse siempre que lo requiera la justicia del caso concreto y se fundamente suficientemente? Y ¿qué ocurrirá cuando el Registrador se haya visto obligado en su calificación negativa por el carácter «vinculante» de las anteriores Resoluciones de la Dirección General que hayan causado estado?* (25)

Algunas de estas cuestiones, y otras muchas que puedan plantearse, serán difíciles de resolver, y las soluciones adoptadas por los Tribunales en cada caso concreto, irán formando, con el tiempo, una «*Jurisprudencia especial*» integrada por las decisiones judiciales al respecto, y que se acercará al nuevo concepto de «*jurisprudencia de intereses*», conforme al cual, *en la resolución judicial de los conflictos se deben tener en cuenta todos los intereses de la Sociedad y no sólo los de las partes intervinientes*.

LA «EJECUTORIEDAD» INMEDIATA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL Y LA «SUSPENSIÓN» DEL PLAZO DE VIGENCIA DE LOS ASIENTOS DE PRESENTACIÓN AFECTADOS

Quizá muchos de esos problemas, sólo enunciados, se podrían evitar con el reconocimiento de la «*ejecutoriedad*» inmediata de la *Resolución* de la Dirección General de los Registros en el *recurso «gubernativo»*, *sin esperar el transcurso del plazo establecido para la interposición del recurso judicial* (únicamente «*dos meses*» desde la notificación de aquélla, puesto que en el caso de *silencio administrativo, no existirá la resolución*), al que habría que

(25) La «*vinculación*», *para todos los Registros*, de las Resoluciones *estimatorias* de los recursos responde a la conveniencia de la unificación de criterios en todo el corporativo de los Registradores, y se justifica en la relación de dependencia administrativa de la Dirección General. Pero, no tiene el mismo significado que el que corresponde a las «*consultas vinculantes*» *que puede efectuarse por los Notarios y Registradores* (art. 103 de la Ley 24/2001), que responde al deber de ajustar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico a las respuestas de la Dirección General como Centro superior directivo y consultivo en todo lo que afecta a los Registros de la Propiedad y a la función notarial.

sumar, en su caso, *todo el tiempo de la tramitación del Juicio Verbal y el de sus correspondientes «recursos»*, más o menos fundamentados, *hasta que la sentencia adquiera el carácter de «firme»*; tiempo que —a pesar del carácter *sumario* del Juicio Verbal— puede ser excesivamente largo para la urgencia que normalmente requieren las instancias registrales, porque, como antes decimos, no se excluye totalmente que en algún caso se pueda interponer el recurso de «casación» ante el Tribunal Supremo, e incluso ante el Tribunal Constitucional.

Esta ejecución *avanzada* puede ser muy controvertida, ya que los problemas posteriores a una decisión «judicial» *estimatoria* del recurso, «contraria» a la expresada por la Dirección General, son imprevisibles, y en todo caso muy graves si no se hubiera practicado la *anotación preventiva* para preservar en el «*interin*» el principio de *fe pública registral*. No obstante, la solución que se propone, con la que se busca una evidente finalidad práctica, es conforme con la «*ejecutoriedad inmediata*» de los actos administrativos cuando son definitivos en su propio ámbito, y no cabe duda de que, al menos, el recurso ante la Dirección General participa de dicho carácter.

Por lo demás, también es preciso admitir que en los Estados de Derecho no cabe una ingerencia «judicial» inmediata en toda clase de reclamaciones contra las decisiones de los funcionarios públicos, como si fuera «paradigma» inexcusable, y aquella debe reservarse para los supuestos en que exista una lesión «inmediata» de los intereses particulares. Si no fuera así, en el ámbito que nos movemos, se produciría la total sustitución de la «*fe pública registral*» —como función preventiva y de seguridad— por el superior principio absoluto de «*tutela judicial efectiva*», que debe ser otra cosa y en cualquier caso *de actuación posterior*. El Registrador es uno de los instrumentos de realización de la política económica del Estado, y por tanto se mueve en el campo de las decisiones no sólo «*ejecutivas*» sino también «*ejecutables*», sobre todo si han sido «confirmadas» en el campo «*administrativo*», y no sería conveniente una «*judicialización*» de todas las cuestiones que pueden presentarse en dicho ámbito, lo cual iría contra el principio de la «*división o separación de poderes*». Incluso podría afectar a la independencia del Registrador en su calificación o en la redacción de los asientos, actos que están bajo su personal responsabilidad.

Esta interpretación avanzada que propugnamos, permitirá a «*cualquier interesado*» instar la práctica *inmediata* de las operaciones registrales pertinentes, una vez recaída la resolución en el «*recurso gubernativo*», sin perjuicio de persistir en su impugnación de la calificación en el «*recurso judicial*» subsiguiente; y en caso de ser aquella «*estimatoria*», después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, obligaría al Registrador a la práctica de la inscripción «*en los términos que resulten de la resolución*» (art. 327 LH, penúltimo párrafo), sin perjuicio de la posterior *revisión judicial*. En rigor, esta misma solución es la que tenía lugar en el sistema anterior, no sólo desde

antiguo para las calificaciones de los Registradores de la Propiedad sino también respecto de las de los Registradores Mercantiles incluso sin previa fase judicial después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 1996. No obstante, como *excepción* a esta solución, existe la de aquellos territorios en los que, como antes indicamos, el recurso se debe plantear directamente ante los órganos jurisdiccionales, por decidir la Ley, expresamente, en que se debe *obviar* el trámite ante la Dirección General por la finalidad de unificar en un solo expediente la posible decisión sobre su Derecho Civil Especial (art. 327, párrafo sexto, LH).

Esta «ejecutoriedad inmediata» será claramente posible *cuando se haya dictado resolución por la Dirección General de los Registros, «tanto estimatoria como desestimatoria»*. No obstante, incluso en el caso de «*silencio administrativo*», *que debe estimarse con valor «desestimatorio del recurso y, consiguientemente, confirmada la nota de «calificación negativa»*, también puede ser conveniente, en algún caso concreto, *instar su eficacia*, aunque, en estos supuestos, *únicamente admitiendo el carácter «administrativo» de la actuación registral (y no cabe duda de dicho carácter al menos en el trámite del recurso «gubernativo»)* podría solicitarse por cualquiera de los interesados su efectividad, total o parcial, no obstante la interposición del recurso judicial, si bien habría de pasar por los trámites necesarios para hacer valer la eficacia de los «actos presuntos», conforme a la tramitación prevista en los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (26).

En estos tiempos de máxima urgencia en los asuntos económicos y financieros, siempre será excesiva esa dilación en los trámites registrales en todo supuesto de recursos. Y, en definitiva, por la ejecución avanzada no se producirían otras consecuencia distintas de las que, excepcionalmente, pueden tener lugar en los escasos supuestos de «error» en la calificación, cuando se practica una inscripción «indebida», que desde ese momento queda bajo el amparo judicial hasta que sea rectificada (27).

(26) La indicada Ley 30/1992, en su artículo 43.3.b, sobre «actos presuntos», dispone que, *en los supuestos de «recursos administrativos» se entienden «desestimados» cuando no haya recaído resolución en plazo, regulándose, a pesar de ello, su posible efectividad en el artículo 44, a través de la solicitud de una «certificación del acto presunto»* (a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo) que deberá expedirse por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento; y aunque no se expida en el corto plazo que se establece como inexcusable (20 días), no impedirá que el acto presunto sea igualmente eficaz, y su efectividad podrá llevarse a cabo mediante la acreditación de la petición de la certificación, *sin que por ello quede desvirtuado el carácter desestimatorio, en este caso, legalmente establecido para el recurso*.

(27) La Ley 24/2001, en su Disposición Adicional vigésimo quinta, ha modificado el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria para permitir una *anotación preventiva* en este supuesto.

No obstante, en la realidad práctica, no será muy controvertida esa *ejecutoriedad «inmediata»* de la resolución *«gubernativa»* de la Dirección General, tanto si es *estimatoria* como *desestimatoria* del recurso:

En caso de ser *«estimatoria»* del recurso, en todo o en parte, *si el interesado lo solicita expresamente* (por aplicación estricta del principio de *«rogación»* y de *inscripción «voluntaria»*), *«el Registrador practicará la inscripción en los términos que resulten de la resolución»* (art. 327, penúltimo párrafo), incluso, aunque el interesado ha podido *subsana los defectos indicados por el Registrador en la calificación*, tanto antes como al tiempo de interponer dicho recurso, ya que ello *«no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso»* (art. 325, último párrafo), si bien, *si hubieren sido inscritos los documentos calificados en virtud de dicha subsanación, «la rectificación del asiento precisará el consentimiento del titular del derecho inscrito y surtirá sus efectos sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»* (art. 328, último párrafo).

Y en el caso de ser *«desestimatoria»* del recurso, por lo general (salvo si la denegación fuera parcial) nada se puede hacer en orden a la inscripción de los documentos mientras no resulte rectificada la *resolución gubernativa*, para lo que sí será inexcusable la interposición del *recurso judicial* pertinente, a no ser que se opte por *subsana los defectos* indicados por el Registrador en su nota de calificación, lo que puede hacerse sin perjuicio de la interposición del recurso.

Pero, incluso en este último supuesto, algún efecto inmediato cabe admitir en el *interin*, no sólo cuando la calificación *negativa* sea *«parcial»*, sino también en lo supuestos en que la desestimación del recurso por la Dirección General pueda afectar a la *vigencia, prórroga o caducidad* de los ASIENTOS DE PRESENTACIÓN afectados:

En principio, el plazo *«normal»* de *vigencia* del Asiento de Presentación sigue siendo de *sesenta días, según los artículos 17 y 66 de la Ley Hipotecaria (que no han sido alterados en las últimas reformas)*, salvo los supuestos de *prórroga* que se recogen en la Ley (art. 255) y en el Reglamento (art. 432) y en otras disposiciones, si bien, a continuación examinamos algunos que pueden resultar afectados por la interposición de los recursos (28).

Según el artículo 66 LH, *«en el caso de que se suspendiera la inscripción por faltas “subsanales” del título, y no se solicitase la anotación preventiva, podrán los interesados subsana las faltas en los sesenta días que duran los*

(28) Nos referimos a los supuestos *«legales»* y a los *«reglamentarios»*, claramente admitidos como vigentes, a pesar de las últimas reformas, puesto que en algunos otros supuestos se hace difícil una interpretación coordinada.

efectos del asiento de presentación»; y si se extiende la «anotación preventiva», dicha subsanación «podrá hacerse en el tiempo que ésta subsista, según el artículo 96». Pero, «cuando se hubiere denegado la inscripción —por algún defecto “insubsanable”—, y el interesado, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha del asiento de presentación, propusiera “demanda” ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título, podrá pedirse anotación preventiva de la demanda, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación. Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de demanda sino desde su fecha». Finalmente, sigue diciendo dicho artículo, «en el caso de recurrirse gubernativamente..., quedarán en suspenso todos los términos expresados..., desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva.

Es, pues, un caso de «suspensión» de los plazos de vigencia, y no de simple prórroga (29), y se establece por la Ley exclusivamente para el supuesto del «recurso gubernativo», por lo que únicamente durará hasta la conclusión del mismo. No obstante, si la suspensión implica también una prórroga del plazo, deberá tenerse en cuenta asimismo el número 2.º del artículo 432 RH, que dispone: *«la prórroga del plazo de vigencia de los asientos de presentación y, en su caso, de las anotaciones preventivas por defectos subsanables llevará consigo la prórroga de los asientos de presentación anteriores y posteriores relativos a títulos contradictorios o conexos»* (que es lo mismo que dice el art. 111, último párrafo, también del Reglamento Hipotecario).

Pero, además del supuesto de «suspensión», que sigue subsistente en la Ley Hipotecaria *exclusivamente para el recurso «gubernativo»* (art. 66), en el nuevo artículo 323 de la Ley Hipotecaria, se dispone que: *«Si la calificación fuere negativa o el Registrador denegare la práctica de la inscripción de los títulos no calificados en plazo* (quince días, contados como se indica en el art. 322, también nuevo), *se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación «por un plazo de sesenta días contados desde el día*

(29) Opina lo mismo JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en su *Código de Legislación Hipotecaria*. La diferencia entre «prórroga» y «suspensión» es esencial: En la prórroga se produce la continuación por un tiempo «determinado», por lo que el plazo de vigencia del asiento de presentación *terminará* al vencer el de dicha prórroga; mientras que en la suspensión, el tiempo de la misma es «indeterminado» y durará mientras persista la causa, por lo que sólo a la conclusión de ésta *claudicará* el tiempo de aquélla, si bien deberá *continuar o reanudarse* la vigencia del asiento de presentación por el resto del plazo que todavía no había transcurrido al producirse el supuesto de la suspensión. En el caso del recurso «gubernativo», *el plazo de vigencia del asiento de presentación* (y también el de los contradictorios y conexos) *se suspende hasta la resolución definitiva del mismo, según el artículo 66 de la Ley Hipotecaria*. Según esto, a mi juicio, *es impropio que el artículo 327, párrafo cuarto de la Ley Hipotecaria, se refiera a la «prórroga» del asiento de presentación.*

de la última notificación» (de la calificación negativa, que deberá hacerse conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las A. P. y del PAC, incluso por vía telemática si se hubiere solicitado). *«De esta fecha se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación»*. Y, sigue diciendo el mismo artículo que, *«vigente este asiento»...*, podrá solicitarse dentro del indicado plazo *«la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria»*.

Por consiguiente, según se deduce de la vigente regulación, este sistema combinado de *«prórrogas automáticas»* del Asiento de Presentación y de *«anotaciones preventivas»* (además de las posibles *prórrogas* de estas últimas) que pueden solicitarse, tanto en el caso de *«calificación negativa»* como de *«no calificación en plazo»*, y de *«anotación de demanda»* en caso de recurrir a los Tribunales para que se declare la validez del título, cuyos efectos *«se retrotraen»*, en todos los casos, a la fecha del asiento de presentación si fueron solicitadas dentro del plazo de su vigencia, normal o prorrogado (y así se confirma en el nuevo art. 328 LH, al final, para la anotación de demanda), creo que, a mi juicio, es suficiente para que, con fundamento en el principio de *«rogación»*, queden protegidos los derechos de los interesados en el supuesto de que se lleve a cabo la ejecución inmediata de la *«resolución gubernativa»* sin esperar a que transcurran los plazos para la interposición del recurso ante la *«jurisdicción civil»*. De este modo, a la vista de la Resolución de la Dirección General, y a solicitud de cualquiera de los interesados, se podrán practicar las operaciones registrales pertinentes *«en los términos que resulten de la Resolución»*, como se dispone en el artículo 327, penúltimo párrafo; e, incluso, en caso de no haberse solicitado ninguna de las anotaciones preventivas indicadas, se podrá practicar *«de oficio»* la cancelación por *«caducidad»* del asiento de presentación del documento que dio origen al recurso, y, en su caso, también de los *«contradictorios»* o *«conexos»*, si hubieren transcurrido los plazos de su vigencia, lo cual permitirá el despacho de los documentos presentados con posterioridad al desbloquearse su paralización.

Esta solución que se propugna, sólo parece tener *«en contra»* la idea generalizada, pero a mi juicio no persistente (ya que únicamente puede deducirse del anterior sistema de un *«único»* recurso, sin que exista en la nueva regulación ningún otro claro fundamento), según la cual, una vez interpuesto el RECURSO contra la calificación, debe quedar prorrogado el asiento de presentación, lo mismo que el de los documentos contradictorios o conexos, *«hasta la resolución definitiva»* de aquel, por lo que, en realidad, todos deberán quedar *«en suspenso»* por un tiempo *«indeterminado»*. Así puede entenderse, también en la nueva regulación. Pero, si la reclamación judicial se produjera como una *«segunda instancia»* de un *«único recurso»* contra la calificación registral, la resolución *«definitiva»* del mismo únicamente se

produciría por la sentencia judicial «firme», interpretación que debemos rechazar. Como acabamos de indicar, el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, en su último párrafo, sigue disponiendo la «suspensión» exclusivamente para el recurso «gubernativo», sin extender aquélla al supuesto de haberse interpuesto «demanda» ante los Tribunales para que se declare la validez del título, pues para este caso no establece ninguna suspensión sino la anotación de la demanda; por lo que debe ser igual la solución en el caso de la actual demanda judicial con la que se inicie el Juicio Verbal. Y si, en una buena técnica interpretativa, únicamente deben subsistir los artículos del Reglamento Hipotecario que no sean contradictorios con la nueva regulación «legal», también el artículo 114 de dicho Reglamento, quizá vigente en su esencia, en cuanto se refiere a las notas que el Registrador debe extender al margen del asiento de presentación, si no hubiere caducado, lo dispone así «a los efectos del último párrafo del artículo 66 de la Ley», que, como acabamos de ver, sólo se refiere al recurso «gubernativo». Así debe entenderse, también, el sentido de aplicación de los restantes artículos del Reglamento Hipotecario (30), aunque impropiamente hablen de «prórroga». Sobre todo teniendo en cuenta, como también hemos indicado, la novedad que supone la reciente regulación «legal» del recurso «judicial» que obliga a entender que su reglamentación está contenida, exclusivamente, en las nuevas disposiciones de la Ley, sin que deban entenderse aplicables los artículos de un Reglamento anterior.

* * *

Una vez decidida en la Ley las posibles formas de impugnación de la calificación registral, integrada por los dos recursos sucesivos, «gubernativo» y «judicial», que deben interponerse en el nuevo orden que hemos examinado, podemos preguntarnos si esta nueva regulación que, como novedad esencial, da entrada a la *intervención judicial*, tan insistentemente solicitada, es la más adecuada para la finalidad pretendida.

Puede suceder que, por razón de la indudable *independencia judicial*, ahora sin la posibilidad de una anormal «apelación» ante un órgano administrativo, se confirmen *al máximo* las decisiones de los Registradores, que deben haber emitido su calificación con igual independencia. O, por el contrario, puede ocurrir que resulte decepcionante la experiencia, fundamental-

(30) El artículo 436, segundo párrafo del mismo Reglamento, dispone que «*en caso de recurso se extenderá nota al margen del asiento de presentación, si no hubiere transcurrido el plazo de su vigencia, haciendo constar que queda prorrogado hasta su resolución*». Indudablemente, todos los preceptos del anterior Reglamento Hipotecario, de persistir su vigencia y con escasas excepciones, sólo se pueden referir al «recurso gubernativo», que era el único existente en aquella época.

mente por la falta de especialización (en materia hipotecaria) que tanto se echa de menos en la amplísima función judicial y que está en vías de solución. En ambos casos, como decimos, habrá que esperar que el tiempo dé una respuesta, que deseamos favorable.

Y la cuestión incide también en un tema de candente actualidad, que es el de la responsabilidad de la Administración, y en especial la de los Jueces y Tribunales, por los actos de los funcionarios que puedan perjudicar los intereses privados. En el supuesto de que el Juez decida que se debe practicar la inscripción, ¿quién debe asumir la *responsabilidad* que conlleva? ¿Será también discutida la posible *condena en costas del Juicio Verbal*?

4. CONCLUSIONES

1. Según la nueva regulación «legal», bien puede entenderse que el RECURSO propiamente dicho contra la calificación del Registrador *comienza en la «fase judicial»*, es decir, *con la demanda en el «juicio verbal»* que debe seguirse *ante los órganos de la jurisdicción civil ordinaria*, recuperándose así la solución adoptada *en origen* por la especial legislación hipotecaria, según la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 (arts. 9 y 100 a 103), que encomendó su tramitación a los Tribunales ordinarios, con posibilidad de llegar hasta la «casación»; si bien, ya en la Ley Hipotecaria de 1869 se suprime la casación y se encomienda la Resolución de los recursos a los Presidentes del Tribunal de Partido, y enalzada al Presidente de la Audiencia, aunque sobre sus decisiones prevalecía la «ulterior» realizada por la *Dirección General de los Registros y del Notariado*, creada en 1864 como un *órgano administrativo* y también como *órgano de la función registral*. Actualmente, como consecuencia, a nuestro juicio, del carácter meramente «revisionista» de la Nota de calificación efectuada por el Registrador que atribuimos al *recurso «gubernativo»* ante la Dirección General, que viene a ser como un mero «*recurso de reposición*» (aunque con efectos «devolutivos» a un órgano superior en el mismo ámbito), o una «*reclamación previa en la vía administrativa*», no se puede entender que la «*fase judicial*» sea un «recurso contra la Administración», sobre todo porque en los supuestos del *silencio administrativo* nada se habrá decidido por la Dirección General. Se puede, por tanto, concluir que el «*recurso judicial*», que es el verdadero «recurso», *se interpone contra la misma NOTA de calificación del propio Registrador*, y por consiguiente, es a éste a quien debiera corresponder su defensa, aunque, por razón de la intervención de un órgano de la Administración, tan importante, no resulta totalmente extraño que se encomiende la defensa de su resolución al Abogado del Estado (y al Ministerio Fiscal, en caso de ser la Administración parte interesada), quizá porque, en caso de que la sentencia judicial sea *estimatoria*

del recurso, dando la razón al recurrente y revocando la Nota de calificación a pesar de haber sido confirmada por la Dirección General, el Registrador, que no haya sido citado expresamente en el Juicio Verbal, sólo podrá impugnarla *a efectos puramente doctrinales y para dejar a salvo su responsabilidad profesional*. Incluso, al margen de esto, no tendrá mucho interés en perjudicar a los recurrentes mediante una impugnación que iría contra los intereses de aquéllos, según una decisión explícita de los Tribunales. Pero, lo haga o no lo haga, es dudoso que la sentencia judicial dictada adquiera también carácter *vinculante para los Registradores*, cuando no lo son, de un modo absoluto, las propias sentencias para los Jueces y Tribunales (31).

Lo que sí es seguro, con el tiempo, es que la reiteración de sus decisiones irá formando una interesante *Jurisprudencia especial*, que, de admitirse una cierta «ampliación» en las facultades decisorias de los órganos judiciales, que les permita excederse del examen de la estricta «calificación registral» para dar una solución más «oportuna» a las peticiones de los interesados, incidiendo en el «fondo» del asunto (quizá por razones de *economía procesal para evitar un nuevo proceso*), puede acercarse a la llamada «*jurisprudencia de intereses*» en cuanto en las decisiones judiciales se deban tener en cuenta los intereses de todo orden de la sociedad (32).

2. Con la interpretación que propugnamos, cabe admitir, incluso (y espero y deseo que este punto sea objeto de un estudio más concreto) (33) que, una vez resuelto por la Dirección General el «recurso gubernativo», se pueda dar a su Resolución un efecto «definitivo» que permita su «ejecutoriedad» inmediata en el orden registral, sin perjuicio de la instancia «judicial» (en su doble opción indicada), en forma tal que permita a cualquier interesado instar la práctica de las operaciones registrales pertinentes, sin esperar a que transcurra el plazo para la interposición del recurso ante el orden jurisdiccional civil (34); cuyo plazo, al que debe sumarse, en su caso, el de los trámites y apelaciones del propio recurso judicial, puede suponer un grave

(31) Puede verse sobre esta cuestión lo que dice el Magistrado del Tribunal Supremo, JESÚS ERNESTO PECES MORATE en su escueta Nota sobre «La vinculación de los Registros de la Propiedad con la Resolución estimatoria expresa del recurso administrativo contra la calificación negativa del Registrador» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, marzo-abril de 2003).

(32) Ver lo que se dice sobre esta interesante cuestión en la nota 23.

(33) Ver también lo que a este respecto se dice en la nota 19.

(34) La redacción del nuevo artículo 327 LH, al situar en él, con referencia a la tramitación del recurso gubernativo, tanto la publicación en el BOE de la resolución «estimatoria» de la Dirección General, como la posibilidad de practicarse la inscripción en los términos que resulten de la misma, avala esta solución; aunque, como decimos en otro lugar (nota 19), sea más razonable que la publicación oficial se demore hasta la resolución judicial «firme» o hasta que adquiera el carácter de «definitiva» por el transcurso del plazo (dos meses desde la notificación) para la impugnación de aquélla.

inconveniente para la urgencia que requieren las instancias registrales (normalmente la hipoteca es simultánea a la compra, y los embargos surgen de inmediato), puesto que provocará un espacio indefinido de «inseguridad jurídica» para las fincas afectadas, que pueden quedar *totalmente fuera del comercio* mientras dure la tramitación del recurso.

3. No obstante, puede no ser suficiente la Anotación Preventiva prevista en el artículo 323 LH, *in fine*, para proteger los derechos de los interesados durante la tramitación del recurso judicial, puesto que dicha anotación se encuadra en el artículo 42.9 LH (al que se remite aquél); solución quizá no totalmente satisfactoria por referirse este último artículo (35) exclusivamente a los supuestos de suspensión de la inscripción por defecto «subsanable», debiendo ser extendida también, sólo por analogía, y a la vista de los términos del primero, a los supuestos de *denegación por defecto «insubsanable»* y de *no calificación en plazo*. Quizá una solución más perfecta para preservar la eficacia de la fe pública registral durante el tiempo de la tramitación del recurso judicial estaría en regular una «*anotación especial*» como en el supuesto del «recurso de revisión» en caso de sentencia dictada en «rebeldía» (art. 524.4 LEC).

4. Y terminamos diciendo que esta solución que proponemos es igual a la propia del Recurso Contencioso-Administrativo, cuya interposición, *en caso de ser posible* (36), no deberá paralizar la práctica de las operaciones registrales decididas por el *acto administrativo* objeto del mismo. En todo caso, la no admisión del *recurso contencioso* en esta materia, como dice JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (37), «*tiene su justificación en la existencia del recurso ante los Tribunales para contender los interesados entre sí la validez o nulidad del título*», según la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 6 de septiembre de 1954, pues, «*sería absurdo que las Salas de lo Contencioso conocieran de una materia civil y más absurdo todavía es que conocieran de tal materia y luego cualquier interesado pudiera recurrir ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, con la consiguiente posibilidad de contradicción entre Salas, lo que sería improcedente*».

A esta fundada opinión puede añadirse que sería *mucho más absurdo ahora cuando existe una «doble» opción judicial*, según hemos indicado.

MANUEL FIGUEIRAS DACAL

Registrador de la Propiedad (jubilado)

(35) A pesar de haber sido *retocado* en la Ley 24/2001.

(36) Ver lo que se dice anteriormente sobre la posibilidad de algún supuesto especial, como el resuelto por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso), de 18 de julio de 1997, citada en el texto.

(37) «*Código de legislación hipotecaria*», nota al pie del artículo 66 LH.

La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GESTIÓN DEL SERVICIO EN LA PRIMERA LEY HIPOTECARIA.—III. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: LA REAL ORDEN DE 1864 Y SUS CONSECUENCIAS.—IV. LA POSTERIOR EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.—V. LA RECIENTE REFORMA: SU ALCANCE.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Introducción.* Entre las reformas, que desde 1861 se han hecho del procedimiento registral, es sin duda la última la de mayor envergadura.

Acertada en muchos puntos (como, por ejemplo, cuando sujeta las notas calificación a nuevas formalidades, admite el silencio negativo en caso de retraso de Oficinas registrales y Dirección General o articula un recurso horizontal ante otro registrador); parece estarlo menos en otros cuyo sentido y alcance es bastante más difícil de interpretar. Así sucede, por ejemplo, con la reforma del recurso gubernativo y el planteamiento del nuevo recurso judicial, esto es, con los temas que hoy ocupan nuestra atención (1).

2. *Premisas de la investigación.* Es inevitable que cualquier reflexión, y en primer lugar la reflexión histórica, se haga siempre a partir del presente, de los problemas de nuestra actual situación, en este caso de nuestra situación jurídica y social.

(1) Seguiremos el método histórico y no dogmático porque no son las ideas las que marcan el rumbo de los acontecimientos. Siempre sucede algo más o algo menos de lo que pensábamos, por ello no dominamos (el curso de la Historia) sino que nos domina; y, por ello, mientras sigamos siendo humanos, nuestro destino será la libertad y nuestra carga, la responsabilidad por los peligros y riesgos que genera su ejercicio. Para el arcano de la «heterogonía de las intenciones», KOSSELLECK, *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (1993) págs. 340-341.

Y nuestro presente, por lo que ahora nos concierne, es el señorío en Derecho del principio de (super) legalidad constitucional y la vigencia incontestable de sus contenidos que, según la interpretación dominante, necesariamente habrían puesto en solfa la organización centenaria del procedimiento registral y especialmente la fuerza tradicional que se venía reconociendo a las Resoluciones de la Dirección General.

Esta unánime condena no reparaba, como vamos a ver, en que toda crítica y, por tanto, exposición, también la histórica, está saturada de proyecciones e identificaciones del presente y, por ello, debe cuidarse de incurrir en simplificaciones ingenuas o prejuicios inaceptables (2).

(2) Nuestra vieja organización registral no era un producto natural caído del cielo ni una construcción exigida por la razón, sino el fruto de una decisión política que seleccionó entre varias alternativas dogmáticas o conceptuales: premisa de cualquier crítica, es por ello la comprensión previa de los *concretos* soportes que conforman el entramado que define la institución. La oficina registral tiene por objeto la publicación de los derechos y, con este objetivo, realiza actos de publicidad, pero lo verdaderamente decisivo es que esos actos de publicidad no son intrascendentes sino que condicionan la eficacia civil de los derechos: sin publicidad y, por tanto, sin inscripción, los derechos no llegan a ser completamente «reales». La publicidad no se concede arbitrariamente o a los primeros que la piden: el acceso está restringido. La concesión de publicidad no es un acto gratuito o arbitrario, sino que es debida a los derechos, esto es, a los derechos válidos y eficaces: nuestro sistema registral se organiza sobre la base del *principio causal* que gobierna todo nuestro Ordenamiento Jurídico, el civil, desde luego, pero también el administrativo. Los asientos no van por libre: el asiento sigue al derecho (*principio de accesoriidad*). Por razón del superior gobierno que ejerce en nuestro sistema el principio causal, el asiento es inseparable del derecho, depende de él y, por ello, cuando está equivocado, procede su rectificación. Precisamente porque el asiento es dependiente del derecho que publica, la publicidad se negocia con el derecho y, por tanto, el traspaso de éste (el derecho) arrastra a aquél (el asiento): *principio de consentimiento material*. No es suficiente, sin embargo, la legalidad del título para justificar el asiento. Se precisa algo más. Como cada finca registral debe tener un sólo propietario y cada derecho inscrito, un sólo titular, no basta para acceder al asiento de un derecho con probar la existencia y validez del título que lo fundamenta, sino que también, al mismo tiempo, y esto es lo verdaderamente decisivo, es necesario negar la existencia, validez, o mejor derecho de todos los contradictorios que se opongan. En nuestro sistema registral, de raíz germánica, al contrario que en los de origen francés, la publicidad inmobiliaria no es un bien de uso público o de propiedad colectiva: su uso no es libre o común, por tanto no está abierto a todos los documentos, sino que está racionado porque, como objeto de propiedad exclusiva, sólo se dará a uno de esos títulos si no entra en contradicción con otro u otros de mejor derecho. No es por ello posible, en nuestro sistema, la publicidad simultánea de dos derechos contradictorios o incompatibles: o uno u otro pero no ambos a la vez. Presupuesto de una información fiable es la eliminación de interferencias o contradicciones entre las publicadas e instrumento imprescindible para conseguirlo, la asignación de derechos exclusivos sobre su uso. No es por ello posible la publicidad simultánea de dos derechos contradictorios o incompatibles: o uno u otro pero no ambos a la vez. La publicidad del uno impide la del otro (principios de *tracto* y de *exclusión o cierre*). La eficacia de las restricciones depende de la existencia de controles. Si el uso de la publicidad está racionado, deben denegarse los asientos cuando no concurren los presupuestos que los habilitan. La calificación es el instrumento para comprobar que, efectivamente, concurren esos presupuestos y fundamen-

II. LA GESTIÓN DEL SERVICIO EN LA PRIMERA LEY HIPOTECARIA

3. *El reparto de la gestión.* La gestión del servicio registral, ya desde el mismo momento de su planteamiento, se repartió entre la Administración y la Jurisdicción. El criterio seguido para hacer el reparto fue el tradicional todavía entonces: la gestión correspondería en principio a la Administración; pero cuando surgían controversias, esto es, en cuanto se producía contención, entraba la Jurisdicción.

Mientras el servicio funcionaba normalmente, esto es, sin oposición o «voluntariamente», ejercía la Administración.

Presupuesto de la inscripción, y competencia de la Administración, era vigilar que concurrían los consentimientos válidos de todos los titulares de derechos perjudicados por el que pretendía ingresar (especialmente de los contradictorios o prevalentes, previamente inscritos, que tenían que dejar su puesto al que quería entrar). Si concurrían todos los consentimientos necesarios, se practicaba el asiento; en otro caso, no.

Entraba la Jurisdicción sólo si surgían contratiempos en forma de reclamaciones o quejas, que *necesariamente* se traducían en paradas o interrupciones del servicio (3). Dos formas típicas podía adoptar esta protesta (4):

talmente consiste en controlar que concurren todos los consentimientos necesarios de los sujetos públicos o privados perjudicados por la transmisión del derecho o la práctica del asiento. La Administración Registral tiene que velar por todos estos interesados, hayan comparecido o no, en el expediente porque, al contrario que la Jurisdicción Civil, la fijación del objeto del procedimiento registral no se rige por el principio dispositivo sino por el de oficialidad, por cuanto el ámbito de la calificación coincide con el de la legalidad, ya que está pensada para su defensa. Cfr. PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado», en GÓMEZ GÁLLIGO (ed.), *La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones sobre la calificación registral*, 1 (1996), pág. 55 y sigs.

(3) La revisión judicial de la calificación se sustentaba en un declarativo ordinario: cmpr. GALINDO Y ESCOSURA, *Legislación hipotecaria* 2 (1899), pág. 622, probablemente en una mayor o menor cuantía. Cuando se trataba de cancelar asientos en virtud de resoluciones judiciales, pensaba siempre el legislador (como resultaba del art. 82 de la misma Ley) en sentencias no susceptibles de ser revisadas en casación, lo que excluía a las dictadas en los verbales: GALINDO Y ESCOSURA, cit. 3, pág. 65. Hay que tener presente que la estimación de la pretensión del recurrente en muchos casos exigía la práctica de una cancelación.

(4) En cuanto surgía cualquier tipo de oposición, la actuación de la Administración Registral era revisada por los jueces (civiles). El control jurisdiccional procedía no sólo cuando se discutía la legalidad de los asientos registrales practicados, sino también la negativa a extender los todavía por practicar. La revisión en uno y otro caso era rigurosamente simétrica y tenía el mismo alcance tanto cuando se impugnaba un asiento extendido como la nota que suspendía la práctica del que se quería extender. Definitiva resulta la lectura del artículo 36.2 del RH de 1861: *si de la ejecutoria que en dicho juicio recayere* (aquél que materializaba la revisión jurisdiccional) *resultase que fue mal cali-*

- i) *ex ante*, cuando se pretendía forzar la entrada de un derecho porque se entendía que procedía su inscripción (5).
- ii) *ex post*, cuando se pretendía forzar la salida de un derecho porque se entendía que alguna inscripción estaba mal practicada y debía cancelarse.

4. *Diferente eficacia de las Resoluciones registrales y judiciales.* La Administración Registral practicaba asientos o notas de suspensión y denegación según accediese o no a satisfacer la pretensión del solicitante; la Jurisdicción, en cambio, dictaba sentencias estimatorias o desestimatorias, según fallase a favor o en contra del reclamante.

Resoluciones registrales y sentencias judiciales tenían una eficacia bien diferente. Las primeras hacían declaraciones provisionales de derechos; las segundas, definitivas.

Las Resoluciones registrales, en efecto, no tenían ni tuvieron nunca la eficacia de las judiciales. Es más por tener ni siquiera tenían (y, como veremos, todavía hoy tampoco tienen) la fuerza de Resoluciones administrativas

*ficada la escritura, la capacidad de los otorgantes o la competencia del juez, el Registrador hará la inscripción (solicitada) o cancelará la que hubiese hecho, según el caso (...). Advertía ya la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que la autoridad judicial (era) la única llamada a decidir las dudas y cuestiones que se suscitasen para añadir que, en lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades de orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa: vid. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Las Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, 1.1 (1974), pág. 238. El conocimiento de asuntos civiles había sido reservado por el artículo 66 de la Constitución vigente a los Tribunales: cmp. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo* (1986), pág. 150.*

(5) En consonancia con estas premisas, disponía el artículo 19 de la Ley Hipotecaria que, observados defectos por el Registrador, *si (las partes) no los subsanasen (...), les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, a los Tribunales* y, todavía en forma más contundente, ordenaba el artículo 66 de la misma Ley, que *si (...) propusiere aquél cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripción o la declaración de su validez, pidiendo anotación preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación*. Este sistema conocía sólo una excepción: si se suspendían cancelaciones por dudarse de la competencia del Juez o Tribunal, *calificaba* y por tanto decidía, a instancia del Registrador, sin necesidad por tanto de interponer recurso, directamente el Regente: artículos 101 y sigs. de la Ley Hipotecaria. Sólo, si fuese confirmatoria de la del Registrador la calificación del regente, se permitía recurrir a la Audiencia y, contra la Resolución de ésta, en casación al Supremo. En este caso la Ley y el Reglamento Hipotecarios no hacían otra cosa que seguir el tradicional criterio, recogido por la Constitución de Cádiz (art. 261), de que los problemas sobre competencias que se planteasen en el seno de la organización judicial, los resuelve el Tribunal Supremo como superior jerárquico: no hay que olvidar que, según la Exposición de Motivos y el articulado de la primera Ley Hipotecaria, el Registro formaba parte de ella. Cfr. PARADA, «Los conflictos entre la Administración y los Tribunales ante la nueva Constitución», en *La Administración y los Jueces* (1988), pág. 353.

típicas: intencionadamente se les negó, como veremos, en 1869 «fuerza preclusiva» (6).

5. *El acto administrativo y la preclusión de acciones y excepciones.* Las Resoluciones administrativas ordinarias, en efecto, desde el último tercio del siglo XIX, una vez devenidas firmes, perjudican los derechos sobre los que se pronuncian, aunque éstos, según la Ley, tengan más larga duración; su eficacia es, por ello, muy semejante a la de las sentencias judiciales que ganan fuerza de cosa juzgada.

(6) Todo ello no suponía particularidad alguna respecto del régimen al que se sometían, a principios del siglo XIX, los actos administrativos ordinarios. En el Antiguo Régimen, «*las providencias o decretos no tienen autoridad de cosa juzgada ni suelen impedir el que se varíen y el que judicialmente se trate de ellos en los cuales pueda atravesarse el derecho de un tercero, reclamado el interesado, sin perjuicio de los efectos correspondientes por el Derecho a la providencia gubernativa, hasta que hubiese determinado otra cosa la jurisdicción competente*»: DOU y BASSOLS, *Instituciones de Derecho Público General de España*, 2 (1798-1802), pág. 49. Se trataba de «hechos de la Administración» más que de «actos administrativos» porque, desde luego, no eran ni tenían la eficacia de los actuales: la prevención contra ese peligroso anacronismo no es el único fruto de la renovadora y excepcional investigación de PARADA, «Privilegio de la decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *La Administración*, cit., pág. 111, nota 10. «*De aquí que la decisión gubernativa puede ser variada en cualquier momento y que, en cualquier momento, pueda ser revisada. No hay plazo para trabar el proceso judicial, ni efecto de cosa juzgada, ni siquiera del acto consentido e inimpugnable, que viene a ser lo mismo. Por último, la fase gubernativa no es esencialmente previa a la judicial, pues cualquier asunto puede ser ab initio contencioso*». Vid. también PARADA, «Réplica a NIETO sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», en *La Administración*, cit., pág. 192 y sigs. Entonces la potestad jurisdiccional y gubernativa era ejercida, en muchos casos, por los mismos órganos. Sólo cuando se independiza el poder judicial del gubernativo y su residencia en órganos distintos empieza a tomar consistencia la función administrativa y por tanto el acto administrativo. En efecto, de poco serviría el principio constitucional de separación o independencia de poderes, esto es, entre la autoridad judicial y administrativa, si los tribunales pudiesen no sólo revisar las decisiones gubernativas sino paralizar o suspender, e incluso ejercer directamente sus funciones. Son escalones en ese proceso:

i) primero, contra la pretensión de suspensión del acto administrativo por los Jueces, la prohibición de interponer interdictos contra la Administración [cfr. RO 8-5-1839 (interdictos) y RRDD 6-6-1844 y 4-6-1847 (conflictos de competencia) como, sobre todo, NIETO, cit., pág. 190];

ii) segundo, contra el peligro de sustitución de la Administración por la Jurisdicción, la imposición de la necesidad de un acto administrativo previo para acceder a los Tribunales («es preciso el acto administrativo competente para que pueda tener lugar la vía contenciosa»: cfr. RO 9-6-1847 y los datos que aporta SANTAMARÍA, «Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa», en *RAP* 77 (1975), págs. 81-138;

iii) y tercero, la necesidad de que la reclamación contencioso-administrativa se legitime en la violación por la Administración de un derecho perfecto del recurrente (cfr. NIETO, cit., pág. 201);

iv) la «guinda» final, el privilegio más importante y por ello más codiciado, fue la dotación a los actos administrativos no impugnados de fuerza preclusiva que los convierte en auténticas sentencias de primera instancia. Para todo ello, de nuevo, es obligado PARADA, *Réplica*, cit., págs. 175-177. Cfr. nota 20.

Si se dejan pasar los cortos plazos de impugnación de una liquidación fiscal o Resolución administrativa, se pierden los derechos sustantivos, aunque sus plazos de vigencia o prescripción sean mucho más largos. Las Resoluciones administrativas firmes o consentidas son títulos autónomos de atribución de derechos que se desligan y, por tanto, independizan de la situación jurídica antecedente que de poco sirve frente a ellas (7).

Reconocer esta misma eficacia a las Resoluciones registrales provocaría que decisiones administrativas, si se dejan transcurrir los cortos plazos para formalizar su impugnación, extinguirían acciones civiles: en nuestro caso de derechos reales y de propiedad cuyos plazos de prescripción se cuentan por decenas de años. Y no sólo eso, reconocer fuerza preclusiva a las Resoluciones registrales sería reconocer a la Administración, en contra de una tradición secular, poder jurisdiccional en materia de propiedad y Derecho Privado (8).

6. *La eficacia presuntiva de los asientos.* Por el contrario, las inscripciones, como las notas de suspensión o denegación, no se beneficiaron nunca de cortos plazos de impugnación (9).

(7) «El plazo de interposición de recursos es, sin embargo, muy breve, quince días o un mes, según se trate de recursos de alzada o de reposición, dos meses, para el recurso contencioso-administrativo. (...) la falta de interposición del recurso correspondiente impide definitivamente cualquier intento posterior. El acto inicialmente viciado se entiende consentido y se convierte en firme e inatacable. Así lo certifica el artículo 40 LJCA, según el cual no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de (...) *los actos confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma*, precepto que una jurisprudencia constante mantiene con absoluto vigor». GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 1 (1981), pág. 532.

(8) «En el supuesto de que los títulos hubieran sido presentados en el Registro anteriormente y denegada su inscripción, esta circunstancia no constituye, por sí sola, defecto alguno, puesto que no hay precepto que prohíba a los interesados presentar nuevamente en el Registro los documentos cuya inscripción haya sido denegada en época anterior, ni al Registrador de la Propiedad calificar de nuevo esos documentos (...): cfr. Resoluciones de 20-5-1902 y 13-6-1933. Si se practica una inscripción improcedente, no pierde el perjudicado por ella la posibilidad de combatirla, poniendo de relieve la falta de consentimientos o de las autorizaciones y requisitos pertinentes para la validez de la transmisión y/o la inscripción practicada. A la inversa, si se niega el asiento, el que lo pide conserva todas sus defensas para exigirlo mientras no prescriba el derecho material cuya inscripción reclama. Tampoco las pierde, para oponerse a la práctica del asiento, el tercero perjudicado cuyos intereses defiende la nota de calificación (desde luego, no pierde las que no haya hecho valer el Registrador). En efecto, todos los defectos se traducen en alegaciones o defensas que los posibles perjudicados por el asiento que se pretende pueden hacer valer ante los Jueces para impedir o rectificar el asiento improcedente. Sobre todo esto, PARDO, *Control judicial de la calificación registral y tutela efectiva del derecho a inscribir* (en prensa).

(9) La eficacia provisional de las calificaciones registrales resultaba con toda evidencia del artículo 36.1 del Reglamento Hipotecario de 21-6-1861: *la calificación que hagan los Registradores, o en su caso los regentes o la Audiencia, de la legalidad de las formas extrínsecas, de la capacidad de los otorgantes o de la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones, según lo prevenido en los artículos 18, 100 y 101*

Los asientos registrales, dejando fuera aquellos casos en que haya entrado en acción el principio de fe pública, no mataban las acciones que protegen los derechos que cancelaban o transferían y siempre podían ser revocados, mientras los derechos perjudicados por sus pronunciamientos no hubiesen prescrito.

Las inscripciones registrales siempre podían ser impugnadas porque carecían de la fuerza típica de las sentencias firmes o «actos administrativos consentidos», irrevocables una vez agotados cortos plazos de impugnación. Sus pronunciamientos, sobre la existencia o validez de los derechos que declaraban, sólo gozaban, por ello, de eficacia provisional.

Por la misma razón, las notas de suspensión o denegación nunca devenían firmes porque no hay plazo para impugnarlas. Las solicitudes de inscripción denegadas podían repetirse indefinidamente. Podían, por ello, utilizarse para apoyar una segunda solicitud (pero también una segunda calificación que insistía en la denegación), alegaciones no utilizadas y pruebas no aportadas en la primera: las defensas, acciones o excepciones, no se perjudicaban y podían reproducirse cuantas veces se quisiera (10).

7. *La eficacia definitiva de las sentencias judiciales.* Muy distinta era la situación cuando recaía sentencia judicial sobre la procedencia del asiento o la nota de calificación: en este caso las alegaciones no utilizadas y pruebas

de la Ley, se entenderá limitada para el efecto de negar o admitir la inscripción, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los tribunales sobre la nulidad de la misma escritura o la competencia del mismo Juez (...). Se citaba a «regentes» y «Audencia» como órganos con funciones calificadoras porque según los artículos 100 y 101 de la Ley Hipotecaria debían calificar directamente, sin necesidad de interponer recurso (cfr. nota 9), los mandamientos que ordenaban cancelaciones, siempre que los Registradores dudasen de la competencia de Jueces y Tribunales que los habían expedido. Tampoco tenía en estos casos la calificación de regente y audiencia eficacia definitiva salvo, si la parte perjudicada o el juez recurriesen la decisión del Regente y llegase la cuestión hasta el Supremo: decidida por éste la cuestión de competencia, provocada por las opiniones contrarias mantenidas por los distintos órganos judiciales, su fallo era inapelable y producía cosa juzgada (cfr art. 36.1 *in fine* del citado Reglamento Hipotecario). Cfr. nota 5.

(10) *Transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas de suspensión, sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva calificación:* artículo 108 del Reglamento Hipotecario redactado por Real Decreto 12-11-1982. Confirma esa doctrina la Resolución de 22-2-1993. Según la Resolución de 5-5-1998, el Registrador debe calificar el documento tantas veces cuantas le sea presentado el mismo, sin que pueda negarse a calificarlo nuevamente por el hecho de que le fue anteriormente presentado y denegado con transcurso del plazo para recurrir. Según las Resoluciones de 19 y 25-5-2000, una de las especialidades del recurso gubernativo es que cabe volver a interponerlo en virtud de nueva presentación, conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario, aunque existieran defectos formales en la primera interposición. Vid. GARCÍA GARCÍA, *Código de la legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil* (2001), págs. 370-371.

no aportadas, se extinguen, esto es, precluyen. Y no sólo alegaciones y pruebas, también las acciones que defendían los derechos cuya existencia y validez condicionaba el éxito de la pretensión ejercitada.

Con arreglo a los principios de causalidad, accesoriedad e indivisibilidad que gobiernan el procedimiento registral, la sentencia dictada perjudicaba, en lo que tuviese que perjudicar, indefectiblemente a todos aquellos derechos y asientos cuya existencia o inexistencia, legalidad o ilegalidad, material o formal, constituía presupuesto necesario para cancelar el asiento impugnado o para practicar el asiento denegado.

En nuestra primera Ley Hipotecaria correspondía a los Tribunales siempre la última palabra en caso de que llegase a plantearse cualquier tipo de reclamación contra las decisiones de la Administración Registral, sea con la finalidad de cancelar un asiento mal practicado, sea con el propósito de conseguir la inscripción cuya práctica se denegaba (11).

III. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: LA REAL ORDEN DE 1864 Y SUS CONSECUENCIAS

8. *El recurso gubernativo.* Fue en 1864 cuando, por una Real Orden, convalidada por la posterior Ley de Reforma Hipotecaria de 1869, se introdujo una «jurisdicción administrativa de excepción» de importancia fundamental en este esquema. A pesar de existir contención o confrontación, se reconoció el derecho del solicitante, cuya petición de inscripción se denegaba a recurrir ante la Dirección General de los Registros.

Se abría así una segunda vía, paralela a la judicial, que, en competencia con ésta, buscaba ofrecer a los interesados una fórmula más sencilla que permitiese discutir las razones que, según el Registrador, impedían la práctica del asiento para conseguir, en su caso de forma rápida, la inscripción solicitada.

(11) La legitimación pasiva correspondía al Registrador que era de quien se exigía la extensión del asiento. Desde luego fue esa la práctica seguida en el breve plazo (desde 1861 hasta 1864) en que estuvo vigente el modelo diseñado por la primera Ley Hipotecaria, tal como resulta con toda evidencia del último apartado de la RO 17-3-1864. Pero ya por entonces se sostuvo que podían «defender el acuerdo del Registrador», y por tanto personarse ejerciendo la oportuna oposición, los que «sostuviesen la nulidad de la escritura» y que, cuando «los derechos de personas ignoradas o ausentes (...) pudiesen perjudicarse por la declaración de validez del título (cuya inscripción se pretendía), convendría que (...) se entendiera la demanda con el Ministerio Fiscal (...)». (GALINDO Y ESCOSURA, cit. 2, pág. 628).

Presupuesto teórico de este cambio fue la traslación a las Resoluciones del Centro Directivo de la eficacia que se reconocía a las notas de calificación (12).

El recurso era voluntario y, desde luego, la resolución por la que terminaba, como las notas de calificación, no ganaban firmeza aunque dejara de recurrirse; pasados cuatro meses, en efecto, caducaba la nota pero no el derecho a exigir la inscripción (13).

(12) Las calificaciones e inscripciones no alteran la situación material (civil o hipotecaria): los defectos subsisten aunque la nota de calificación no los aprecie y, al contrario, no hay defectos, si realmente faltan, aunque la nota de calificación no se recurra. Si jugase la preclusión de alegaciones y acciones en el procedimiento registral, los vicios sustantivos del documento no serían oponibles contra la inscripción o resolución de la Administración Registral, que no se recurre. En ese caso, el asiento irregular de propiedad se desligaría del derecho material y la inscripción se transformaría en un título independiente de atribución sin necesidad de que apareciese un tercero protegido por la fe pública. Ésta era precisamente la eficacia típica de la llamada *inscripción sustantiva*, experimentada en algunos sistemas registrales de inspiración germánica, que exigía siempre un juicio plenario y universal; cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y Derecho en el documento público* (1950), pág. 300 y sigs. Si transcurrido el plazo de impugnación sin ejercerse ésta, los vicios perdiesen fuerza para anular el título material, quedaría éste convalidado; y, si sólo la perdiesen para anular el asiento, perderían fuerza real ya que, siendo el asiento irrevocable, sólo les restaba esperar impotentes a la aparición de un tercero para que se certifique su muerte y reclamar como mucho una indemnización (efecto obligacional). No es ese, desde luego, nuestro sistema: precisamente, porque la preclusión no funciona en el procedimiento registral, la inscripción hecha no se vuelve irrevocable (como sí pasa con los actos administrativos consentidos) ni tampoco, por tanto, la nota que no se recurre: los defectos sean sustantivos o de naturaleza registral que viciaban la operación siguen haciéndolo y conservan toda su beligerancia hasta que prescriban los derechos perjudicados.

(13) Desde un punto de vista formal, podía dudarse entonces (como hoy se duda) entre encargar el control judicial del gubernativo a los Tribunales Civiles o a los Contencioso-Administrativos, sobre todo a la vista del artículo 9 de la Ley 2-4-1845, cuyo último párrafo sometía al conocimiento de los Consejos *todo lo contencioso de las diferentes ramas de la Administración Civil*. En efecto, también entonces, al contrario que ahora, nada impedía sino que era perfectamente posible y relativamente frecuente que en el juicio contencioso no fuera parte la Administración. En efecto la «cuestión contencioso-administrativa no comportaba necesariamente la presencia en el conflicto de la Administración activa. El conflicto podía existir entre particulares (...)» Ahora bien, como «el conocimiento de la contienda (...) de una cuestión de propiedad, por la misma naturaleza del negocio, estaba reservada a la Jurisdicción ordinaria (cfr., v.g., la sentencia de 19-12-1847 en NIETO, cit., pág. 202) y, sobre todo, dado el precedente de la ley de 1861, era inevitable que se acabase optando por atribuir la competencia a la Jurisdicción ordinaria. Uno de los supuestos más típicos de cuestión contenciosa entre particulares lo constituían las indemnizaciones de daños debidas por el contratista de obras públicas a particulares ribereños de las obras»: cfr. PARADA, *El privilegio*, cit., pág. 114. La *distribución de pastos* «entre ganaderos, por su naturaleza, propia, por tener que *acomodarse a costumbres locales* y por hallarse encomendada a la cuadrilla o junta de ganaderos establecida por la autoridad pública para promover y regular los intereses colectivos de la industria en un distrito especial, es un acto esencialmente administrativo (RCC 11-6-1851): vid. NIETO, cit., pág. 176. Es evidente la semejanza estructural de estos dos últimos casos con los típicamente registrales.

9. *El valor de las Resoluciones de la Dirección General.* Las Resoluciones de la Dirección, dictadas en los recursos gubernativos, carecían también, por tanto, de eficacia preclusiva y podrían impugnarse ante los Tribunales indefinidamente, mientras no prescribiesen los derechos materiales que fundamentaban la reclamación (14).

Por lo demás, como los derechos posiblemente afectados o perjudicados por la inscripción interesada persistían incólumes, no era preciso notificar a sus titulares (de practicarse el asiento, los posibles terceros perjudicados) las Resoluciones registrales recaídas (15).

Las decisiones del Centro Directivo, como ya pasaba con las inscripciones y las notas de calificación, nunca podían estimarse consentidas. Sus declaraciones tenían valor de simple presunción y por tanto nunca podían llegar a constituir un título autónomo de atribución de derechos.

10. *La legitimación pasiva en el viejo recurso judicial.* La reforma de 1864 introdujo alguna otra innovación. La demanda, en el que se llamará a partir de ahora «recurso judicial» para diferenciarle del «gubernativo», dejará de dirigirse contra la Administración y pasará a serlo contra los perjudicados: esto es, contra todos aquellos a quienes atribuía algún derecho la inscripción antigua, que (en caso de que así lo ordenase el Tribunal) sería sustituida por la nueva (16).

(14) A la hora de comprender el sentido del «entre sí» (que usa el art. 66 de la Ley Hipotecaria al regular el «recurso judicial») sólo caben dos posibilidades: bien se parte de la idea de que la fórmula sólo pretende destacar el hecho de que Administración carece de un interés propio en el asunto, porque el conflicto es entre particulares y, por tanto, todo defecto denuncia un posible perjuicio para un interés civil o privado; bien se entiende que es una cortina de humo con el propósito de liberar la Administración del control judicial. Probaría esto último el hecho de que no procediese la revisión (judicial) en aquellos casos en que los posibles perjudicados por la inscripción solicitada no pudiesen ser fácilmente identificados; como sucede siempre que los defectos observados se deban al incumplimiento de las «reglas del juego» civil e hipotecario (nulidad del contrato entre partes u existencia de obstáculos registrales como una incorrecta identificación de finca o de los titulares). Así las cosas, todo se reduce a decidir si cabía o no el recurso judicial cuando los perjudicados estaban difusos o indeterminados. Pues bien, ni ayer abrigaba dudas GALINDO ni hoy PEÑA: cfr. nota 11.

(15) *El acto de calificación era ocasión del proceso pero no era el objeto del proceso.* Al igual que pasaba también en el contencioso-administrativo de entonces, en el recurso judicial contra las calificaciones se «conocía de las cuestiones que con ocasión de un acto administrativo se suscitaban entre dos particulares (...)», como diría COLMEIRO. Por lo demás, el proceso contencioso-administrativo ante los Consejos Provinciales y el Consejo Real, se inspiraba en el proceso civil: PARADA, *El privilegio*, cit., pág. 115, nota 16 b. La situación de las partes en el contencioso de 1845 era la misma que en el proceso civil: PARADA, *Réplica*, cit., pág. 175.

(16) No era ni es la registral una administración *activa* (cfr. nota 8) porque no persigue directamente un interés público sino que, en todo caso el interés público que sirve, se confunde aquí con la defensa de los derechos e intereses de los particulares: la defensa de legalidad, civil e hipotecaria, no es otra cosa que la defensa de los concretos

Si los posibles perjudicados fuesen futuros o indeterminados, lo procedente era que, como defendió GALINDO en su día, interviniese, como por cierto pasa en el expediente de dominio, el Ministerio Fiscal (17): «el órgano que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (...) y del interés público tutelado por la ley» (18).

derechos de propiedad o de cualesquiera otros reales perjudicados por el asiento que se pide. Por tanto, en la calificación (positiva o negativa) ni se reconocen derechos a favor de la Administración ni contra ella sino, en todo caso, a favor o en contra de otros particulares: sean, esos derechos, derechos plenos o potestativos, esto es (derechos) de impugnación del negocio cuya inscripción se pide. Cfr. PARDO, *La organización*, cit., pág. 80, nota 37.

Basta analizar cualquier recopilación de jurisprudencia registral para comprobar que *son dos las causas principales de denegación de asientos en Derecho español*: i) En primer lugar, se deniega el asiento si se entiende que su práctica puede perjudicar a un derecho previamente inscrito, o no inscrito pero de mejor rango, y no consta la cesión o renuncia de su titular; ii) en segundo lugar, si se estima que el derecho cuya inscripción se solicita, infringe las reglas estrictas, de orden público (contractual, real e hipotecario), que protegen intereses públicos o privados prevalentes, especialmente los de otros titulares inscritos, aunque fuesen indeterminados, así como los de futuros adquirentes de derechos en la cosa. Esta segunda causa de suspensión tiene su razón de ser no sólo en que, de otro modo, podrían sanarse negocios nulos por el juego de la fe pública sino en que, si ingresasen negocios irregulares, se impediría el acceso futuro de otros regulares (embargos de los acreedores del causante, o segundas transmisiones o gravámenes, estos sí, legítimos). Por lo demás, los vicios de capacidad o causas de anulabilidad (o otras semejantes) se resuelven normalmente con la intervención de terceros (titulares directos o representantes legítimos de los intereses implicados) y las de nulidad por infracción de derechos e intereses públicos (que deben apreciarse de oficio), en muchos casos (se resuelven) si media la autorización de los órganos públicos encargados de su custodia. En resumen, el sistema hipotecario somete a riguroso control la constitución de los derechos reales: el derecho real es un arma mucho más poderosa que el de crédito por ello impide el ordenamiento civil que las partes creen derechos reales al *tun tun* o a la «buena de Dios»: vid. DÍEZ PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 513 (1976). *Los derechos reales, como por hipótesis perjudican a terceros* (no sólo a las partes que los negocian), *exigen causa suficiente y sólo hay causa suficiente cuando se cumplen las reglas de juego que el sistema exige para su reconocimiento porque, si no se cumplen, no surge un derecho real sino un simple derecho de crédito* (una acción de responsabilidad por nulidad, fraude o evicción contra el transmitente; o una obligación de posterior transmisión efectiva del derecho prometido y no adquirido). Ahora bien, sólo ingresan en el Registro derechos reales; los derechos de crédito, como todo el mundo sabe, no tienen acceso registral.

(17) En Derecho Registral carece de utilidad la técnica del «exceso de poder» o «contencioso de anulación». En efecto, *porque los actos de la Administración se traducen siempre en lesiones de derechos de particulares, la revisión jurisdiccional es siempre un «proceso de plena jurisdicción»*: cfr. PARADA, *El privilegio*, cit., pág. 113, nota 14. En consecuencia, los que impugnan la calificación negativa, lo hacen con fundamento en la afirmación de existencia y legalidad de sus derechos cuya asiento piden y por tanto *exigen que se les reconozca el derecho a inscribirlos*. La tutela de ese derecho había correspondido tradicionalmente a Jueces y Tribunales y precisamente a los civiles. Cfr. nota 13.

(18) PEÑA, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 2 (1999), págs. 477-478.

Ciertamente este planteamiento envolvía riesgos para el reclamante o demandante, lo que probablemente explica el pobre éxito y por tanto poco uso que se hizo del «recurso judicial». En efecto, por el juego de principio dispositivo que rige en el proceso civil, era posible que la Administración Registral, a la hora de inscribir la sentencia recaída, entre los demandados, echase en falta algunos con lo que se habría seguido un procedimiento a la postre completamente inútil.

IV. LA POSTERIOR EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

11. *Evolución del procedimiento administrativo común.* Entretanto sucedían estas cosas en el ámbito registral, la doctrina del acto consentido (con la consiguiente preclusión de las defensas, acciones y excepciones) se fue generalizando en toda la Administración Pública y hasta tal punto, que firme el acto, porque era un *título autónomo de atribución de derechos*, ni siquiera podía ser revocado por la propia Administración. Para desconocerlo, tiene ésta que instar su anulación previa mediante un expediente especial.

Consecuencia inevitable de la generalización del efecto preclusivo a todos los actos administrativos fue la extensión de eficacia de cosa juzgada a los que devenían firmes el reconocimiento de valor de una primera instancia judicial a la fase administrativa y la configuración del recurso contencioso-administrativo sobre el modelo del recurso ordinario de apelación (19).

SANTAMARÍA DE PAREDES extrajo de estas premisas las consecuencias pertinentes: los Tribunales contenciosos no podían enjuiciar otras alegaciones ni

(19) Como consecuencia de haberse declarado «asunto gubernativo» la actividad de registrar, la doctrina de entonces trata de extender al procedimiento registral todos los privilegios de que entonces ya gozaba, el procedimiento administrativo común. Salvo la fuerza preclusiva, se intentan trasladar la necesidad del pronunciamiento administrativo previo; la prohibición de que la interposición del recurso judicial, *inter partes*, paralice o suspenda el procedimiento gubernativo en curso; y la exigencia de que el recurrente justifique su reclamación en la *violación de un derecho perfecto*. Sobre todo ello, GALINDO Y ESCOSURA, cit. 2, págs. 624-634. Para justificar una cierta exención de la Dirección General del control jurisdiccional, no se ensayará entonces la vía de negar al demandante un derecho a exigir el cumplimiento de la legalidad. La legalidad civil e hipotecaria se traduce siempre en posibles perjuicios para derechos gestionados por sujetos civiles o de Derecho Público pero, en cualquier caso, perfectamente identificables y, por tanto susceptibles de ser demandados en el proceso civil (cfr. nota 11). Se buscará más bien la inmunidad por la vía de negar que el derecho a la inscripción (que tiene que ser *perfecto* para legitimar la interposición del recurso civil), haya sido efectiva y *perfectamente violado* cuando el defecto observado es subsanable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Para este intento, que no parece haber tenido repercusiones prácticas, cfr. GALINDO Y ESCOSURA, cit. 2, págs. 627-630.

discutir otras pruebas que las hechas valer ante la Administración. Las demás no contaban por cuanto, al no haberse utilizado en la fase administrativa, había caducado la oportunidad de hacerlas valer (20).

Consecuencia ulterior de estas decisiones fue la necesidad de advertir a todos los interesados y posibles afectados de la existencia de procedimientos administrativos en curso por causa de que las Resoluciones recaídas podían provocar la preclusión de las defensas y, por tanto, de los derechos que les pertenecían.

12. *Las Resoluciones registrales como actos de jurisdicción voluntaria.* Es también por entonces cuando se generaliza en la Doctrina la consideración de inscripciones y notas de calificación como actos de jurisdicción voluntaria. La razón es sencilla: como asientos registrales y calificaciones negativas debían seguir careciendo de eficacia preclusiva, no podían considerarse verdaderos y auténticos actos administrativos.

En efecto, como pasa en la Jurisdicción voluntaria, poco importa que haya, o no, transcurrido el plazo para impugnar una Resolución registral negativa: el procedimiento puede repetirse cuantas veces sea necesario. Asimismo poco importa que la decisión haya estimado la petición, puede ser impugnada en cualquier tiempo mientras los derechos materiales (perjudicados por el asiento) no prescriban ya que, como pasa en el juicio voluntario, el asiento deja intocadas las defensas por lo que conservan su valor en el declarativo posterior todas las pruebas, alegaciones, acciones y excepciones; incluso aquéllas que se hicieron servir (21).

13. *La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa.* Esta evolución no sufre alteraciones sustanciales con la publicación de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde entonces el «recurso» contencioso o judicial contra las Resoluciones administrativas ordinarias se independiza de la fase previa y se fundamenta en una cognición diferente, independiente, de la que había sustentado las decisiones administrativas.

(20) Para un resumen detallado del proceso histórico que acabó por reconocer la vigencia general en el ámbito de la Administración Pública, del efecto preclusivo de las Resoluciones no impugnadas en plazo y el papel protagonista que hay que reconocer a la RO de 30-3-1867, *que tanta resistencia encontró curiosamente en el Ministerio de Justicia*, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., págs. 535-538. Datos que no hacen más que confirmar, por lo menudo, el renovador planteamiento que, en su día, había hecho PARADA, *El privilegio*, cit.

(21) La asimilación de los actos registrales a los de la Jurisdicción voluntaria recibe especial impulso desde la intervención de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, 1 (1948). pág. 214 y sigs. No otra, por cierto, era la calificación que merecía a la doctrina del antiguo régimen la actividad «gubernativa»: cfr. PARADA, *El privilegio*, cit., págs. 111-113. Vid. nota 6.

Derechos, alegaciones y pruebas que no se hayan hecho valer en la fase previa, se extinguen, ahora, sólo una vez concluya el procedimiento contencioso-administrativo o caduque el plazo para interponerlo: únicamente entonces se tiene por consentida, e irrevocable, la Resolución dictada y, por tanto, ineficaces contra ella las defensas no utilizadas oportunamente ante el órgano administrativo.

Era natural que la traslación del efecto preclusivo a la sentencia traspasase al Tribunal el deber de vigilar con especial cuidado que se diese cumplimiento a la obligación de llamar al procedimiento en curso a todos los posibles afectados. Todos cuantos pudiesen entenderse interesados debían concurrir al juicio por causa de que las defensas de sus derechos, sólo con la sentencia (o el transcurso del plazo de interposición del recurso), había que darlas por definitiva e irremediabilmente agotadas.

14. *El viejo recurso judicial contra las calificaciones registrales y la evolución posterior de la legislación registral.* Por el contrario, el llamado «recurso judicial contra las denegaciones de los asientos registrales», con independencia de cuál fuese la fecha de la calificación o de la Resolución de la Dirección, seguía estando siempre abierto para exigir de los Tribunales, mientras el derecho material no prescribiese, la práctica de la inscripción solicitada.

La posterior evolución de la legislación registral nunca dejó de respetar este principio: introdujo sólo algunas aclaraciones, aunque no resolvió todas las dudas.

En primer lugar, dado que quien interponía el viejo recurso judicial reclamaba un asiento y por tanto ejercitaba la acción de rectificación, quedó perfectamente claro, desde 1944, que el recurso podía plantearse cualquiera que fuera la naturaleza de los defectos observados: fuesen, por tanto, insubsanables o también subsanables, fuesen vicios de validez del título («de fondo») u obstáculos de naturaleza registral (digamos, «de forma» (22). La necesidad de integrar el artículo 66 con el 40 de la Ley Hipotecaria derivaba del hecho de que, siempre que se pide un asiento, se solicita una rectificación del Registro porque la práctica de una nueva inscripción obliga siempre, cuando menos, a la extinción de la anterior, sea por cancelación, sea por inscripción de transferencia (art. 76 de la Ley Hipotecaria).

En segundo lugar, la reclamación de la inscripción debía plantearse no sólo «entre sí», esto es, entre los otorgantes del negocio cuya inscripción se solicita. La acción deberá dirigirse también contra todos los presuntos perjudicados por el asiento cuya práctica la Administración resiste. La necesidad de integrar el artículo 66 con el 40 de la Ley Hipotecaria derivaba, en cambio aquí, del hecho de que, siempre que se pide un asiento, se solicita la rectificación del

(22) Desde entonces definitivamente se vuelve inadmisile la opinión de GALINDO. Cfr. nota 16 y 19.

Registro; lo que obliga a trasladar al llamado «recurso judicial» la norma sobre legitimación pasiva que, para la acción de rectificación, se recoge en el penúltimo párrafo del nuevo artículo 40 de la Ley Hipotecaria (22 bis).

15. *La legitimación pasiva de la Administración Registral en el llamado «recurso judicial».* Permaneció, sin embargo, una grave duda: la prohibición de indefensión cuyo reconocimiento se refuerza por entonces en Derecho Administrativo no casaba completamente con las restricciones que, a la legitimación pasiva, persistían en el viejo recurso judicial (incluso después de integrar el art. 66 con el 40 de la Ley Hipotecaria).

En concreto la prohibición de indefensión (que amparaba también al demandante que solicitaba el asiento) no casaba mucho con el hecho de que se le prohibiese demandar también a la Administración Registral.

(22 bis) Los asientos benefician a unos y perjudican a otros: siempre concurren personas distintas con intereses opuestos. En el Registro de la Propiedad español, siempre que entra un derecho, salen o se postergan inevitablemente los contradictorios inscritos o no inscritos, aunque fuesen prevalentes. Los asientos benefician a unos y perjudican al mismo tiempo a otros: siempre concurren personas distintas con intereses opuestos. Si se inscribe el derecho del (acreedor) hipotecario sobre el *pleno* dominio, no sólo se grava el del *hipotecante*, nudo propietario sino también el del tercero usufructuario. Si se declara la propiedad del comprador de una VPO, es porque no sólo se niega la del vendedor sino también la vigencia de la prohibición de disponer constituida en defensa de intereses públicos. Si inscribimos la herencia a favor de los segundos sustitutos fideicomisarios, cae, por incompatible, el derecho inscrito a favor de los sustitutos vulgares del primer fideicomisario. Si aceptamos la venta sin poder o con representación insuficiente, cae el derecho del *dominus* sin que tenga éste arte ni parte. Si entra la expropiación, se cancela no sólo el derecho del nudo propietario contra el que se había dirigido la expropiación sino también los del usufructuario o titulares de servidumbres e hipotecas, ajenos al expediente. Si «entra» la compraventa, «cae», además del derecho del vendedor, la prohibición de disponer que la impedía; si «entra» la división de un piso, «cae» el derecho de la Comunidad de Propietarios a prohibirla; o del Ayuntamiento o la Consejería de Agricultura, si la división fuese de una unidad mínima indivisible, urbana o rústica, etc., etc. En consecuencia, las decisiones sobre las peticiones de acceso al sistema inmobiliario registral son *indivisibles*:

i) Se inscribe el derecho a favor de uno, cuando se admite que pertenece a ese uno y no a otro; y, a la inversa, no se inscribe el derecho cuando se niega que pertenezca a ese uno y, por tanto, se reconoce que sigue siendo, porque no ha salido del patrimonio, de otro u otros.

ii) Se practica el asiento a favor de uno sólo si se concluye que no perjudica a otros ya extendidos, cuyos titulares no hayan autorizado el nuevo, o en tanto se comprueba que no pueda perjudicar a otros por extender.

Los intereses de todos ellos son defendidos por la calificación registral. Defiende la calificación, primero, a los titulares de derechos plenos y sus asientos respectivos, pero también defiende a todos aquellos que, aun careciendo de derechos plenos, tengan un interés legítimo en que se cumplan las reglas de juego civil e hipotecario para impedir que un asiento irregular les perjudique; bien directa pero eventualmente en el futuro (como puede pasar con futuros e indeterminados usuarios del servicio) ya indirecta, pero efectivamente, en el presente (como puede pasar con los causahabientes y acreedores de los titulares del derecho o asiento que ilegalmente se quiere extinguir o cancelar).

Como el riesgo de la correcta integración del contradictorio se cargaba exclusivamente a la parte demandante (recurrente), la tarea de decidir quiénes eran todos los posibles perjudicados por el asiento, cuya práctica se reclamaba, era delicada y difícil y sobre todo peligrosa: la sentencia trabajosamente ganada podía volverse inútil si a la hora de inscribirla la Administración entendía que no habían sido parte en el proceso todos los interesados y, por tanto, faltaba alguno de los perjudicados.

Una «pega» o dificultad que por lo demás podía reproducirse indefinidamente; aunque también obviarse con facilidad si se permitiese que la acción pudiese dirigirse contra la Administración y fuese obligación de ésta, o del Tribunal, llamar al proceso, a todos los posibles afectados por la sentencia como pasaba en el contencioso-administrativo (arts. 60 y 64 de la LJCA).

La legitimación pasiva de la Administración debía reconocerse además por otra razón. La Administración estaba sometida, desde la promulgación de la LJCA al Ordenamiento Jurídico, y por eso sus Resoluciones sujetas a control judicial. Ahora bien, el principio de audiencia impide que se juzgue a alguien (también a la Administración) sin darle oportunidad de defenderse por lo que, si se quería que el (viejo) recurso judicial sirviese para vigilar el sometimiento de la Administración Registral a la legalidad, era preciso que se obligase a la parte a dirigir también la demanda contra ella (23).

V. LA RECIENTE REFORMA: SU ALCANCE

16. *Origen de la reciente reforma.* Cuando los administrativistas se enfrentan al procedimiento registral, ya no reconocen sus particularidades y especialidades e interpretan la falta de fijación de plazo para recurrir las Resoluciones de la Dirección General como un caso de falta de recurso judicial y, por tanto, como un caso de exención del control jurisdiccional.

(23) La prohibición de demandar a la Administración Registral en el llamado «recurso civil» contra las calificaciones negativas, que viene de la RO de 1864, está ya reconocida en el artículo 57 del Reglamento Hipotecario, tal como queda redactado el 29-10-1870: *Independientemente de la expresada reclamación gubernativa, los interesados podrán acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez y consiguiente inscripción de las escrituras (...). En el juicio que con estos objetos se siga entre los interesados no será parte el Registrador (...).* Antes de 1864 la situación era la inversa. Decía el apartado tercero de la RO de 17-3-1864: *si a la publicación de esta real Orden se estuviesen siguiendo algún juicio entre los interesados y los Registradores sobre inscripción o cancelación a virtud de documentos calificados por éstos como defectuosos, los Registradores deberán renunciar a la defensa y acudir a los Regentes, sometiéndoles en forma de consulta el caso que haya dado lugar a la cuestión, y llevando a efecto la resolución de éstos o la Dirección General en su caso dictaren.* Cfr. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, 4.1 (Madrid, 1991), pág. 335.

No advierten que los plazos para impugnar los actos registrales, calificaciones e inscripciones y Resoluciones nunca fueron fugaces y perentorios, como sucedía con las decisiones de la Administración sobre derechos o intereses de naturaleza administrativa.

No había plazo para recurrir las Resoluciones registrales, no porque estuviesen exentas de control jurisdiccional sino porque, para poder ser revisadas y no devenir firmes, no precisaban ser impugnadas en pocos días. Muy al contrario, las decisiones registrales son impugnables ante la jurisdicción ordinaria mientras no hayan prescrito o se extingan los derechos materiales (civiles) de los que se puedan sentir perjudicados por ellas: no hay que olvidar nunca que el derecho al asiento es accesorio del derecho material que se publica o pretende publicar.

Es curioso observar cómo los administrativistas se resisten a ver que, en el procedimiento registral, regía el sistema de revisión que propugnaban como óptimo para la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, el recurso «gubernativo» siempre había sido facultativo [art. 66 *in fine* y 40.a) de la LH] y la Resolución recaída no cobraba fuerza preclusiva por lo que, permaneciendo completamente incólumes las defensas de los derechos e intereses afectados, era siempre posible hacerlas valer de nuevo, sin cortapisa alguna, en el proceso contencioso ulterior, el llamado «recurso judicial».

17. *La introducción del (nuevo) recurso judicial directo contra las Resoluciones de la Dirección General.* Siendo éste ya entonces el panorama doctrinal, la proclamación de la vigencia absoluta del principio de legalidad por la CE no hizo otra cosa que acentuar la presión sobre la conveniencia de reformar el sistema de controles de la Administración Registral.

La ausencia de plazo para recurrir las Resoluciones registrales, presupuesto de la no preclusión de las defensas de los derechos afectados y el carácter facultativo del recurso gubernativo, se presentaron como peligrosas particularidades que chocaban con los artículos 24, 103 y 106 de la CE. En realidad, como hemos visto, el viejo recurso judicial ya proporcionaba la tutela judicial que se echaba en falta y en cuanto al control de legalidad de la Administración Registral, bastaría para ejercerlo con una reforma que obligase siempre al «recurrente» a dirigir su demanda también contra ella para forzarla a constituirse en parte.

Las cosas, sin embargo, no fueron por ahí. No debe sorprender que primero la doctrina y luego los Tribunales se hiciesen eco de aquellas críticas desajustadas y por tanto que, finalmente, el legislador plantease otro recurso judicial de nueva planta contra las Resoluciones de la Dirección.

Su plazo de interposición se fija en dos meses, la competencia para su resolución se atribuye a la Jurisdicción Civil, se tramita como verbal, debe interponerse contra la Administración y serán parte además todos «cuantos aparezcan como interesados».

18. *Una primera duda: la eficacia preclusiva de las Resoluciones de la Dirección General no recurridas en plazo.* La Ley, siguiendo la planta del contencioso-administrativo, ha optado por la fórmula del «recurso» para articular la revisión judicial de las Resoluciones desestimatorias de la Dirección General, que, como todo recurso, «deberá» interponerse en *plazo*; por lo que parece que, si no se hace así, la Resolución inimpugnada devendrá firme e irrevocable, como pasa con las Resoluciones previas en todos los recursos judiciales, ya sean civiles ya contencioso-administrativos (cfr. arts. 207 y 448 de la nueva LEC y 28 de la LJCA).

La preclusión de todas las defensas ya fue reclamada por la sentencia de 22-5-2000 que anuló parte importante de la última reforma del Reglamento Hipotecario. Sostiene, en efecto, el Tribunal Supremo que la facultad que el Reglamento Hipotecario reconoce al Registrador para alegar nuevos motivos y por tanto mantener su negativa a inscribir a pesar de haberse estimado el recurso gubernativo genera indefensión.

Estamos, en efecto ante un dilema. Si se acepta que el Registrador carece de competencia para alegar nuevos defectos o motivos y no se quiere abdicar del principio que exige el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, no queda otro remedio que aceptar, so pena de incurrir en contradicción, que esos defectos o motivos de ilegalidad no pueden ser alegados porque han dejado de ser operativos: la Resolución recaída en el recurso gubernativo, devenida firme, los habría desactivado, como consecuencia de su eficacia preclusiva. En efecto, si los defectos o motivos de ilegalidad subsistiesen es obvio que la Administración no sólo no podría sino que estaría obligada a hacerlos valer y por tanto vinculada como está al principio de legalidad, imposibilitada para ejecutar la inscripción que se le pide (23 bis).

Ahora bien, de ser así las cosas, no dejaría de resultar curioso que la tan reclamada reforma del recurso gubernativo se consiguiese a costa de suprimir en Derecho Inmobiliario, Derecho Civil por excelencia, el uso

(23 bis) Es presupuesto, para la decisión de este punto, la aclaración previa de si el alcance de la eficacia preclusiva deriva de la resolución que no se impugna, o de la instancia que se deja de utilizar. Por lo demás, en el caso del procedimiento registral, en el recurso gubernativo, sólo se puede entender de los vicios y defectos observados por el Registrador («y no de cualesquiera otros no alegados en tiempo y forma»). La duda, ahora, está en si los que no se contienen en la nota de calificación, por este solo hecho, precluyen automáticamente, como exige la STS del 22-5-2000. No tan lejos va la Resolución de 15-6-2000, donde aflora, sin embargo una sensibilidad distinta a la tradicional, que todavía inspiraba las Resoluciones que se recogen en la nota 10. En conclusión, todo está a la espera de lo que se haga con el artículo 127 del Reglamento Hipotecario: «*Si (el Registrador no hubiese incluido en la calificación todos los motivos por los cuales procede la suspensión o denegación del asiento solicitado) y se (...) acordase su inscripción en recurso gubernativo correspondiente, podrá alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior (...)*».

de una fórmula que se propone como modélica en Derecho Administrativo, por cuanto recoge de forma ejemplar aquellos principios cuya vigencia se estima necesaria para dar protección adecuada a los derechos (sustantivos) de ciudadanos y particulares: recurso administrativo facultativo, desconocimiento del efecto preclusivo de las Resoluciones administrativas «consentidas» y, por tanto, reproducibilidad indefinida, mientras no se extinga el derecho material, de la pretensión desestimada (24).

19. *Una segunda duda: la fuerza de la sentencia.* Son factibles aquí varias opciones. Podemos, en primer lugar, inclinarnos por estimar que la sentencia que resulte del recurso carece de eficacia preclusiva.

En efecto, si se conviniese en limitar la base de la cognición del Juez a la del órgano calificador, como la de éste fue parcial, habría que convenir también en que sería sumario el juicio y, por tanto, sin fuerza de cosa juzgada la sentencia que en él se dicte. Ahora bien, tan limitada cognición quizá permita al Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de defectos observados y, por tanto, pronunciar sentencia declarativa, incluso con fuerza de definitiva, sobre la existencia de los motivos en que se fundó la calificación pero, desde luego, lo que no faculta al Tribunal es para (dictar) una constitutiva de anulación de la calificación: en efecto, el pronunciamiento que sobre este punto hiciese la sentencia sería provisional porque, por hipótesis, nada dice ni puede decir sobre aquellos motivos de suspensión o denegación que no han sido alegados ni sobre las pruebas no aportadas (25).

(24) «Es éste uno de los extremos más necesitados de reforma legal o de perfeccionamiento jurisprudencial en nuestro Derecho (Administrativo). Ha de afirmarse rotundamente el principio (...) indicado de prevalencia de los plazos de prescripción material de los derechos sobre los plazos impugnatorios referidos a las Resoluciones administrativas (...), principio que debe generalizarse sin reservas»: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., pág. 534 y sigs.

(25) No cabe duda sobre la desigualdad de trato que se crearía entre los justiciables sometidos a la Administración Registral y a la ordinaria. Hemos visto que la inscripción, por mor del principio causal, es debida al derecho material que existe; y procede (esa inscripción) sólo si éste (el derecho material) es prevalente frente a los contradictorios inscritos, no inscritos, o por inscribir. Ahora bien, como la cognición sumaria impide acreditar la existencia y preferencia del derecho material cuya inscripción se reclama, la sentencia no podrá pronunciarse sobre derecho de la parte a inscribir su título (la llamada inscribibilidad) sino sólo, como también hace la Dirección General, sobre la legalidad de los motivos incluidos en la calificación negativa realizada. En este caso el recurso no sería de plena jurisdicción, pero un recurso que no sea de plena jurisdicción ni sirve para ejercer el control de legalidad sobre la Administración que la CE encomienda a los jueces ni proporciona tutela efectiva. «Un proceso impugnatorio de actos administrativos» que «agote toda su funcionalidad en el examen de su legalidad con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria (...), un “proceso al acto”, concluye en lo que, entre nosotros, se llamó el carácter revisor; carácter que excluía cualquier otra función del proceso que no fuese controlar la legalidad “objetiva” del acto recurrido. (...) (Esta especie de) casación, en la que no se admit(an) la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en las instancias inferiores» ha sido definitivamente desmontada por «el artículo 24 de la CE

Ahora bien si no precluyen las defensas, nada impide que las no usadas (consistan éstas en nuevas pruebas o en alegaciones distintas no formuladas), porque siguen vivas, puedan seguir sosteniendo el pronunciamiento que hizo la Resolución administrativa.

En fin, bastaría con que el Registrador mantenga el mismo pronunciamiento (sobre todo si lo funda ahora en nuevas pruebas o distintos motivos) para hacer inútil la sentencia. Es más que dudoso que una eficacia declarativa de tan limitado alcance (a falta de la constitutiva de anulación), permita cumplir con el control de legalidad y la tutela efectiva de derechos e intereses que el constituyente exige (26).

Conviene insistir en que la sujeción de la Administración que controlan los Tribunales no es sólo a la Ley sino también al Derecho. Sin embargo un proceso sumario podría llevar a resultados tan pedestres como éstos.

La sentencia podría ratificar la denegación del asiento y, por tanto, absolver a la Administración de ilegalidad (en relación a las pruebas aportadas o motivos alegados), pero no podría obligarla a inscribir el derecho que realmente procede reconocer (a la vista de las alegaciones y pruebas omitidas). A la inversa, podría revocar la denegación (vistos los motivos que la fundamentan) pero impedir la inscripción (a la vista de los no hechos valer, pero que se deducen de los hechos probados).

En fin, y para terminar con este punto, conviene insistir en que nada dice el artículo 328 de la Ley Hipotecaria sobre el alcance de la cognición y, como nada dice, en principio, nada parece impedir tampoco la vigencia del régimen general de libertad de prueba. Es más, de apreciar lagunas en este punto, si hay identidad de razón con algún otro proceso, sería con el contencioso-administrativo en que rige ese principio.

que configura la actuación judicial (...), como una técnica de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos»: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, cit., pág. 621.

(26) Aunque podría «sostenerse que es concretamente el artículo 106 CE —no el art. 24.1 CE— el que obliga a establecer el acceso a la jurisdicción y que, además, el control de legalidad de las actuaciones administrativas puede estructurarse sin genuino derecho a la tutela judicial, se trataría de una interpretación sistemática del texto constitucional que vendría a entrañar, como bases herméuticas, dos que no parecen acertadas: la primera que, frente a la integración que se hace, por ejemplo, del artículo 24.1 con el 120.3, en lo tocante a la motivación, en cambio no procede integrar el artículo 24.1 CE, en cuanto a la fuerza vinculante para el legislador con ningún otro precepto constitucional que revele la necesidad de tutela jurisdiccional; la segunda, que el texto constitucional se concibió en una clave rupturista con el sistema jurídico español, de modo que, por ejemplo, se piensa en el control de legalidad de las actuaciones administrativas *sin relación con la defensa de derechos e intereses legítimos tal vez lesionados por una actuación ilegal*. (Esa) (...) clave rupturista no existe (...): (semejante) interpretación daría la espalda al hecho de que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela judicial en razón de los derechos e intereses legítimos. DE LA OLIVA en DE LA OLIVA, DIEZ PICAZO Y VEGAS, *Derecho Procesal. Introducción* (2002), pág. 445.

20. *La cosa juzgada en el juicio verbal: el efecto preclusivo de la sentencia recaída.* Según la nueva LEC, para que la sentencia del verbal no produzca eficacia de cosa juzgada, tendrá que disponerse expresamente tal exclusión en una Ley. En efecto, según el artículo 447 de la LEC, «la exclusión de eficacia de cosa juzgada en el juicio verbal requiere de cobertura legal expresa» (27). Por tanto, en principio, y puesto que el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria no dice nada, la sentencia que se dicte deberá tener eficacia de cosa juzgada.

Ahora bien, en la nueva Ley de Enjuiciamiento, «a los efectos de cosa juzgada, los hechos y fundamentos de derecho aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste». Comprenderá, en consecuencia, la preclusión civil, «no sólo todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que se alegaron o pudieron alegarse (...) sino también todos los posibles argumentos de hecho y de derecho que hubieran podido alegarse aunque fundamenten una pretensión distinta (...) (concurso propio de acciones)». Como dice la Exposición de Motivos de la nueva Ley, carece de «*justificación someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno sólo (...)*» (27 bis).

Es consecuente con este efecto, y el alcance que la LEC reconoce a la excepción de litispendencia, que la interposición del «viejo recurso judicial» no pueda suspender el «nuevo», como debería pasar si este último fuese sumario (art. 328 de la Ley Hipotecaria reformada); que puedan aportarse todas las pruebas admisibles en Derecho (ninguna limitación a la cognición del Tribunal resulta del art. 328 de la Ley Hipotecaria reformada, tal como

(27) CORDÓN, «Comentario al artículo 447», en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1 (2001), págs. 1520-1521. Es dudoso que, de ser ésta la eficacia de la sentencia, fuese acertada la elección del juicio verbal para tramitar el recurso. Si la decisión registral y su revisión posterior envuelve siempre una declaración sobre los derechos de propiedad (subyacentes), deberían haberse respetado las reglas generales de la LEC. No deja sin embargo de sorprender que algunos continúen defendiendo la idea de que un juicio «pequeño» sólo puede producir decisiones «pequeñas». Como si de un juicio de faltas no pudiesen resultar, al contrario de lo que pasa todos los días, indemnizaciones multimillonarias. Si hay contradicción y prueba libre y el proceso es, por tanto, plenario; estamos ante un juicio jurisdiccional y por tanto un juicio que produce todos sus efectos típicos. Por lo demás, en el Registro, se ventilan cuestiones importantes, pero también muchas veces, más que formales, formalistas y sobre derechos de escaso valor. Pensemos en la falta de una de las cifras del DNI, existencia de contradicción de apellidos, omisión de juicios notariales, mala descripción de las fincas, falta del recibo del catastro o incluso de la distribución de precio o la hipoteca, etc.

(27 bis) Sobre la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en las sentencias dictadas en los juicios civiles y la nueva regulación introducida por la LEC de este punto, cfr. TAPIA, *Comentario al artículo 400*, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, cit., pág. 1330 y sigs.

pasa, por cierto también, en el recurso contencioso-administrativo); y que se imponga al Tribunal el deber de emplazar a todos los interesados.

Respecto a este último punto, recuérdese que los pronunciamientos registrales son indivisibles, ya que, por razón de los principios de causalidad, accesoriadad, consentimiento material y publicidad excluyente, no es posible reconocer en firme el derecho formal al asiento sin, al mismo tiempo, reconocer la existencia y validez del derecho que se quiere inscribir y negar la de los contradictorios e incompatibles, inscritos o por inscribir, que se lo puedan impedir (28) y (29).

(28) En este caso, la sentencia tiene que hacer pronunciamientos diferentes pero indisolublemente vinculados sobre relaciones jurídicas distintas pero interdependientes. Por una parte y con carácter previo, sobre las sustantivas o civiles que implican a uno o incluso a varios derechos civiles concurrentes sobre un mismo inmueble; por otra y como lógica consecuencia, sobre la (relación jurídica) registral que, aunque subordinada a aquéllas, pues constituyen su antecedente lógico, concede o no el asiento, esto es, la pretensión ejercitada. De dictarse sentencia definitiva con la presencia sólo del peticionario insatisfecho (demandante voluntario) y la Administración, demandada por el actor, podrían resultar *perjudicados en forma directa* otros sujetos (los titulares de los derechos cancelados o postergados si la inscripción improcedente se consuma) y no sólo perjudicados por la sentencia como hecho (como les pasaría a sus acreedores) o por efectos reflejos (como les pasaría a sus causahabientes). Por tanto, la presencia de los titulares de derechos, en peligro de cancelación o postergación de practicarse el asiento solicitado, al contrario de la de sus acreedores o causahabientes, procede no por razón de utilidad sino de necesidad, a saber, es debida por razón del principio de defensa, no del de armonía o economía. Sobre la extensión de la cosa juzgada a los antecedentes lógicos necesarios, aunque planteándola desde el punto de vista inverso, cfr. artículo 222 de la LEC: *lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes sean los mismos (...)*. Habla la norma de antecedente *lógico*, no causal o histórico: por tanto procede aplicarla no sólo cuando la causa exija el efecto sino también cuando, lógicamente, el efecto exija la causa. «Resulta incuestionable que (...) en muchos casos, la condena o la absolución se apoyan, como fundamento lógicamente insoslayable, en la existencia y validez, o en la inexistencia o ineficacia jurídica, de una determinada relación jurídica o en la existencia o la inexistencia (...) de un derecho. Y ese ineludible fundamento no es el fruto de un enjuiciamiento *incidenter tantum* (incidentalmente) y a los efectos prejudiciales. Se trata de elementos imprescindibles, básicos o fundamentales para la decisión. (...). Y no se trata sólo ni principalmente de que, en virtud de una regla de preclusión, la ley no le permita posteriormente a este litigante impugnar la existencia, validez o eficacia (de la relación presupuesta) (...). Se trata antes —con una anterioridad temporal y lógica— de que la sentencia firme implica necesariamente tener por juzgada la existencia y eficacia del negocio jurídico o de un derecho subjetivo (...). De lo contrario, la idea institucional de la cosa juzgada quedaría por completo desvirtuada: el bis in idem y las sentencias contradictorias estarían al orden del día». Vid. DE LA OLIVA, en DE LA OLIVA y DIEZ PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (2001), pág. 511 y sigs.

(29) Pronunciamiento previo, es cierto, pero, además, parcial o limitado porque se ocupa sólo de algunos aspectos de los derechos civiles subyacentes: precisamente de aquéllos de los que depende la procedencia del asiento solicitado. Así, vg., para denegar el asiento de una escritura de obra nueva, otorgada exclusivamente por el propietario, será

En consecuencia, porque la sentencia dictada tiene eficacia de cosa juzgada y efecto preclusivo, deberá el Tribunal asegurarse de que «todos cuantos aparezcan como interesados en el mismo han sido emplazados para que puedan comparecer y personarse en los autos» (art. 328 de la Ley Hipotecaria reformada).

Para terminar, si todo ello fuese así, como en el contencioso-administrativo y en consonancia con la concreta pretensión de tutela fundada en una presunta lesión del derecho a inscribir, la sentencia debería tener no sólo eficacia declarativa sino también constitutiva y de condena: será declarativa de la legalidad o ilegalidad, pero además, en su caso, constitutiva de anulación del acto (la calificación negativa) y de condena a la adopción de las medidas necesarias para hacer efectiva la inscripción del derecho cuyo asiento se negó (ejercicio de plena jurisdicción).

21. *El paralelo con el contencioso-administrativo.* No parece en efecto que, a la hora de articular el control de legalidad sobre la Administración por los Tribunales puedan adoptarse soluciones distintas según cuáles sean las Administraciones implicadas.

Y no se diga que las inscripciones y calificaciones registrales no son rigurosos actos administrativos sino actos de la Administración no sujetos al Derecho Administrativo: la CE no distingue entre unos y otros (arts. 103 y 106 CE).

Si a pesar de no distinguirlos, se insiste en no trasladar la planta del contencioso-administrativo al control judicial de los actos registrales, muchas y graves serían las diferencias en el tratamiento de los justiciables en uno y otro caso; diferencia que no puede mantenerse sin razones de peso.

22. *La función, en este esquema, del viejo recurso judicial.* La interpretación del nuevo recurso judicial directo, como un recurso de plena jurisdicción, reduciría el papel pero no haría perder toda utilidad a la segunda vía que la legislación vigente mantiene para conseguir de los jueces la inscripción que se reclama y la Administración niega.

En el juicio (que hemos llamado «viejo recurso judicial») prevenido en el artículo 66, penúltimo párrafo de la Ley Hipotecaria, como es sabido, no se

suficiente con pronunciarse sobre si existe una carga real impositiva del *ius edificandi*, y poco importa de qué naturaleza sea (derecho de superficie, servidumbre de paso o de luces y vistas). Por la misma razón, para impedir la cancelación de la hipoteca, poco importa su cuantía o plazo, sino que basta con que no se haya abonado al vendedor el precio retenido o descontado, etc. Estamos, por tanto, ante pronunciamientos previos que, sólo en los concretos aspectos enjuiciados, tienen efecto prejudicial sobre pleito posterior. «Es sabido que (la función positiva o prejudicial) no entra en juego cuando se da la identidad total de objeto (que es precisa para apreciar la función negativa o excluyente), pero se requiere siempre la existencia de *conexión* o conexidad entre el objeto de un (posterior) proceso y el objeto de la cosa juzgada derivada de la sentencia firme que puso fin a un proceso anterior. (...) Lo decidido en el primer proceso debe ser idéntico a parte de lo que habría de decidirse en el segundo (...). Entre la *res iudicanda* y la *res iudicata* hay una identidad parcial». Cmpr. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada* (1991), págs. 104 y 105.

impugna directamente la decisión de la Administración Registral sino que la condición de partes se reserva exclusivamente a los interesados cuando «ventilan entre sí» la nulidad o validez de los títulos exclusivamente.

Procederá, por tanto, el nuevo recurso judicial cuando el solicitante insista en que su pretensión no afecta o perjudica a terceros, por lo que su derecho y el título que la fundamenta cumplen con todos los requisitos legales y, por tanto, la negativa de la Administración carece de fundamento.

Servirá, en cambio, el «viejo» recurso judicial del artículo 66 *in fine* cuando el pretendiente del asiento exija el reconocimiento de la validez o eficacia de su título a la contraparte o a terceros porque éstos le niegan su concurso, debido o prometido, pero en cualquier caso necesario, para integrar el indicado título, sanarlo o convalidarlo a fin de proceder a su inscripción (así, v.g., cuando se le niegan la ratificación del *dominus* o del mismo poderdante, la elevación a forma pública de los documentos privados, la entrega de certificaciones indispensables de órganos administrativos, societarios o comunidades de propietarios, etc.).

En definitiva, seguirá sirviendo el «viejo» recurso cuando hay contención declarada entre las partes porque el concurso de una de ellas es necesario para proceder al asiento (suspendido o denegado) del título defectuoso.

En conclusión, *en un caso, porque se discrepa de la calificación, la pretensión de condena se dirige contra la Administración; en otro, porque se acepta (la calificación), (la pretensión de condena) se dirige contra la (contra) parte.*

23. *Conclusiones.* En fin, es dudoso si, como parece obligado por analogía con lo dispuesto en el artículo 28 de la LJCA, debe extenderse la doctrina del «acto consentido» a las Resoluciones desestimatorias de la Dirección que no se impugnen ante el Juez en plazo y, de ser así, si la vieja fórmula que excepcionaba los actos registrales del régimen de preclusión propia de los actos administrativos típicos no proporcionaba una tutela más efectiva a los derechos de los ciudadanos.

Es también dudoso si el proceso que articula el nuevo recurso judicial es sumario o plenario. Si fuese sumario, aparte de que no se sabe muy bien cuál sería la utilidad de la reforma, su novedad se reduciría a la prohibición de acudir (?), iniciado el recurso gubernativo y, en todo caso, interpuesto el «nuevo» recurso judicial al «viejo» recurso tradicional, que, en el sistema antiguo, estaba siempre abierto. Si fuese plenario, la sentencia firme con que termina el verbal, en efecto, porque tendría eficacia de cosa juzgada, consumiría la tutela efectiva del derecho a inscribir, que reclama el demandante, al tiempo que ejercería, sobre la Administración Registral, el control de legalidad que exige la Constitución (arts. 24 y 106 de la CE).

Más sobre los recursos contra las calificaciones registrales. Una referencia a la responsabilidad

SUMARIO: I. ACTUALIDAD DEL TEMA.—II. EL RECURSO GUBERNATIVO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL.—III. RECURSO JURISDICCIONAL ANTE EL ORDEN CIVIL.—IV. ARTICULACIÓN CONCRETA DE ESE RECURSO JURISDICCIONAL.—V.- ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO.—VI. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.—VII. ESA RESPONSABILIDAD A LA VISTA DE LA ÚLTIMA NORMATIVA ADMINISTRATIVA.—VIII. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA PROMOVER EL RECURSO JURISDICCIONAL.—IX. EL LITIGIO PLENARIO ENTRE LOS PARTICULARES.

I. ACTUALIDAD DEL TEMA

La materia del recurso gubernativo y sus incidencias posteriores estaba clamando por una modificación legal. La reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/98 no era el cauce adecuado. Su anulación por la Sala Tercera del TS lo demuestra sobradamente.

En las jornadas que la Dirección del Servicio Jurídico del Estado organizó en el año 2001 sobre la seguridad jurídica precontenciosa, el que suscribe presentó comunicación sobre la forma en que entendía debían quedar los recursos contra las calificaciones registrales negativas. Aún no se han publicado los trabajos de esas jornadas, pero a fines de ese año 2001, y esta vez por vía legal, se modificó la Ley Hipotecaria en ese tema del recurso gubernativo y trámites judiciales posteriores. Desde luego no en la línea que poco antes había defendido el que esto escribe.

Por eso en 16-XII-2002 y ante la Academia Sevillana del Notariado hice una exposición crítica del nuevo sistema instaurado por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos para el 2002 y que ya contaba con experiencias

prácticas. Tampoco se ha publicado aún el volumen que recogiera tal intervención.

En cambio, por la siguiente Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de XII de 2002 se modificó el sistema instaurado un año antes, para permitir que el Registrador pudiera recurrir por vía judicial la Resolución de la Dirección General que hubiera revocado su calificación.

La materia, que ya venía siendo seguida de cerca por la doctrina, ha concitado últimamente importantes aportaciones. Así en la *RCDI*, el número 676, correspondiente a III y IV del año 2003, publica una aguda aportación de CELESTINO PARDO sobre el control judicial de la legalidad registral y tutela efectiva del derecho a inscribir. A su vez en la *RAP*, el número 160, de I a IV de 2003, inserta el trabajo de CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sobre el actual recurso gubernativo en el sistema registral español. Y está reciente la aparición del tercer tomo del *Derecho Inmobiliario Registral* de JOSÉ MANUEL GARCÍA donde, en sede del principio de legalidad, se estudia a fondo el tema de los recursos frente a las calificaciones registrales.

La cita de aportaciones podría alargarse desmesuradamente porque el tema está cobrando rabiosa actualidad. Pero el objeto de estas líneas no es recapitular todas esas opiniones, sino presentar en forma conclusiva las propias. Será en la línea de lo que expusimos en 2001 y 2002, y con plena libertad para pronunciarnos críticamente frente a la solución legalmente adoptada y sus últimas modificaciones. Al hilo de nuestra opinión podrán apreciarse las coincidencias o discrepancias con lo que otros autores han mantenido al respecto.

II. EL RECURSO GUBERNATIVO ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL

Sobre el recurso gubernativo propiamente dicho, esto es, el que se da ante una calificación negativa y del que entiende la Dirección General, la opinión es claramente positiva. El que se haya eliminado la primera instancia ante el Presidente del TSJ tiene consecuencias claramente beneficiosas en cuanto a celeridad del procedimiento y coherencia del sistema. La reducción del plazo para recurrir es igualmente correcta.

En cambio pensamos que ese recurso gubernativo debió conservarse para las regiones que tienen derecho foral o administrativo propio. Primero, porque en muchos de esos recursos se ventilan cuestiones propiamente registrales y de principios hipotecarios, donde el criterio y parecer de ese centro directivo es sumamente valioso.

En segundo lugar porque ese conocimiento general de la Dirección General es el que permite mantener y conservar una doctrina hipotecaria que siempre ha tenido extraordinaria relevancia. Al menos en la vía gubernativa se preservaba la unidad.

En tercer término, el que ese centro directivo sea de carácter estatal no impide que pueda pronunciarse sobre un ordenamiento especial o foral, que también forma parte del total del Estado. Piénsese que la inicial calificación la efectúa un funcionario, el Registrador, que desempeña una función encomendada por el Estado.

Y no podía ser menos cuando la Constitución Española, al enumerar en el artículo 149 las competencias exclusivas del Estado, incluye entre éstas la ordenación de los Registros Públicos, de los cuales el de la Propiedad es el paradigma.

Finalmente, eso mismo es lo que ocurre con los órganos jurisdiccionales. La única jurisdicción es estatal y sin embargo los tribunales y juzgados radicados en el territorio de derecho foral son los que se pronuncian sobre la aplicación e interpretación de éste. Y en apelación lo hacen las Audiencias Provinciales que forman parte de esa única jurisdicción.

Otra cosa es que, tratándose de esos ordenamientos forales, la última palabra la tenga el TSJ de esa Comunidad. Pero el que a éste se reserve la final decisión no impide que antes se hayan pronunciado sobre el tema los órganos a que por su competencia corresponda. Y entre ellos el centro directivo especializado en la materia registral.

III. RECURSO JURISDICCIONAL ANTE EL ORDEN CIVIL

La Resolución de la Dirección General debe consentir un posterior recurso jurisdiccional, pues así lo exige el principio de tutela judicial y el de sometimiento de la Administración al derecho. Y defendemos que de ese recurso debe entender siempre el orden jurisdiccional civil. Porque la materia hipotecaria o registral es como una ampliación del derecho común; y su objeto, la propiedad y los derechos reales, es típicamente civil. Se excluye, pues, el recurso contencioso-administrativo.

Y ello con independencia de que las cuestiones que se planteen en ese recurso jurisdiccional sean de fondo o de forma o procedimiento. No cabe separarlas artificiosamente; y el órgano jurisdiccional competente estará perfectamente capacitado para resolver las unas y las otras por su orden. En última instancia, la jurisdicción es única.

El conocimiento del orden civil es también con independencia de que en el recurso hayan podido tocarse cuestiones relacionadas con el Derecho administrativo o con el ordenamiento laboral. En último extremo incidirán en materia hipotecaria o registral y con afectación a la propiedad y demás derechos reales.

Ahora bien, para esos casos en que en el recurso se debatan materias conexas con el Derecho público o laboral, parece oportuno que en el tribunal

decisor se integre algún magistrado especializado en esos órdenes, para que así el asunto pueda resolverse con las mayores garantías de acierto. Al fin y al cabo, una composición mixta de las salas de justicia no es algo insólito en nuestro Derecho, sino por el contrario algo normal cuando se trata de deslindar órdenes jurisdiccionales.

En ese recurso jurisdiccional la Resolución de la Dirección General habrá de ser defendida (salvo caso excepcional) por el Abogado del Estado. Esto en realidad es una obviedad y viene exigido por la propia LOPJ. Si el centro directivo forma parte de la Administración, es claro que su decisión la defiende quien es el defensor nato de aquélla. El TS así lo ha confirmado.

Lo cual no quiere decir que el representante del Estado usurpe la defensa de particulares o impida la que éstos quieran hacer. Porque en materia registral, como en tantas otras, en realidad la Administración interviene más que en defensa de los intereses propios, en tutela del interés general; y muchas veces en funciones que vienen a ser como arbitrales respecto a los intereses contrapuestos de particulares. Toda la materia de la propiedad industrial es un caso típico de ello.

En esos supuestos defender el acuerdo de la Administración puede significar también proteger el interés del particular beneficiado. Pero aquella Resolución hubo de inspirarse en la búsqueda de la utilidad general; y por supuesto el que la defiende el representante nato de la Administración no impide que el particular afectado pueda comparecer también para esa defensa, como coadyuvante o aun con una plena intervención procesal.

Si para el recurso gubernativo el párrafo añadido al artículo 327 de la LH en XII de 2002 establece que el Registrador lo trasladará a los titulares que pudieran resultar perjudicados por la Resolución a dictarse en su día, parece lógico que, también conforme al párrafo añadido al artículo 328 en 2002, cuando se trata del recurso jurisdiccional esos interesados puedan no sólo interponerlo, sino también comparecer como afectados en el procedimiento.

En este caso, la notificación o emplazamiento habría de realizarla la Dirección General cuando conozca que se ha interpuesto dicho recurso ante los tribunales. Y ello con independencia de enviar a éstos el expediente tramitado. También el tribunal podrá acordar alguno de esos emplazamientos cuando por cualquier circunstancia hubiera sido omitido. Es lo que hoy establece el artículo 328, apartado 3, de la LH, pero referido al juez de primera instancia y al juicio verbal.

IV. ARTICULACIÓN CONCRETA DE ESE RECURSO JURISDICCIONAL

Hasta ahora se ha hablado de recurso ante el orden jurisdiccional civil. Pero es hora de concretar la propuesta. Y la que se formuló a mediados de 2001 y la que se reitera ahora es que de ese recurso debía conocer la Sala de lo Civil del TSJ. Si sus presidentes ya habían tenido estrecha relación con el recurso gubernativo, ahora, cuando la intervención sería no antes de la Dirección General sino después y para revisar lo hecho por ella, resultaba lógico que fuera la Sala y no sólo su Presidente quien actuara.

Anteriormente se había dicho que para aquellos casos de materias mixtas, un magistrado de esa Sala podía ser sustituido por otro de la correspondiente del orden contencioso-administrativo o del social. Pues todas esas Salas existen en el TSJ. Además, con esta fórmula que proponemos se establecería una fundamental igualdad de régimen entre las regiones de Derecho Foral y las de Derecho Común. En efecto, en todos los territorios habría una instancia gubernativa de la Dirección General y otra jurisdiccional ante el TSJ. Piénsese que hoy, con la reforma de la LH por la Ley de XII de 2001, en las regiones de Derecho Foral sólo existe la instancia jurisdiccional al TSJ; y en cambio, en las de Derecho Común una gubernativa ante la Dirección General y luego el juicio verbal civil que podría alcanzar hasta tres instancias o grados. La desigualdad es verdaderamente irritante.

El recurso jurisdiccional que se ha propuesto ante el TSJ habría de ser esencialmente rápido. El plazo de interposición hoy previsto para el juicio verbal de dos meses parece razonable. Después su tramitación sería sumaria. Formalizado el recurso y hechos los emplazamientos y envío del expediente al tribunal, bastaría con las alegaciones de aquéllos que hubieran comparecido y la contestación escrita al recurso por parte del Abogado del Estado. Todo ello podía quedar concluido en breve plazo.

Como decía con acierto el Magistrado VALLS GOMBAU, en trabajo publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, número 82, de I y II del 99, el tráfico inmobiliario y más el mercantil no puede dejarse a un «tempo» dilatado que disuada a los litigantes y convierta la impugnación en un medio carente de contenido efectivo, que es lo que hoy ocurre con una instancia gubernativa y hasta tres posibles jurisdiccionales en las regiones de Derecho común.

El mismo autor se inclina por el carácter sumario de la impugnación. Además los medios probatorios se restringirían a los contenidos en el expediente tramitado y los que para mejor proveer pudiera acordar el tribunal, si tienen conexión con la Resolución que fue recurrida.

En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ PEGO, en el tomo VII, volumen 5 de los Comentarios al Código Civil dirigidos por ALBADALEJO y al

tratar del artículo 66 de la LH. El limitado ámbito objetivo de la impugnación ha de ser el mismo que el del recurso gubernativo del que proviene directamente, y por tanto el mismo que el de la propia calificación registral. Por ello, la sentencia recaída en esa impugnación no produce cosa juzgada en el proceso sobre la validez o nulidad del título.

Ya para el recurso gubernativo, el actual artículo 326 de la LH prescribe que el mismo debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación registral, rechazándose las pretensiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. En realidad, si el jurisdiccional es también un recurso y rápido, debía tener esas limitaciones.

Porque además esa vía del recurso jurisdiccional es independiente del juicio declarativo que las partes pueden entablar entre sí sobre la validez o nulidad del título. Previsto ese juicio como única solución en la LH de 1861, la de 1869 lo articuló como independiente del recurso gubernativo y le dedicó el artículo 66 que, prácticamente sin modificación, ha llegado a la LH vigente.

En el recurso jurisdiccional que hemos propugnado ante la Sala de lo Civil del TSJ, la Resolución recurrida la defenderá el representante procesal habitual de la Administración. No parece que sea necesario en ningún caso la presencia procesal del Registrador que calificó.

Si la Dirección General revocó su calificación y ello es recurrido, lo normal es que el recurrente vaya en la misma línea que en su momento se sostuvo al calificar. Y si la Dirección General la confirmó, el defensor de la Administración ratificará con su defensa ese criterio, que es el mismo que en su día mantuvo el Registrador.

No obstante, en trabajo recientemente publicado, se ha transcrito jurisprudencia menor que permitía la entrada del funcionario calificador en el actual juicio verbal civil (que es el que vendría a ser sustituido por ese recurso al TSJ). En definitiva, ya VALLS adelantaba que esa presencia podría ser como coadyuvante. Y de alegarse algún interés del Registrador en la comparecencia, tampoco se vería inconveniente en aceptarla, pues esa legitimación por interés cada día se ha ampliado más. Esto supondría empero, un cambio en lo que era postura tradicional de la legislación hipotecaria.

Supuesto que del recurso jurisdiccional conocieran las Salas de lo Civil de los TSJ, la unidad de jurisprudencia no sería posible; a pesar de tratarse sobre la inscribibilidad o no de los títulos y de la problemática propia de los principios hipotecarios. Por ello VALLS, en aquel trabajo de 1999, propugnaba un recurso de casación en interés de ley ante la Sala Primera del TS.

Lo recogimos también en nuestra comunicación a las jornadas de 2001. Entendíamos que ese recurso habría de formularlo el Abogado del Estado cuando lo estimara oportuno el Ministerio, a instancias de la Dirección Ge-

neral. En definitiva sería una salvaguarda de la doctrina registral o hipotecaria; y nunca se daría para las materias de Derecho Foral o privativo de una comunidad, en las que el TSJ tiene la última palabra.

V. ADMISIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

Frente al criterio aquí defendido, algún autor, en concreto el citado al principio CELESTINO PARDO, se ha pronunciado abiertamente en contra de cualquier proceso o recurso sumario, al entender que no proporcionan una efectiva tutela judicial, ya que ésta sólo puede conseguirse a través del proceso plenario que produzca eficazmente la cosa juzgada.

Frente a ello sólo cabe decir que la nueva LEC contiene numerosos casos de tutela judicial sumaria (sobre todo en el art. 250 al tratar del juicio verbal), muchos de los cuales tienen una antiquísima y fructífera tradición. Es más, en materia típicamente hipotecaria, el actual artículo 698 de la LEC, sobre reclamaciones ante la ejecución de bienes hipotecados, no puede ser más expresivo. Pues, conforme a su apartado 1, cualquier reclamación... no comprendida en los artículos anteriores, se ventilará en el juicio que corresponda, sin entorpecer el procedimiento; y ello aunque versen sobre la nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, cuantía o extinción de la deuda.

Por supuesto, la validez de estos procesos sumarios ha sido ratificada por nuestro Tribunal Constitucional, siempre que al interesado le quepa acudir a un proceso plenario donde debatir lo que no había tenido encaje en el procedimiento especial.

Supuesto ello, la admisión del sumario es un problema de política legislativa. Y cuando se está debatiendo una calificación registral y la posibilidad de que un título acceda al Registro de la Propiedad o al Registro Mercantil, parece preferible que esa cuestión pueda decidirse en términos y plazos razonables y con garantías también suficientes, y no que el debatir aquello suponga seguir una vía judicial plenaria con varias instancias y una duración que puede ser desmesurada. Sobre todo cuando, como última garantía, a los interesados queda siempre ese juicio plenario donde contender entre ellos con toda amplitud.

Frente a esa duración desmesurada, que es la que se desprende de la legislación hoy vigente, habría que ver si el sistema que hemos propuesto no resolvería el problema razonablemente bien, en la inmensa mayoría de los casos y con evidente celeridad. Porque cuando estaba vigente el anterior régimen del recurso gubernativo (primero ante el Presidente del TSJ y después a la Dirección General), puede afirmarse que los procesos plenarios que posteriormente se siguieron sobre la misma materia fueron ciertamente escasísimos. Ahí están las colecciones de jurisprudencia. Y con la fórmula

aquí propuesta aun las garantías serían mayores, porque tras la Dirección General es una Sala del TSJ la que se pronuncia en revisión de lo por aquélla decidido.

Como se ha aludido antes al proceso de ejecución de hipotecas, sí procede una disgresión sobre un extremo del mismo que guarda relación con el artículo 698 de la LEC, antes mencionado.

En aquel procedimiento los artículos 133 y 134 de la LH, a los que ha dado nueva redacción la LEC vigente, regulan el testimonio de la adjudicación al rematante y el mandamiento de cancelación de cargas. En vista de éste se cancelará la hipoteca que fue a la ejecución y todas las cargas, gravámenes... posteriores a ellas, sin excepción. Esto es algo normal y tradicional en nuestro Derecho.

Pero la innovación está en el también reformado artículo 131 de la LH. «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas».

Con ello queda sin efecto la virtualidad de una anotación de demanda, que era mantener una situación inalterable desde que se practica hasta que recae la sentencia, para que así ésta pueda tener plena efectividad. Ello no ocurre en ese artículo 131, aunque se declarara la nulidad de la hipoteca por triunfar la demanda anotada.

Con razón FERNÁNDEZ BALLESTEROS, en su obra sobre la ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva LEC, entiende que esa restricción excesiva del artículo 698 va contra lo que sería razonable. Porque cabe una injusta ejecución y que el deudor no pueda impedir que se subaste indebidamente una finca por una obligación que no existe. Con el agravante de que se cancela la anotación de demanda.

Con todo, la indefensión no es absoluta. Porque el apartado 2 de aquel artículo 698 permite que, al formular la reclamación en el juicio que corresponda, podrá solicitarse asegurar la efectividad de la futura sentencia mediante retención de la cantidad que hubiera de entregarse al acreedor. Lo que no podrá dejarse sin efecto es la enajenación de la finca, a pesar de la posibilidad de nulidad de la hipoteca.

Ahora bien, esta durísima especialidad viene impuesta por la protección singular que en nuestro derecho merece la garantía hipotecaria. Pero para todos los demás supuestos la anotación preventiva de demanda podrá cumplir la finalidad de garantía que le es propia y que está al servicio de la tutela judicial efectiva.

VI. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

Los autores que defienden a ultranza la presencia del Registrador en los recursos y procesos judiciales posteriores a su calificación basan esa postura en la posible responsabilidad que a aquel funcionario pudiera sobrevenir por su defectuosa calificación, y en que la intervención en aquellos procesos es una forma adecuada para impedir que surja tal responsabilidad.

Esto nos lleva a una consideración sobre ese tema del cuándo sea responsable quien calificó; tema que tiene su importancia y precisamente por ello se anunciaba en el mismo título de este trabajo.

La materia de la responsabilidad, que prácticamente no ha sufrido variaciones desde la primera Ley Hipotecaria, aparece hoy regulada en el artículo 296 de la vigente de 1946. Según el mismo, los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen:

«1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro.

2.º Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.

3.º Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente.

4.º Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal sin el título y los requisitos que exige esta Ley.

5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado por esta Ley».

Basta ver el precepto para apreciar que no se decreta responsabilidad del funcionario por suspender o denegar una inscripción o asiento, si entiende que existe defecto que lo impone. Y precisamente esa calificación negativa es la única que puede ser objeto del recurso gubernativo y de su posterior impugnación judicial.

Aclara aún más la cuestión el siguiente artículo 297: «Los errores, inexactitudes u omisiones expresadas en el artículo anterior no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción, anotación o cancelación».

Sobre tal precepto alguna observación. En primer lugar, que el mismo establece una causa de exención a la responsabilidad prevista en el artículo anterior (que el error tenga su origen en el título y no sea de carácter notorio), pero no un nuevo supuesto (que sería el sexto) a que anudar aquella responsabilidad. Y en segundo término, es significativo que ese error o defecto se

predique del título «inscrito»; y es que, cual antes se dijo, no está prevista responsabilidad por denegar fundadamente la inscripción.

Esta opinión ha sido la defendida por la tradicional doctrina hipotecaria. Para BARRACHINA PASTOR el artículo transcrito arriba no establece responsabilidad por calificar malamente el título objeto de inscripción. Porque ese funcionario no es infalible. El error de concepto lo puede padecer hasta la mentalidad más privilegiada. Si se exigiera responsabilidad por la apreciación jurídica se cometería una gran iniquidad. Recuerda que las contradicciones o rectificaciones se pueden encontrar en las Resoluciones de la Dirección General y hasta en las sentencias del TS.

El clásico MORELL Y TERRY mantiene la misma opinión. Al tratar de los recursos frente a la calificación registral recuerda que el Título XII de la Ley, que se ocupa de la responsabilidad de los Registradores, no comprende el caso de que por la denegación de (la inscripción de) un título, se irroguen perjuicios a los interesados. Por supuesto que al alcance del particular estaba el recurso gubernativo frente a tal denegación.

Pero es al comentar el artículo 313 de la Ley (el que ahora es el 296), cuando se pronuncia más contundentemente. Si el Registrador no inscribe o anota, por estimar que existen defectos derivados del título o del Registro, no incurre nunca en responsabilidad. La razón está en que los interesados pueden evitarse todo daño y perjuicio, haciendo uso de los medios legales que se les conceden para enmendar la calificación.

Sólo exceptúa el caso de que se tratase de una negativa enteramente caprichosa y sin expresión de los motivos, que equivaldría a no inscribir, ni suspender ni denegar oficialmente, dentro de los términos legales.

Algo más proclive a la responsabilidad en ese caso es CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, cuando entiende que aquélla podría derivarse de la calificación negativa del Registrador si la misma es debida a una ignorancia inexcusable.

Pero para ello sería necesario que el interesado no hubiera dejado firme la calificación denegatoria; pues lo que no tiene sentido es conformarse con ella (al no interponer el recurso gubernativo) y al mismo tiempo reclamarle daños y perjuicios en la vía judicial.

VII. ESA RESPONSABILIDAD A LA VISTA DE LA ÚLTIMA NORMATIVA ADMINISTRATIVA

Tras exponer esa doctrina tradicional, con la que sustancialmente estamos de acuerdo, podría pensarse que la misma es restrictiva en cuanto a los supuestos de responsabilidad del Registrador y que se aparta de esa tendencia moderna de proteger cada vez con mayor eficacia a quien hubiera sido perjudicado. Y aún más tras que la Constitución Española haya proclamado

como principio general el de la responsabilidad y en su artículo 106, apartado 2, establezca que los particulares sean indemnizados por las lesiones que sufran y que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Porque parece claro que el Registro de la Propiedad o el Mercantil son verdaderos servicios públicos, como ya destacara LÓPEZ MEDEL.

Ese principio de responsabilidad de la Administración está recogido en la Ley 30/92 en el artículo 139. Se establece aquélla siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En ambos casos hay deber de indemnizar; y se está ante una responsabilidad prácticamente objetiva, puesto que sólo se exceptúa el caso de fuerza mayor.

Ahora bien, si esa es la tendencia en cuanto a la Administración, no puede decirse lo mismo respecto a la responsabilidad de los funcionarios. En esto segundo la reciente evolución ha sido enormemente significativa.

Así en la Ley 30/92, redacción inicial, el artículo 145, apartado 1, prescribía que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Era pues responsable la Administración.

Pero luego el artículo 146, dentro de ese capítulo sobre responsabilidad del personal, y con la rúbrica de responsabilidad civil y penal, establecía que esa responsabilidad de ambas clases «del personal al servicio de las Administraciones Públicas, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

El que esto escribe, en la obra colectiva editada por el Ministerio de Justicia con los estudios y comentarios sobre la Ley 30 del 92 (Madrid, 1993), indicaba que, ante el silencio de la nueva ley, la única respuesta es que continuaba vigente la Ley de Maura de 1904 y su Reglamento. Lo cual suponía, claro es, que el funcionario había de responder frente al particular perjudicado que lo demandara.

Pues bien, en ese panorama incide abiertamente la reforma que por Ley 4/1999, de 13 de enero, se introduce en la anterior Ley 30/92. Ya lo dice el apartado VI de la Exposición de Motivos de la ley reformadora. «Desaparece del artículo 146 toda mención a su responsabilidad civil (de las autoridades y personal de la Administración) por los daños producidos en el desempeño del servicio». «Y en concordancia con ello, en la Disposición Derogatoria se derogan la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23-IX-1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos». Lo que indica que estaban vigentes.

Aparte esa derogación, el artículo 146 de la Ley en su rúbrica ya no se refiere a la responsabilidad de los funcionarios, sino sólo a la de tipo penal. Así el apartado 1 dice ahora que «la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil

derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

Se ha cerrado pues el ciclo. Ahora el particular perjudicado por esa conducta de los funcionarios en el desempeño del servicio público, a quien ha de reclamar es a la Administración; y directamente como sigue diciendo el apartado 1 del artículo 145 de la Ley 30/92.

Podríamos decir que se ha buscado la máxima protección para el particular perjudicado, pero también la defensa bastante acentuada del funcionario o personal al servicio de la Administración. Y la pregunta surge: ¿es que el caso de los Registradores constituye una brillante excepción a lo segundo?

Porque eso ocurriría si, por una tendencia de proteger al máximo al usuario de los Registros Públicos, los supuestos en que el Registrador era personal y civilmente responsable, no sólo se conservaran desde su antigua proclamación en la LH, sino que se ampliaran para cubrir cualquier error, inexactitud o negligencia.

Y se trataría de verdadera excepción al régimen general indicado, porque el artículo 274 de la vigente LH establece en su apartado 2, que los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales. Aparte, el tratamiento de Señoría en los actos de oficio. Sería una excepción bien perjudicial.

Es cierto que los Registradores califican bajo su responsabilidad, como claramente acuerda el fundamental artículo 18 de la LH. Y lo hacen con plena independencia. Pero su responsabilidad civil es la que concreta la LH en el artículo 296, que ya se ha transcrito. Y vimos que no alcanzaba al caso de suspender o denegar la inscripción de algún título o documento.

Cuando el que un funcionario responda personalmente frente a tercero de su actuación es prácticamente una excepción al régimen general de aquéllos, lo que no cabe es aplicar una interpretación extensiva y casi analógica a los supuestos de la responsabilidad de los Registradores, la cual viene determinada por el artículo 296 de la LH, mientras que por norma legal posterior no sea modificado.

Es más, en artículo del que esto escribe publicado en la *RCDI*, número 620, de I y II de 1994, sobre la anotación preventiva de embargo, se indicaba que en nuestro sistema registral, a pesar de ser avanzado, pueden a veces producirse fallos que lo son del propio sistema y que sin embargo cabe que produzcan daños a particulares. Pues bien, para ese caso decíamos que se podría pedir la responsabilidad patrimonial del Estado, que es quien mantiene la institución registral como servicio público.

Algo parecido podría mantenerse para aquellos supuestos en que, sin ser procedente la responsabilidad del Registrador, con arreglo a la normativa hipotecaria, se hubiera causado algún perjuicio al usuario de ese sistema registral.

Se cierra esta larga disgresión sobre responsabilidad. Si hicimos mención de ella es porque los varios autores que propugnan una decidida intervención del Registrador en los recursos judiciales relativos a su calificación se basan en la necesidad de defenderse frente a una posible responsabilidad que más adelante se les pudiera exigir. Ya hemos visto que ello rara vez ocurre y que cuando la ley establece aquélla es para otros supuestos distintos.

VIII. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL REGISTRADOR PARA PROMOVER EL RECURSO JURISDICCIONAL

A la vista de lo anterior, puede anticiparse nuestra crítica negativa a la reforma introducida en el artículo 328 de la LH por la Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos de 2003, y que permite que el Registrador pueda impugnar en proceso civil la Resolución de la Dirección General que hubiera revocado su calificación negativa.

Antes de esa reforma, SÁNCHEZ PEGO, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por ALBADALEJO y en el tomo VII, volumen 5, al estudiar el artículo 66 de la LH, se mostraba contrario a tal posibilidad. Y no por aplicación del artículo 132 del Reglamento Hipotecario (que se refiere al litigio entre los interesados para contender sobre la validez o nulidad del título), sino porque, tras un recurso gubernativo, que se resuelve con arreglo a un criterio formal jerárquico, el Registrador no puede sostener procesalmente una posición contraria a la del órgano directivo. La única intervención procesal relevante es la de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

El que la decisión de la Dirección General revoque el acuerdo negativo del Registrador no puede considerarse como un ataque al prestigio de éste. En la esfera administrativa es claro que el funcionario que dictó el acto revocado por un superior no puede recurrir esa revocación en la vía contenciosa. Es más, esa mera anulación no supone, por sí sola, que exista un perjuicio para el particular. Y desde luego la revocación no encaja en las causas legales ya expuestas de responsabilidad del funcionario calificador.

En la esfera judicial ello es aún si cabe más claro. El órgano jurisdiccional, cuyo fallo fue revocado por el superior, no puede acudir a ulteriores instancias en defensa de lo que había sido su criterio. Y esto ocurre tanto en la actividad propiamente contenciosa como en los actos de jurisdicción voluntaria.

Y mencionamos esta última porque en la calificación registral se ha querido ver una especie de esta peculiar actividad. Y no sin bastante razón. Evidentemente, el Registrador y luego la Dirección General no son tribunales, ni por tanto están encuadrados dentro de la única jurisdicción. No podrían pues ejercerla.

Pero en sentido etimológico, jurisdicción es decir el Derecho. Y esa actividad no es exclusiva de los tribunales. Al contrario, es frecuente que dicha tarea de los jueces sea compartida por otros funcionarios cualificados. Piénsese en las actas de notoriedad levantadas por los notarios y donde se acreditaba la adquisición por usucapión del aprovechamiento de aguas públicas. El artículo 70 del Reglamento Hipotecario las regulaba detenidamente. Al final el Notario emitía su declaración sobre si los hechos, a su juicio, estaban debidamente acreditados.

Nada digamos de la trascendental reforma introducida en la LEC para la declaración de herederos abintestato. Conforme al artículo 979 de la Ley de 1881, reformada al efecto, cuando los herederos sean los descendientes, ascendientes o el cónyuge, la declaración podrá obtenerse mediante acta de notoriedad tramitada por Notario hábil. Cuando se trate de otros parientes y conforme al artículo 980, la declaración habrá de obtenerse en vía judicial.

Con independencia de que esta última actuación notarial esté prevista en una LEC, cosa significativa, lo que es claro es que la decisión de declarar a unas personas herederas abintestato de otra tiene muy similar naturaleza, la haga un juez o un notario. En última instancia ambos dicen el derecho.

Y algo muy parecido es lo que ocurre con la calificación registral. Cuando, tras el examen del título o documento y de todos los antecedentes que obren en el Registro, el titular de éste califica el derecho que se presenta, su validez y su carácter de derecho real inscribible con efectos para terceros, está realizando una tarea de decir el derecho.

El artículo 117 de la Constitución Española en su apartado 4 es la base de la jurisdicción voluntaria cuando prevé que los juzgados y tribunales (aparte su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) podrán ejercer otras funciones «que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Esa misma finalidad es la que cumple el Registro Público, cuyo objetivo primordial es proporcionar la seguridad y la garantía de los derechos. Por eso, en el sentido terminológico, frente a una jurisdicción voluntaria judicial, cabe hablar de otra notarial y de una registral. En todos esos casos no resulta de recibo que quien ha decidido en primera instancia recurra frente al acuerdo de su superior que hubiera modificado su calificación o decisión.

Todo lo más sería ello pensable cuando la Resolución revocatoria de la Dirección General hubiera tildado a la calificación negativa del Registrador de enteramente caprichosa y sin expresión de motivos. Porque entonces, según opinaba MORELL Y TERRY, podía equipararse aquélla a la no actuación y generarse así responsabilidad civil del funcionario.

Frente a esto cabe alegar que sería verdaderamente insólito que una Resolución del Centro Directivo tachara al acuerdo calificadorio de enteramente

caprichoso y falto de toda motivación. No creemos que tales asertos abunden en la llamada jurisprudencia registral.

Recordemos aquellas palabras de BARRACHINA en el sentido de que nadie es infalible. La propia Dirección General rectifica bastante a menudo sus criterios (algún ejemplo típico de esto podría aducirse recientemente); en ocasiones contrastan aquéllos con la jurisprudencia del TSJ; y esta última no siempre es uniforme. Hoy día además las sentencias del más alto tribunal caen a veces bajo el duro control del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pero supuesto que el Centro Directivo al revocar una calificación negativa la tildara de enteramente caprichosa, no por eso tal apreciación gubernativa significaría sin más que hubiera de prosperar un pleito civil para exigir responsabilidad al Registrador.

Porque ésta viene establecida en la LH para los supuestos que ella misma determinara. Y la decisión en tal sentido correspondería al tribunal de justicia, que nunca se encontraría vinculado por las afirmaciones que hubiera podido hacer una Dirección General de la Administración. En ese litigio civil el Registrador, ahora sí, podría defenderse sin cortapisa alguna y sin que para él aquella decisión gubernativa fuera cosa juzgada ni nada parecido. El principio de tutela judicial efectiva es bastante para impedir esa hipotética consecuencia.

Finalmente el que la Resolución de la Dirección General, que hubiera revocado una calificación negativa del Registrador, pueda ser impugnada por éste en un recurso o proceso civil supone una enorme dilación para el usuario del servicio público registral, que ve así como su demanda de protección puede resultar diferida por todo el tiempo que duren esas instancias judiciales. No creemos que el poder defender la calificación y el propio criterio deba llevar a exigir dicho sacrificio al destinatario de la publicidad registral. Recordemos lo que afirmaba VALLS: «un tempo dilatado es contrario a la finalidad de garantía del tráfico que buscaba la institución del Registro».

IX. EL LITIGIO PLENARIO ENTRE LOS PARTICULARES

Tras haber aludido al recurso gubernativo propiamente dicho y a lo que podría ser un auténtico recurso jurisdiccional, cual hemos propugnado ante la Sala de lo Civil del TSJ y en procedimiento sumario, quedaría siempre el proceso civil que los particulares pueden entablar entre sí para contender sobre la validez o nulidad del título. A él se ha referido siempre el artículo 66 de la LH y a él dedica atención el artículo 328 de la misma ley recientemente introducido. Ahora en éste se habla de contender acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o sobre la de este mismo.

Y aquí sí habría que admitir que si ese título fuera, por ejemplo, una concesión administrativa, el debate jurídico sobre su validez sería propio del orden contencioso-administrativo y no del civil. Aunque en aquél no hay la misma libertad para promover el litigio, porque éste ha de trabarse con relación a un acto o actuación de la Administración Pública y que tiene sus cauces tasados de impugnación.

En ese litigio entre particulares recordaba MORELL que el Registrador no ha de ser parte. No cabe, pues, demandarlo porque haya denegado la práctica de una inscripción. Sí cabría exigirle responsabilidad cuando la haya contraído por sus actos en los casos establecidos por la ley.

Eso mismo es lo que hoy establece el vigente artículo 132 del Reglamento Hipotecario, de añeja fundamentación. Los tribunales no acordarán el emplazamiento de aquel funcionario y deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a él cuando conste de cualquier forma que no se ha observado esa prohibición.

En ese litigio entre particulares podría darse el caso de que las partes estuvieran conformes en la inscripción y en soslayar así la calificación negativa del Registrador. Pero BARRACHINA, para ese hipotético caso de acuerdo, o incluso de confabulación fraudulenta, indica que el juez civil no habría de declarar válido lo que es palmariamente nulo. Porque es autoridad no al servicio de parte sino al servicio de la ley. Y ésta no le consiente decidir lo que sea una injusticia.

Añade MORELL Y TERRY que en aquel juicio siempre existirá como precedente formal la calificación del Registrador que revela la doctrina opuesta a la que tal vez interesadamente defienden los particulares.

Por ello, en aquella comunicación a las jornadas organizadas por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, el autor de estas líneas mantenía que en ese litigio civil debería recabarse la calificación del Registrador o incluso el expediente que se hubiere tramitado si hubo recurso gubernativo, tan pronto se tenga conocimiento de su existencia. Ello sería siempre una garantía de mayor acierto.

Por supuesto que en ese pleito civil entre partes podrían comparecer todos aquellos que, no habiendo sido inicialmente los promotores, mostraran interés legítimo en lo que allí pudiera decidirse. Si esto vale para el recurso jurisdiccional, con más motivo para este pleito civil que tiene carácter plenario.

Es más, podría ocurrir, y así lo poníamos de relieve en aquella comunicación, que del desarrollo de ese proceso civil se desprendiera la existencia de intereses difusos o de personas que no podían comparecer y a los que la calificación registral negativa trataba de defender. En esos supuestos decíamos que el juzgado podría dar traslado al Abogado del Estado para que, como representante en juicio de la institución registral, pudiera defender esos intereses generales y esos principios en los que tal institución tiene su fundamento.

Y no supone esto usurpación alguna de funciones, sino simplemente aplicar el principio de que lo que la Administración activa debe buscar en su actuación, eso mismo debe prolongarlo en juicio el representante procesal de aquélla. Porque con ambos cometidos se están defendiendo los intereses generales que son los que la Administración está llamada a servir.

El que exista un recurso jurisdiccional, cual el que hemos propuesto, nunca es obstáculo para que las partes puedan acudir a ese declarativo plenario. En tal sentido no se comparte el temor que sobre ello manifiesta CELESTINO PARDO.

El recurso tiene como objeto la calificación registral, modificada o no por el acuerdo de la Dirección General. En cambio el litigio civil se contrae a la validez y eficacia del título o negocio. La naturaleza procesal de ambos es también distinta. El acudir al juicio plenario es algo que nadie puede impedir a los particulares, pues forma parte de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Es más, cuando el artículo 66 de la LH establecía el posible recurso gubernativo y cuando el actual artículo 328 de la propia ley instaura ese peculiar recurso judicial mediante el juicio verbal, siempre dicen que ello es «sin perjuicio» del derecho que asiste a los interesados para plantear el pleito civil plenario. La expresión «sin perjuicio» no puede ser más significativa. El acceso a ese último litigio es algo irrenunciable.

A su vez son vías independientes. Por ello el artículo 66 hablaba de un recurso gubernativo potestativo y añadía que, si querían, las partes podían acudir al pleito ordinario ante los tribunales de justicia. Y hoy el artículo 328, al establecer el recurso jurisdiccional de una forma que hemos criticado por su extraordinaria dilación, recuerda que el procedimiento judicial (el plenario) en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Lo que denota que ambos pueden marchar en paralelo como vías independientes.

Y si ello es así con el régimen recientemente instaurado, mucho más lo sería si el recurso jurisdiccional se articulara en la forma que reiteradamente hemos propuesto, con procedimiento sumario ante el TS.

No podría pues para ambas vías darse la preclusión de fundamentos de hecho y de derecho que hoy proclama la nueva LEC en su artículo 400; porque esa norma tiene carácter general y no se aplicará cuando el sistema previsto legalmente permite dos vías de impugnación y litigio, diferentes y separadas. Entonces la norma especial es la que prevalece, y en ella no hay preclusión.

Tampoco puede decirse que el proceso plenario sería prácticamente inútil y que llegaría tarde si antes en el recurso jurisdiccional se ha resuelto en sentido diferente. Que esto último cabe no es posible negarlo. Y es que no tendría sentido un proceso plenario si su resultado hubiera de coincidir siempre con lo resuelto en la vía de recurso.

Pero para garantizar el resultado de ese proceso plenario está la anotación preventiva de demanda que ya establecía la LH desde 1861. Hoy la vigente la regula por partida doble: en el tradicional artículo 66 y en el reciente artículo 328 en su apartado último.

Y no cabe decir que tal anotación de demanda se cancelará tras la decisión del recurso jurisdiccional. Si los interesados pueden acudir a un juicio plenario y para garantizar su resultado se les permite tomar anotación preventiva, lo que no cabe es que después esa garantía desaparezca como por arte de encantamiento.

Porque precisamente el fundamento de tal anotación es mantener la situación jurídica, tal cual se planteaba en el momento de practicarla, de tal forma que todo lo que después pueda ocurrir no perjudicará al derecho de quien la obtuvo a su favor. En definitiva, tal anotación de demanda, más que estar al servicio del particular se crea en obsequio y garantía de la correcta administración de justicia.

Es cierto que en un supuesto concreto, una anotación preventiva de demanda puede ser cancelada sin que cumpla su verdadera finalidad. El caso es el del artículo 131 de la LH, cual quedó redactado por la Disposición Final 9.^a de la LEC. Se refiere a la hipoteca que va a la ejecución, aunque se esté demandando su nulidad. Pero ese supuesto excepcional, quizá discutible para algunos, y que está al servicio de ese instrumento formidable que es la hipoteca, no puede extenderse a otros casos donde la anotación preventiva de demanda ha de perdurar hasta la conclusión del litigio para cuya seguridad se tomó. Por eso hemos dicho que ese juicio declarativo era de última garantía.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Comentario de urgencia sobre la Disposición Final tercera de la Ley Orgánica 5/2003, de 25 de noviembre, que adiciona un párrafo, el séptimo, al artículo 20 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL, ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y CRITERIOS HERMENÉUTICOS DEL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LH.—II. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LH HASTA QUE SE PRACTICAN LOS ASIENTOS PREVISTOS EN SU SEGUNDO INCISO; REQUISITOS DE LOS TÍTULOS Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS ASIENTOS.—III. ACTUACIONES POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PREVENTIVO.—IV. ACTUACIONES POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL, ENCAJE CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y CRITERIOS HERMENÉUTICOS DEL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LH

La Disposición Final tercera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, adiciona un nuevo párrafo final, por ahora, el séptimo, al artículo 20 de la LH. La citada Ley Orgánica fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 26 de noviembre, de modo que, en virtud de lo expresamente previsto en la Disposición Final quinta de la misma, la entrada en vigor del párrafo añadido al artículo 20 de la Ley Hipotecaria se produjo el día 27 de noviembre pasado.

El párrafo dice que «No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquélla contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando, a juicio del Juez o Tribunal, existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

El párrafo añadido consta pues, claramente, de dos partes:

A) Una, la primera, en la que se recoge una conclusión derivada incuestionablemente del principio de tracto sucesivo tal como queda formulado, fundamentalmente, en el párrafo primero del artículo 20 de la LH. Como parece extraño que el legislador cometa semejante reiteración en un mismo precepto, habrá que buscarle algún sentido a la redundancia, al menos en relación directa con la pretensión fundamental de la reforma, que no es otra que la segunda parte del novísimo párrafo séptimo del artículo 20 LH.

B) La otra, la segunda, el objetivo primordial de la Disposición Final 3.^a de la LO 15/2003, en la que se excepciona el principio registral de tracto sucesivo, permitiendo a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal ordenar a los Registradores de la Propiedad que tomen, como medida cautelar, anotación preventiva de embargo preventivo o de prohibición de disponer de bienes respecto de los cuales estimen aquéllos que hay indicios racionales suficientes para reputar al imputado como verdadero titular, aunque extraregistral, de los mismos, haciéndolo constar así en el mandamiento librado al efecto.

Como pone de manifiesto JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en el primer párrafo de la nota número 59 a pie de página, comentando el párrafo primero del artículo 20 de la LH (23.^a ed. Civitas), la DGRyN ha dictado abundantes Resoluciones (12 de mayo de 1993, 25 de febrero de 1994, 28 de diciembre de 1995, 12 de diciembre de 1997, etc.) en las que relaciona el artículo 20 de la LH con el artículo 24 de nuestra Constitución, es decir, con la tutela judicial efectiva que conjura la indefensión. De la relación de tal principio hipotecario con tal derecho fundamental y con el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1-3, 40 y 82 de la LH), así como del sustantivo principio registral de legitimación, fundamentalmente formulado en el artículo 38 de la LH, el Centro Directivo ha deducido la imposibilidad de «menoscar la situación registral de los que aparecen como titulares en el Registro, si no es por la correspondiente resolución judicial dictada en procedimiento en el que el titular registral haya sido parte».

Parece, en una primera lectura, que se consagra en el párrafo séptimo y último del artículo 20 de la LH una excepción al principio de tracto sucesivo,

que podríamos formular diciendo que cabe anotar en los libros del Registro de la Propiedad embargos y prohibiciones de disponer, decretados en procedimientos criminales en los que el titular registral no ha sido parte (concepto de parte que viene recogido en el art. 10-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cuando el Juez o Tribunal tengan indicios racionales suficientes para entender que la titularidad embargada o aquélla cuya disposición queda prohibida pertenecen al imputado no titular registral, haciéndolo constar así en el mandamiento. Es lo mismo que dice el artículo 593-1 de la LEC, del que resulta que para juzgar sobre la pertenencia al ejecutado de los bienes que se proponga embargar, el Tribunal, sin necesidad de investigaciones ni otras actuaciones, se basará en indicios y signos externos de los que razonablemente pueda deducir aquélla, lo que sucede es que el artículo 20-7 de la LH no recoge algo parecido a lo que dicen los párrafos segundo y tercero del artículo 593 de la LEC, aunque éstos sean también aplicables al procedimiento penal por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LEC y en el artículo 614 de la LECrim.

El carácter absolutamente excepcional de la reforma queda evidenciado por la reiteración, en la primera parte del párrafo que comentamos, del principio de tracto en su más clásica acepción, por no decir en la única posible, con lógica impecable emparentado estrechamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución. La excepción, como tal y por lo dicho, deberá ser aplicada y, antes, entendida o interpretada de forma restrictiva y, en la medida de lo posible, en la forma que, permítase la expresión, menos excepcione los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos y tracto sucesivo, trasuntos del principio de legitimación registral y derivaciones, todos ellos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que veda la indefensión, por contraria al principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución garantiza en su artículo 9-3.

El juicio interno del Juez o Tribunal apreciando los indicios racionales de titularidad contradictoria con la registral es, de este modo, es decir, en la forma que resulta del artículo 20-7 de la LH, suficiente para generar un asiento en el Registro de la Propiedad contrario a los pronunciamientos del mismo. Es necesario coordinar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y los principios registrales con la pretensión de justicia material que presumiblemente subyace en el párrafo incorporado al artículo 20 de la LH; a fin de cuentas, a la justicia, valor superior del Ordenamiento, como resulta del artículo 1-1 de nuestra Constitución, sirven la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y los principios que presiden la ordenación y funcionamiento del Registro de la Propiedad. No será tan difícil la pretendida armonización si el citado valor superior de justicia es el fin perseguido por la excepción que analizamos.

Analicemos la norma y, sobre todo, considerémosla dentro de un Ordenamiento, es decir, dentro de un sistema pretendidamente racional de normas

que intentan la realización de los valores y principios constitucionales, así como la materialización de los derechos fundamentales y de los del ciudadano. La interpretación sistemática es imprescindible ante una elaboración normativa fragmentaria y notoriamente excepcional. El objeto concreto del análisis va a ser únicamente el inciso segundo del párrafo séptimo del artículo 20 de la LH, tal y como ha quedado redactado por la Ley Orgánica 15/2003.

II. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LH HASTA QUE SE PRACTICAN LOS ASIENTOS PREVISTOS EN SU SEGUNDO INCISO; REQUISITOS DE LOS TÍTULOS Y CIRCUNSTANCIAS DE LOS ASIENTOS

Empieza diciéndonos el inciso que «En los procedimientos criminales...»; luego es claro que los mandamientos al efecto de practicar las anotaciones registrales que luego estudiaremos han de ser librados por los Secretarios Judiciales de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal (cfr. art. 9-3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) con ocasión de la instrucción de un procedimiento criminal o sucesión de actos procesales encaminada a enjuiciar y, en su caso, castigar las conductas estimadas como constitutivas de delitos o incluso faltas; procedimiento criminal de cualquiera de las clases, ordinario o especiales, previstas en los Libros III y IV, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, reformada, entre otras y como más recientes, por las Leyes Orgánicas 7 y 8 de 2002 y por la Ley 38, también de 2002, y tramitado con sujeción a ellas, procedimientos penales contra aforados, los de la Ley del Jurado, el sumario, el abreviado, los procedimientos de faltas, el procedimiento penal referente a menores (cfr. la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que tiene la peculiaridad, respecto del resto de los procesos penales de encomendar la fase de instrucción al Fiscal y no al Juez instructor, como sucede en el resto de los procedimientos criminales) y el procedimiento penal previsto en el Código de Justicia Militar.

Prosigue diciéndonos el inciso que en tales procedimientos criminales «podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes». La incorrecta dicción del precepto es, en este punto, evidente, puesto que las anotaciones preventivas no se toman en el seno de los procedimientos judiciales, sean de la clase que sean, sino en el Registro de la Propiedad, que es donde se practican los correspondientes asientos como consecuencia de mandamientos librados al efecto por los Secretarios Judiciales, incorporando el oportuno auto (cfr. art. 589-1 de la LECrim). Se contemplan dos posibilidades: la de ordenar que se practique anotación preventiva de embargo preventivo o anotación preventiva de prohibición de disponer:

A) El embargo preventivo viene previsto en los artículos 589 y siguientes de la LECrim. El artículo 589 de la LECrim nos dice que cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez (normalmente el Juez instructor; en los procesos criminales contra menores, pese a que el fiscal actúa excepcionalmente como instructor, el auto acordando el embargo lo dictará el Juez sentenciador que, durante la instrucción del procedimiento, actúa como Juez de garantías y a quien compete adoptar cualesquiera medidas limitadoras o aseguradoras, aunque nada impide que la medida cautelar la adopte también el Juez sentenciador, uno y otro, Juez instructor o Juez sentenciador, de oficio o a instancia de parte), se mandará por el Juez —repito— que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes (cfr. arts. 100, 107, 108, 111 a 113, 116 y 117 de la LECrim), decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare fianza en el día siguiente de la notificación del citado auto, según el artículo 597 de la LECrim. El procesado deberá señalar bienes suficientes para cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias, según resulta también del citado artículo 597 de la LECrim, porque, en otro caso, como nos dice el artículo 598-2 de la LECrim, «se procederá a embargar los (bienes) que se reputen de la pertenencia del procesado», expidiéndose el mandamiento para que se haga la anotación prevenida en la Ley Hipotecaria, como prevé el artículo 604 de la LECrim (recordemos el art. 593 de la LEC). En cuanto auténtica medida cautelar, el embargo preventivo se funda en la valoración judicial del *periculum in mora*, se acuerda al iniciarse el procedimiento criminal o en un momento ulterior y persigue evitar que la responsabilidad civil reparadora del daño o indemnizadora de los perjuicios causados por el hecho punible se vea frustrada por actos dispositivos realizados por el imputado durante la tramitación del procedimiento. Lo dicho hasta aquí para el imputado podría sostenerse que fuera igualmente aplicable para asegurar la responsabilidad civil de terceras personas ocasionada con motivo de la comisión del delito (arts. 615 a 621 de la LECrim), pero entiendo que no debe ser esta la conclusión dada la literalidad (imputado) del precepto y su necesaria interpretación restrictiva y sistemática. Su régimen jurídico está previsto fundamentalmente, como todos sabemos, en los artículos 738-2, apartado primero, y 584 y siguientes de la LEC, en los artículos 42-2, 73 y 74 LH y en los artículos 140, 143 y 144 RH, entre otros, siendo muy interesante al efecto de nuestro análisis lo previsto en el artículo 38-3 de la LH, precepto que ha quedado inalterado en la escueta reforma que estudiamos.

B) La anotación de prohibición de disponer se preveía en la LECrim para decretarla sobre los bienes del demandado rebelde en los artículos 762 y 764; pero estos artículos, como todos los demás que integraban el Título II del

Libro IV de la LECrim fueron derogados por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que hoy, tras la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se dedica a regular el procedimiento abreviado. El procedimiento contra reos ausentes se regula en los artículos 834 y siguientes de la LECrim, sin perjuicio de las especialidades referentes al acusado o imputado rebelde en los procedimientos abreviados y en las demás normas antes citadas que regulan procedimientos criminales especiales. No se prevé la prohibición de disponer en la LECrim, aunque tampoco es ello necesario, ya que como en el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, ésta se autoprocampa supletoria de la LECrim, cabe entender rectamente aplicables al proceso penal las normas sobre medidas cautelares contenidas en los artículos 721 y siguientes de la LEC y, entre ellas, el artículo 727 de la LEC, que contempla un elenco de medidas cautelares de las que aquí interesa destacar, por lo que a la anotación de prohibición de disponer se refiere, las referidas como 6.^a y 11.^a y, en cuanto a su régimen jurídico, el apartado tercero del artículo 738-2, apartado tercero de la LEC, que remite a la legislación hipotecaria, en particular a los artículos 26-2 y 42-4 de la LH, así como al artículo 145 del RH, como todos sabemos.

La anotación preventiva de embargo preventivo o de prohibición de disponer se tomará en el Registro en virtud de mandamiento librado por el Secretario del Juzgado que contenga el auto al que se refiere el artículo 589-1 de la LECrim, acordando el embargo de los derechos sobre los bienes, en su caso, trabados y del que resulten las circunstancias que la anotación deba contener conforme a los artículos 72 y 73 de la LH, 165 y 166 del RH y, en particular las que exige el artículo 144 del RH. Será igualmente esencial que el mandamiento deje muy claro cuál es el derecho sobre el inmueble que ha de ser objeto de la anotación, circunstancia cuyo conocimiento no vendrá suministrado por el Registro, en el que, por definición, no consta inscrito el derecho del imputado. Específicamente, el mandamiento deberá recoger, por contenerse en la providencia de embargo, que el Juez o Tribunal de lo Penal han estimado la concurrencia de indicios racionales suficientes como para reputar al imputado verdadero titular del derecho sobre el inmueble inscrito que va a ser anotado en lugar del que, en su caso, aparezca como tal titular en los libros registrales.

Según abundante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los indicios racionales han de apoyarse en datos fácticos que representando más que una posibilidad y menos que una certeza, supongan la probabilidad de que, para el caso que nos ocupa, la titularidad del derecho que se embarga preventivamente o cuyo poder de disposición se limita pertenece al imputado que no es titular registral. Según el mismo Tribunal, los indicios racionales, pese al importante grado de discrecionalidad judicial que conllevan, no pueden conducir ni a la arbitrariedad, ni a la indefensión.

Esta doctrina, unida a la que veda al Registrador hacer objeto de su control de legalidad el fundamento de las decisiones judiciales, nos puede hacer concluir respecto al tema que comentamos, que en el mandamiento sólo debe hacerse constar que el Juez o Tribunal tienen indicios racionales suficientes para atribuir la verdadera titularidad del derecho al imputado no titular registral, sin que deban relacionarse en el título anotable tales indicios, pues el Registrador no los podrá calificar (art. 100 del RH). En cuanto a la cognoscibilidad por los interesados y, en particular, en cuanto a la notificación por el Registrador al titular registral del derecho afectado por la medida cautelar, es decir, el titular del derecho embargado o el de aquél cuya disposición se prohíbe, para que defienda convenientemente su derecho inscrito, resultaría congruente con la esencia de la función del Registrador de la Propiedad como defensor y garante de los derechos de los titulares inscritos (cfr. art. 327-5 de la LH introducido por la Disposición Adicional decimocuarta de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 593-2 de la LEC, al que la notificación registral complementaría. El objeto de tal notificación no debería ser el conjunto de indicios racionales que han llevado al Juez a considerar al imputado como titular del derecho afectado, sino simplemente que se ha operado la anotación en cuestión, que el Juez tiene indicios racionales para atribuir la titularidad del derecho a persona distinta, concretamente, al imputado y el número de los autos y Juzgado en el que se siguen, para que el titular registral pueda personarse en las actuaciones y defender allí, en su caso, el derecho que le asista.

III. ACTUACIONES POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PREVENTIVO

Una vez practicada la anotación preventiva de embargo preventivo en el Registro, en virtud del título antes reseñado y con las circunstancias referidas, son muchas las situaciones que pueden plantearse:

A) Evidentemente, se podrán seguir practicando asientos que contengan actos de disposición voluntarios del o forzosos contra el titular registral, es decir, serán inscribibles enajenaciones, hipotecas, anotaciones, etc., otorgadas por u ordenadas contra el titular registral, toda vez que, como es bien sabido, la anotación preventiva de embargo no cierra el Registro (art. 71 de la LH).

B) Las anotaciones de embargo o hipotecas anteriores a la anotación del embargo preventivo extendido conforme al artículo 20-7 de la LH conservarán su prioridad (art. 17 de la LH) y si alguna de ellas se ejecuta, se cancelarán las cargas posteriores y entre ellas, la anotación del embargo contra el

imputado supuesto titular extraregstral (art. 175-2 del RH, y arts. 674 y 681-1 de la LEC)). En tal caso, el Registrador tendrá que notificar a los órganos judiciales que estén ejecutando las hipotecas o hayan ordenado las anotaciones para que se abstengan de seguir la ejecución (art. 143-4 del RH). El sobrante que quede tras la ejecución de una carga anterior tendrá que ponerse a disposición de los acreedores o titulares de derechos posteriores a la carga que se ejecuta y, entre ellos, a disposición del Juez de lo penal que ordenó la anotación (arts. 672 y 692 de la LEC).

C) Llegado el caso de que se dicte sentencia en el procedimiento criminal que declare probado el delito imputado al procesado y la existencia de daños o perjuicios causalmente ligados a los hechos constitutivos de aquél, la reparación o indemnización de unos u otros quedará garantizada, caso de impago, por la anotación del embargo preventivo; sin embargo, entiendo que la ejecución no podrá llevarse adelante si no se prueba al Juez de la ejecución la titularidad del ejecutado sobre el derecho objeto de la misma y tampoco podrán inscribirse en el Registro los títulos que de ella deriven (títulos de adjudicación y de cancelación de las cargas posteriores) si no se ha inscrito previamente en él el documento que haga al imputado titular del derecho embargado y ejecutado:

- a) Muchos son los preceptos de la LEC que impedirían una conclusión contraria a la aquí sostenida y por no hacer más larga la relación voy a citar tan sólo los artículos 589, 590 y 591 (relativos, respectivamente, a la manifestación de bienes del ejecutado, a la investigación judicial del patrimonio del ejecutado y al deber de colaboración que toda clase de personas y entidades públicas y privadas han de brindar al Juez de la ejecución para que conozca el patrimonio embargable del deudor), o el artículo 595 en sede de tercerías de dominio, ratificado por el artículo 594, pese a lo que aparentemente parece querer decir el citado precepto o los fundamentales artículos 629-2, 658 y 663. Sin olvidar el esencial artículo 38-3 de la LH, que si bien hay que entender inaplicable, por la reforma que comentamos, al embargo preventivo, no puede serlo, por la interpretación restrictiva y sistemática de la misma, y debe mantenerse enteramente vigente respecto del juicio ejecutivo o la vía de apremio, con los que concluye el embargo preventivo en el caso que en este momento consideramos.
- b) En cuanto a la necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad del título del imputado para poder inscribir en él el título de adjudicación resultante de la ejecución, también serían numerosos los artículos de la LH que podríamos traer a colación, pero baste subrayar la necesaria interpretación restrictiva y sistemática del segundo inciso del párrafo final del artículo 20 de la LH, pues una cosa es que se excepcione el tracto para practicar los asientos a que el citado párrafo

se refiere y otra distinta sería decir algo que el párrafo añadido no dice, o sea, que el tracto se excepciona también para las inscripciones o asientos definitivos que reflejan titularidades consolidadas, cuyo modo de adquisición (art. 609 del Código Civil) y procedimiento de inscripción tampoco han sido modificados.

D) El segundo inciso del párrafo séptimo y último del artículo 20 de la LH califica las anotaciones respecto de las que se excepciona el tracto como medidas cautelares. Esto suscita las siguientes reflexiones:

- a) El Tribunal Constitucional ha sentado como doctrina que las medidas cautelares tienen como presupuesto de su adopción la existencia de indicios racionales del derecho cuya eficacia y plenitud tratan de tutelar, en los términos en que tales indicios racionales han quedado delimitados por el propio TC, requisito que concurre respecto de las medidas cautelares aquí comentadas. Por otra parte, el propio TC establece como objetivo de las medidas cautelares la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida y al respecto hay que decir que el fin de pagar las deudas, es decir, de reparar los daños o indemnizar los perjuicios derivados de la comisión de un delito es un fin constitucionalmente legítimo; sin embargo, el citado fin no es congruente con la naturaleza de la medida cautelar excepcional, porque al final, para poder conseguir el fin perseguido hace falta deshacer o desmontar la excepción y volver al juego normal y natural de los principios hipotecarios, de la tutela judicial efectiva y de la seguridad jurídica y del tráfico jurídico, y entonces lo que sólo resta preguntarse es si para llegar a esta situación, que, como luego veremos, se repite igualmente para la anotación preventiva de prohibición de disponer, hacía falta montar una tan llamativa excepción a un principio tan estructural de nuestro Ordenamiento cual es el de tracto sucesivo-legitimación registral cuando la misma legislación hipotecaria y la normativa procesal civil y no olvidemos que ésta es aplicable al procedimiento criminal por lo establecido en el artículo 4 de la LEC, ofrece medidas para conseguir el resultado perseguido, medidas que se desenvuelven sin quebrar en modo alguno la congruencia del sistema y me refiero concretamente a lo previsto en las reglas tercera y cuarta del artículo 140 del RH en relación, entre otros, con los artículos 663 y 664 de la LEC.
- b) Si consideramos el artículo 726 de la LEC, que se refiere a las características de las medidas cautelares, y nos centramos en la primera de tales características, veremos que ésta es la de ser la medida cautelar «exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tu-

tela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente». El artículo 727 de la LEC recoge el embargo preventivo de bienes como la primera de las medidas cautelares y en sexto lugar otras anotaciones registrales diferentes de la de demanda, a la que se refiere como la quinta medida, en los casos en los que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. Se trataría de que durante la tramitación del procedimiento criminal el imputado no inscribiera su título en el Registro de la Propiedad e inmediatamente o, en todo caso, antes de que se despachara contra él ejecución por impago de los declarados en la sentencia deberes de reparación de daños o indemnización de perjuicios derivados de la comisión del delito por el que ha sido condenado, vendiera sus derechos sobre el bien inscrito a un tercero que a su vez inscribiera los derechos adquiridos, haciendo imposible la traba sobre él, toda vez que este tercero quedaría advertido por la anotación de la afección del bien que adquiere al pago de las mencionadas reparaciones o indemnizaciones. Ya hemos visto antes que la excepción al principio de tracto carece de sentido pues su eficacia final depende de que se recomponga el principio excepcionado; contemplado el tema desde la perspectiva que acabo de apuntar, es decir, como pura medida cautelar dirigida a enervar la buena fe del tercero hipotecario, parece la medida atentatoria a los valores de justicia, que parecería inicialmente su fundamento e igualdad, pues discrimina negativamente al acreedor civil respecto del que lo es a resultas de la comisión de delitos probados en procesos penales o, dicho de otro modo, si el acreedor de la LEC no tiene medio de anotar su embargo contra bienes que no aparezcan inscritos a favor del demandado en el procedimiento, salvo que use los expedientes previstos en las antes citadas reglas tercera y cuarta del artículo 140 del RH en relación con los artículos 663 y 664 de la LEC, el acreedor de la LECrim, permítase la expresión, sí que puede excepcionar el tracto y enervar la buena fe del tercero hipotecario, lo que constituye una discriminación a favor de éste absolutamente inaceptable a costa de sacrificar, inoperantemente al final según vimos, los principios de legitimación y tracto, así como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica y del tráfico. Y todo ello lo decimos sin olvidar la posibilidad que asiste al titular registral de enervar el embargo preventivo por la vía del artículo 38-3, posibilidad de la que carece el titular registral cuando el embargo preventivo se ha decretado en el seno de un procedimiento criminal.

IV. ACTUACIONES POSTERIORES A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER

Si nos centramos en la dinámica de la anotación de prohibición de disponer, una vez extendida en el Registro al amparo del inciso segundo del párrafo séptimo y último del artículo 20 de la LH, llegaremos a la misma conclusión de inoperancia o de intolerable discriminación respecto del acreedor civil. En efecto:

A) Según resulta del artículo 145 del RH, tal anotación sólo impediría la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular o de los realizados con anterioridad pero presentados en el Registro después del mandamiento que la ordena; pero, no será obstáculo para que se practiquen:

- a) Inscripciones o anotaciones basadas en o que traigan causa de asientos vigentes anteriores al de la anotación de prohibición de disponer (como los títulos derivados de las ejecuciones ordinarias o de bienes especialmente hipotecados resultantes de procedimientos reflejados en el Registro con anotaciones preventivas de embargo anteriores a la anotación de la prohibición de disponer o de asientos de inscripciones de hipoteca también anteriores a la anotación de la prohibición de disponer) y
- b) puesto que tal medida cautelar se adopta en relación con los actos dispositivos del imputado, tampoco impedirá la inscripción de los actos de enajenación o gravamen realizados por o contra el titular registral del derecho.

Aunque se inscriba cualquiera de estos actos de enajenación o gravamen a favor de un tercero, ello no comportaría la cancelación de la anotación preventiva extendida al amparo del artículo 20-7 de la LH, por lo establecido en el artículo 83 de la LH en perfecta congruencia con la naturaleza ancilar respecto del proceso penal que deriva de ser medida cautelar adoptada en el seno del mismo y en función del mismo (cfr. arts. 743 a 745 LEC y 611 y 612 de la LECrim).

B) Lo antes dicho para la anotación de embargo preventivo practicada al amparo del artículo 20-7 de la LH en relación con su carácter discriminatorio respecto al actor civil es perfectamente reproducible aquí, es decir, el actor en un procedimiento civil no puede obtener la anotación preventiva de prohibición de disponer cuando el demandado en ese procedimiento no sea el titular registral, con lo que aquél queda más desamparado que el querellante respecto a la posible aparición de un tercero protegido que, protegido por la fe pública registral, enerve sus legítimas pretensiones.

En resumen, podemos decir que la excepción al principio de tracto que se establece en el párrafo séptimo y último del artículo 20 de la LH es útil durante su fase cautelar a costa de sacrificar principios registrales, derechos fundamentales y valores constitucionales y de establecer una clamorosa discriminación entre el acreedor civil y el acreedor penal, permítase la expresión. En la fase de consumación, deja de ser excepción, pues para llevarla a sus últimas consecuencias es necesario reconciliarse con el principio de tracto sucesivo que, de esta manera, queda repuesto en el lugar del que nunca debió de ser depuesto.

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD
Registrador de la Propiedad de Xàtiva

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 22-7-2003

(*BOE* 22-9-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

GANANCIALES. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. FINCA INSCRITA COMO GANANCIAL ADQUIRIDA POR LA ESPOSA ANTES DE LA REFORMA DE 1975 DEL CÓDIGO CIVIL, HABIENDO MEDIADO, PREVIAMENTE A LA ADQUISICIÓN, SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES Y PACTADO LOS MISMOS, EN ACTA NOTARIAL, «LA MÁS AMPLIA SEPARACIÓN».

No es inscribible una escritura de manifestación de herencia otorgada por la heredera única en la que la misma se adjudica una finca que consta inscrita a favor de la entonces compradora y de su cónyuge para su sociedad conyugal, cuyo inmueble fue adquirido por dicha compradora bajo la vigencia del Código Civil —según la redacción dada al mismo por la reforma de 1958 y antes de 1975—, previo reconocimiento por los expresados cónyuges, mediante acta notarial y antes de la compraventa, que desde hace varios años estaban separados de hecho, concediéndose «ambos la más amplia separación», pactándose también en instrumento público a favor de la esposa —posteriormente adquirente— licencia y poder con facultades amplísimas respecto de los bienes propios de la misma en los términos que resultan expuestos en la resolución que se comenta, y ello porque, a pesar de que tal pacto de separación y poder que lo complementa, da amplísimas facultades a la esposa que posteriormente adquirió, lo cierto es que en ningún momento se dice ni consta que los bienes con los que operó la misma fuesen de su patrimonio privativo, por lo que rige la presunción de ganancialidad al tiempo de tal adquisición y, en consecuencia, para rectificar el carácter del bien será necesario el consentimiento de los interesados o, en su caso, resolución judicial.

Resolución de 1-9-2003

(BOE 14-10-2003)

Registro de la Propiedad de Moguer

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. TRACTO SUCESIVO.

No cabe practicar anotación preventiva de dominio público marítimo-terrestre cuando en el procedimiento correspondiente no ha tenido intervención el titular registral.

Resolución de 2-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata

CANCELACIÓN. DE UNA INSCRIPCIÓN DE COMPRAVENTA POR NULIDAD DE LA MISMA DECLARADA EN PROCESO PENAL.

No cabe practicar la cancelación de una inscripción de compraventa cuya nulidad ha sido declarada dentro del ámbito de un proceso penal, si no consta el consentimiento del titular registral o que éste haya sido parte en el procedimiento de que se trata, dado el principio constitucional de tutela judicial efectiva, que proscribía la indefensión.

Resoluciones de 3, 4, 5, 6, 8 y 9-9-2003

(BOE 13-10-2003, 14-10-2003)

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2

CANCELACIÓN. DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR CADUCIDAD.

Gravada una finca con una anotación preventiva de embargo letra A) sin que conste la cifra de responsabilidad y complementada dicha anotación mediante la practicada bajo la letra C), existiendo otra anotación de embargo intermedia letra B), ajena al recurso, no es posible la cancelación por caducidad de la anotación letra C), ya que la misma se halla vigente y, además, contiene todos los datos necesarios para la eficacia del procedimiento correspondiente y para su vigencia como asiento independiente, sin que la cancelación, en su caso, de aquella anotación letra A) —cuestión esta que no se ventila en el recurso— arrastre la de la C).

Resolución de 10-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Motril, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO. PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN EXCESO DE CABIDA.

Es inscribible un auto recaído en expediente de dominio tramitado para la constancia registral del exceso de cabida de una finca en la que el Registrador aprecia lo siguiente: *a)* que no han sido citados todos los titulares de los predios colindantes, según resulta de la descripción de la finca; *b)* que existen dudas fundadas sobre la identidad de la misma, y *c)* que existe presentada antes un acta previa de ocupación por la que se expropia un trozo de dicha finca, cuya acta no ha sido tomada en cuenta en la tramitación del expediente. Y ello, porque: 1. Las descripciones de las fincas no hacen fe de que los titulares de los predios colindantes sean realmente los dueños; 2. En este tipo de expediente, basado en lo resuelto por el Juez en el auto, el Registrador no puede alegar duda sobre la identidad de la finca, y 3. No cabe calificar un título relativo a una finca si hay otro contradictorio referente al mismo inmueble presentado antes: habrá que calificar el primero y si no tiene defectos, una vez despachado, se calificará el segundo con arreglo a lo que resulte del Registro; y si el primer título presentado es defectuoso, habrá que prorrogar el asiento de presentación del segundo y posponer su calificación hasta que se subsane, en su caso el defecto del primero y el mismo quede despachado, o bien caduque su asiento o la anotación preventiva por defecto subsanable del mismo (el del primer título presentado).

Resolución de 11-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Granada, número 5

SEPARACIÓN MATRIMONIAL. ADJUDICACIÓN DE LA PROPIEDAD Y DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CONVENIO REGULADOR.

Aprobado judicialmente un convenio regulador en autos de separación matrimonial, en el que se adjudica al marido la propiedad de la vivienda familiar, atribuyéndose a la esposa el uso de la misma, «mientras los hijos convivan en el inmueble y se encuentren en etapa de formación», renunciando dicha esposa a la facultad concedida al cónyuge no titular por el artículo 1.320 del Código Civil y conviniéndose por los cónyuges pactos relativos a la disponibilidad e indisponibilidad de la vivienda familiar en los términos que resultan del convenio, una vez que ha quedado inscrito el uso de dicha vivienda, no cabe recurrir dicha inscripción, por no ser el recurso gubernativo el cauce adecuado para solicitar la rectificación o nulidad de lo ya inscrito. En cambio, sí procede rechazar la inscripción de los pactos que envuelven una renuncia previa a un derecho concedido legalmente para la protección de los hijos del matrimonio, así como la de aquellos relativos a la disponibilidad e indisponibilidad, por ser puramente obligacionales.

Resolución de 12-9-2003

(BOE 10-10-2003)

Registro de la Propiedad de Lalín

HIPOTECA. DE MÁXIMO CONSTITUIDA EN GARANTÍA DEL SALDO DE UNA CUENTA CORRIENTE.

Si bien estamos ante una hipoteca de máximo desde el momento en que las diversas obligaciones pierden su autonomía cuando son incluidas en la cuenta y son sustituidas por el saldo definitivo que arroje la misma, de tal manera que lo exigible no es ya una mera reunión contable de esas obligaciones, sino un verdadero y propio saldo deudor, sin embargo no por ello la hipoteca deja de ser flotante, ya que queda al arbitrio del acreedor la determinación de qué obligaciones y en qué momento han de incluirse en la cuenta, sin que ello suponga una verdadera concesión de crédito, vulnerándose así el artículo 1.256 del Código Civil.

Resolución de 13-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6

EXPEDIENTE DE DOMINIO. INDETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA.

No es inscribible un auto aprobatorio de un expediente de dominio en el que no se especifica su clase (si es de inmatriculación, reanudación del tracto sucesivo interrumpido o de exceso de cabida) y que versa sobre la justificación de la adquisición de una finca consistente en la ampliación de la superficie de suelo de la misma, construida en dos plantas, y de un semisótano de determinada superficie; y ello por la indeterminación respecto de la materia sobre la que versa el expediente, dada la trascendencia de los distintos procedimientos a seguir, según sea sobre lo que el mismo verse —con especial incidencia en el régimen de citaciones— y porque la construcción de nuevas plantas de un edificio en propiedad horizontal implica modificación del título constitutivo, lo que requiere el consentimiento de los demás propietarios afectados.

Resolución de 15-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Tomelloso

LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES Y HERENCIA. CONFLICTO DE INTERESES.

No existe conflicto de intereses y, por tanto, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial cuando el cónyuge supérstite interviene por sí y, además, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, liquidando la sociedad de gananciales y aceptando la herencia en su propio nombre y en el de sus hijos, realizándose las adjudicaciones de la totalidad de los bienes inventariados —cuyo carácter ganancial, según Registro, no se pone en tela de juicio— respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto, conforme a la declaración de herederos abintestato del causante. Se reiteran, pues, las Resoluciones de 10-11-994 y 3-4-1995.

Resolución de 16-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 4

HERENCIA. EXTINCIÓN DE USUFRUCTO. ACREDITACIÓN DEL PAGO DEL IMPUESTO.

Habiéndose desmembrado en su día el dominio de una finca por título de compraventa, no cabe ahora practicar la extinción del usufructo y su pertinente consolidación con la nuda propiedad por fallecimiento del usufructuario, cuya defunción sólo resulta de mera manifestación hecha en la escritura de aceptación y partición de herencia del causante, en la cual se adjudica la finca a los herederos del mismo en la proporción correspondiente, porque, si bien es cierto que de la escritura parece cumplirse el principio de rogación para la práctica del pertinente asiento de consolidación, sin embargo no se ha aportado el oportuno certificado de defunción del usufructuario fallecido, no bastando, además, en cuanto a la acreditación del pago del impuesto por tal consolidación, la mera presentación de la copia de la autoliquidación por el impuesto de sucesiones, ya que la desmembración tuvo lugar por un título oneroso y puede no ser competente la misma administración para liquidar los distintos hechos imposables.

Resolución de 17-9-2003

(BOE 13-10-2003)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

FIDEICOMISO DE RESIDUO. SUSTITUCIÓN VULGAR TÁCITA.

Salvo que, para cada caso concreto, se desprenda otra cosa de la interpretación del testamento, ha de entenderse que el fideicomiso de residuo implica la sustitución vulgar, como así sucede en el supuesto de la Resolución en el que testador denomina «herederos fideicomisarios» a los llamados al residuo.

Resolución de 18-9-2003

(BOE 16-10-2003)

Registro de la Propiedad de Tacoronte

GANANCIALES. APORTACIÓN. CAUSA.

Reitera Resolución de 12-6-2003. Resuelve el Centro Directivo que es inscribible una escritura de obra nueva en la que los cónyuges declaran que los mismos han construido una edificación sobre una finca privativa del marido, mediante aportaciones proporcionales, con la finalidad de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en el suelo, y en la que se solicita la inscripción con carácter ganancial, por estimar la Dirección General que, en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio

jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, puede tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Resolución de 19-9-2003

(BOE 16-10-2003)

Registro de la Propiedad de Elda

EJECUCIÓN. HIPOTECARIA. CONVENIO DE REALIZACIÓN. NECESIDAD DE QUE PRESTEN SU CONSENTIMIENTO AL MISMO LOS ACREEDORES Y TERCEROS POSEDORES POSTERIORES QUE TENGAN INSCRITO SU DERECHO CON POSTERIORIDAD A LA HIPOTECA QUE SE EJECUTA.

En un procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en el que se enajena la finca hipotecada mediante adjudicación directa de la misma a la persona designada por el deudor en virtud de convenio de realización entre ejecutante y ejecutado, no cabe la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca recaentes sobre el inmueble, mientras no medie la conformidad de los titulares de las mismas al citado convenio o recaiga, en su caso, la oportuna resolución judicial en juicio declarativo entablado contra ellos.

Nota.—En el presente caso, incluso, hay titulares de cargas posteriores no comprendidos en la certificación de dominio y cargas expedida en su día respecto del procedimiento de ejecución. Compárese, pues, con la Resolución de la DGRN de 12-4-2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, a propósito del sobrante, entendió que la regla 17.^a del anterior artículo 131 en su primitiva redacción se estaba refiriendo a los titulares de derechos posteriores al que se ejecuta y que constaban en el procedimiento, bien por resultar de la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la oportuna nota marginal de expedición de la misma, hubiesen comparecido en autos.

Resolución de 20-9-2003

(BOE 16-10-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37

PARTICIÓN DE HERENCIA. POR ALBACEA CONTADOR PARTIDOR. EX-TRALIMITACIÓN EN CUANTO A LAS FACULTADES EJERCIDAS POR EL MISMO.

Queda fuera del ámbito de actuación de un albacea contador-partidor efectuar con terceros, totalmente ajenos a la partición hereditaria, la división de la cosa común respecto de una finca que se encontraba en situación de copropiedad, y en la que el causante tenía una cuota indivisa, perteneciendo las restantes cuotas a personas extrañas, no interesadas en la herencia.

Asimismo, el contador-partidor no puede efectuar la partición atribuyendo a los legitimarios una porción hereditaria inferior a la legítima que por ley le corresponde, pues, en todo caso, la partición debe practicarse ajustándose al testamento, pero respetando siempre las disposiciones legales de carácter imperativo que rigen la sucesión.

Resolución de 22-9-2003

(BOE 16-10-2003)

Registro de la Propiedad de Telde, número 2

OBRA NUEVA. EN CONSTRUCCIÓN. DISCREPANCIAS «IRRELEVANTES» ENTRE LA OBRA NUEVA AUTORIZADA POR LICENCIA OTORGADA Y LA DESCRITA EN EL TÍTULO CALIFICADO.

Omitiéndose en una licencia otorgada para la declaración de una obra nueva en construcción la existencia de un lavadero, a juicio del Centro Directivo, dadas las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión, procede la práctica de la inscripción al no apreciarse discrepancias relevantes entre la obra autorizada por la licencia y la que resulta descrita en el título, en lo referente a alturas, edificabilidad y superficies construidas, por lo que la veracidad de que la edificación se ajusta a las condiciones de dicha licencia será de la exclusiva responsabilidad del técnico competente que ha certificado sobre tal extremo.

Resolución de 23-9-2003

(BOE 20-10-2003)

Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar

EXPEDIENTE DE DOMINIO. DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Hay interrupción del tracto y procede la inscripción cuando el actual titular material de la finca y promovente del expediente, la adquirió de uno de los herederos de los titulares registrales —y no de todos—, quien, a su vez, la adquirió en virtud de documento privado de partición de herencia, realizada por todos los herederos del titular registral, pues entonces son diferenciables dos títulos que son sucesivamente necesarios para la inscripción: la partición previa y la ulterior transmisión por quien resultó adjudicatario del inmueble.

Resolución de 24-9-2003

(BOE 15-10-2003)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

PARTICIÓN DE HERENCIA. DONACIÓN SIMULTÁNEA. CALIFICACIÓN. FAVORABLE REALIZADA PREVIAMENTE POR UN REGISTRADOR Y VINCULACIÓN DE LA MISMA PARA OTROS REGISTRADORES POSTERIORES. CAUSA.

Supuesto fáctico: El testador lega un piso a cada uno de sus cuatro hijos y nieto, estableciendo, como norma de partición, que tres de ellos y el nieto se los adjudiquen por sorteo, declarando el propio testador que dos corresponden a una circunscripción registral y otros dos a otra, procediendo en la escritura de herencia y donación la viuda y los herederos a disolver la sociedad de gananciales y, al ser uno de los pisos objeto de sorteo privativo de la viuda, la misma, en cumplimiento de la voluntad del testador, dona la

nuda propiedad por partes indivisas a los hijos y al nieto, representado por la misma al ser este último menor de edad; formándose, en definitiva en la escritura una masa común con el bien donado y las fincas de la herencia, adjudicándose cada uno la nuda propiedad de un piso en la proporción de 4/5 por herencia y 1/5 por donación. La escritura se inscribe en dos Registros, pero no se inscribe en otro Registro donde posteriormente se presenta, por calificación desfavorable del Registrador que estima que la causa traslativa de la adjudicación (4/5 por herencia y 1/5 por donación) no guarda correspondencia con la titularidad que resulta del Registro, no pudiendo formarse una sola masa común con bienes procedentes, de un lado, por herencia y, de otro, por donación; considerando, además, que, en realidad, existe una permuta de participaciones indivisas, y que al haber un menor, en el presente caso se requeriría autorización judicial.

La DGRN revoca la calificación y entiende, según su criterio, que cuando previamente un Registrador ha calificado el documento y se ha practicado su inscripción, los Registradores que, con posterioridad, califiquen el mismo título, deberán de abstenerse de calificar lo ya calificado por el Registrador que inscribió, debiendo proceder a la práctica de la inscripción pertinente, por entender que el asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales y que se presume exacto y válido, en tanto no se declare su inexactitud; lo que no sólo impide al Registrador revisar la calificación del acto ya inscrito sino que tal validez debe ser presupuesto de la calificación que efectúe. Con base en este argumento, no entra la Dirección General a resolver el defecto alegado por el Registrador de que exista una permuta.

En cuanto a la falta de causa, estima que el negocio es complejo, absorbiendo la causa compleja a las causas simples, no siendo obstáculo tampoco a la disolución conjunta el distinto origen de ambos condominios creados, el de herencia y el de donación, cuyo fundamento se halla en el artículo 400 y siguientes del Código Civil.

Resolución de 25-9-2003

(BOE 21-10-2003)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

OPCIÓN DE COMPRA. PLAZO PARA SU EJERCICIO. INDETERMINACIÓN DEL PRECIO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Pactado en una escritura otorgada el 17 de marzo de 2000, relativa a la concesión a título oneroso del derecho de opción de compra sobre varias fincas, que la misma «podrá ser ejercitada durante un plazo de cuatro años, a contar desde el día de hoy, por lo que caducará automáticamente el día 15 de febrero de 2004», y subsanada dicha escritura por otra en la que compareciendo sólo el optante restringe el plazo de ejercicio de la opción al 15 de febrero de 2004, renunciando a los días que median entre dicha fecha y el 17 de marzo de dicho año, se revoca el defecto mantenido por el Registrador en cuanto a la errónea determinación del plazo, pues el consentimiento del optante implica una renuncia unilateral a ejercitar su derecho en los días comprendidos entre el 15 de febrero y el 17 de marzo de 2004, lo que no precisa consentimiento del concedente de la opción.

Sin embargo, no es inscribible la escritura por haberse vulnerado el principio de especialidad en el criterio seguido para la determinación del precio consistente en que el mismo lo fije una sociedad de tasación y, en caso de disconformidad del optante, otra sociedad tasadora, pues falta concretar quién sea ese tercero que fije el precio y, además, porque no se da posibilidad al optatario para que intervenga en su determinación.

Registro Mercantil

POR ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-9-2003

(BOE 20-10-2003)

Registro Mercantil de Valencia, número III

APORTACIÓN NO DINERARIA. DERECHO DE SEPARACIÓN.

Es necesario expresar la numeración de las participaciones asignadas en pago de cada uno de los bienes aportados. No cabe expresar un valor global por toda la aportación no dineraria en su conjunto.

Es preciso determinar qué concretas razones justifican el derecho de separación. Sólo podría plantearse la admisibilidad de un derecho estatutario de libre separación sin causa específica si fuera acompañado del mismo tipo de cautelas en procedimiento y plazos que adopta el legislador cuando expresamente lo reconoce.

Resolución de 23-9-2003

(BOE 18-10-2003)

Registro Mercantil Comercial de Madrid

DENOMINACIÓN.

La denominación «Promotora Metropolitana de Barcelona, S. A.» no ofrece posibilidad de confusión con «Transports Metropolitans de Barcelona, S. L.» al referirse a actividades totalmente distintas.

Existe un reconocimiento legal de la denominación objeto del recurso en la Ley 7/1087, que determina la necesidad de la admisión de su denominación. Es recomendable que denominación social y marca coincidan.

COMENTARIOS
A JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

POR MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

CAPACIDAD. REVISIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA DE INCAPACITACIÓN.—IMPOSIBILIDAD DE LA RESCISIÓN POR CONCURRENCIA DE MAQUINACIÓN FRAUDULENTO AL OCULTARSE EL DOMICILIO DE LA HIJA DE LA INCAPACITADA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—Se presenta demanda de revisión de una sentencia de incapacidad otorgada a doña Gertrudis, por su hija, doña Josefa, promovida en 1997 por la nieta de la actualmente incapacitada doña María Begoña.

Doctrina.—Se deniega la revisión debido a su concepto restringido basado en su naturaleza extraordinaria y por cuanto que vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, criterio sumamente restrictivo, ya que en caso contrario el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE quedaría totalmente enervado, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la instancia, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis, de la cuestión debatida y resuelta.

COMENTARIO

I. NO VINCULACIÓN AL JUEZ DEL RESULTADO DE LA AUDIENCIA A LOS PARIENTES MÁS PRÓXIMOS

El argumento fundamental alegado por la demandante en revisión se centra en que la hija de la incapacitada Gertrudis M. C., no tuvo conocimiento de la existencia de la demanda de incapacidad de su madre, formulada por

su propia hija; de ahí que no pudiera cumplirse la audiencia que estipulaba el hoy derogado artículo 208 del Código Civil.

Incluso se arguye que en los autos del proceso de incapacitación se hacía hincapié, por la parte actora (recordemos la nieta que promueve la incapacitación de su abuela) de que «no disponía de parientes con los que tuviera una buena relación para que solicitase su comparecencia ante Su Señoría».

Recordemos que el artículo 208 del Código Civil, hoy derogado, contenía «una norma imperativa de trascendencia constitucional, cuya materia afecta al orden público, de ahí la necesidad de llevar a cabo las actuaciones procesales que contempla, y en concreto, la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, aunque el resultado de la misma no produzca vinculación para el Juez» (STC de 19 de febrero de 1996. Ponente: Don Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia (19 de febrero de 1996) que además dispone que «la norma procesal de dar audiencia a los parientes más próximos se cumple también, materialmente, cuando todos ellos son partes litigantes y han afirmado ya sus convicciones en el pleito, de forma que dicha audiencia no es absolutamente preceptiva respecto a los que han actuado como demandantes...»

No obstante, cabe detenerse en la existencia de una doctrina jurisprudencial (1) sobre el tema de la repetición de las pruebas en segunda instancia, entre las que se encuentra la de la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz. Doctrina que se recoge en el actual artículo 759 LEC al concretar que «se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores», cuando se decida modificar la sentencia de primera instancia, al entenderse que constituye una garantía procesal de dimensión constitucional (art. 24 CE), por tratarse de un tema que afecta a la dignidad y al desarrollo de la persona (art. 10 CE).

II. PRESUNCIÓN DE LA CAPACIDAD MENTAL DE TODA PERSONA ÚNICAMENTE ATACADA MEDIANTE PRUEBAS DIRECTAS, CONCLUYENTES Y ROTUNDAS

La capacidad mental se presume siempre mientras no quede demostrado lo contrario por los medios procesales legalmente arbitrados, «con observancia de las garantías constitucionales y con base en pruebas directas, concluyentes y rotundas» (STS de 19 de febrero de 1996).

Se trata de un principio general reconocido por la Jurisprudencia pero que no ha alcanzado una positivización expresa (ver RAMOS CHAPARRO, «Comentario a la STS de 19 de febrero de 1996», en *CCJC*, núm. 41. 1996, págs. 773 a 785).

De ahí precisamente que la sentencia objeto de comentario señale que «la demanda debió ser y fue constituida en estado civil de incapacitada total» y que «la sentencia no se obtuvo por la falta de la audiencia de su hija, la

(1) Doctrina encabezada por las sentencias de 20 de febrero y 12 de junio de 1989, donde se exige la necesidad de reiterar en segunda instancia las pruebas preceptivas del artículo 208 (ahora art. 759 LEC).

Es más, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. («Comentario a la STS de 16 de marzo de 2001», en *CCJC*, núm. 56, 2001, pág. 821 y sigs.), entiende que la repetición de pruebas en segunda instancia debería exigirse *en todo caso*.

demandante de revisión». Recordemos, además, que ya la reforma del Código Civil del 83, en materia de tutela, introdujo el principio de investigación oficial mediante el reconocimiento al juez de ejercitar de oficio, o de acordar la práctica de medidas de prueba no propuestas por las partes, a fin de que el juicio no venga dominado por éstas al limitarlo a los resultados de una actividad probatoria exclusiva de ellas (vid. ORTELLS RAMOS, MANUEL, «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», en *La Ley*, 1986, T. II, pág. 1048). Lo que implica que el Juez, en caso de duda, hubiera propuesto cualquier tipo de prueba que estuviera a su alcance.

III. PROTECCIÓN DEL INTERÉS PERSONAL DE LA INCAPACITADA MEDIANTE

LA DECLARACIÓN DE TAL ESTADO CIVIL Y SU SUJECCIÓN A LA INSTITUCIÓN TUTELAR

La sentencia objeto de comentario solicita la revisión de la constitución del estado civil de incapacitación, pero no plantea la revisión respecto a la tutela.

El Juzgador, a mi juicio muy acertadamente, entiende que las pruebas practicadas en su día para determinar el estado mental de la persona incapacitada son de gran consistencia: el propio reconocimiento por el órgano judicial y el informe médico, además, de ser, «elocuentes y plenamente decisivas» (F.J. 2.º).

Estado mental actual, fondo del asunto, que además no se discute en ningún momento, simplemente se pretende revisar en base al incumplimiento de una actuación procesal, hoy derogada, como es la *falta de audiencia de su hija*.

De donde parece que la *causa de incapacidad* operante en aquel momento *continúa* en la actualidad.

El antiguo artículo 212 del Código Civil establecía la posibilidad de revisar el estado civil de incapacitado en los siguientes términos: «la sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecidas». El artículo 761-1 de la LEC reproduce casi literalmente este precepto.

Las nuevas circunstancias que permiten la incoación de un nuevo proceso han de ser siempre sobrevenidas y referidas a la capacidad natural del incapacitado, no circunstancias anteriores que el Juez no llegó a conocer, porque a ellas si les alcanza la cosa juzgada y no se regula aquí un proceso de revisión (vid. LETE DEL RIO, JOSÉ MANUEL, «El proceso de incapacitación», en *AC*, 2001, T. 4, pág. 1505).

Únicamente se argumenta la existencia de maquinación fraudulenta de la nieta como motivo de la revisión, al ocultarse el domicilio de la hija de la incapacitada en el proceso, por lo que no pudo tener conocimiento de su existencia, ni se pudo cumplir la audiencia que exigía el hoy derogado artículo 208 del Código Civil.

Pues bien, ya desde la perspectiva de la maquinación fraudulenta que se alega como única causa de revisión, precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que ocurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el título «maquinaciones fraudulentas», todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su

defensa, asegurando así el éxito de la demanda —sentencias, entre otras muchas, de 7 de abril y 19 de mayo de 1987, 14 de julio, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1988, 15 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 1989, 24 de diciembre de 1990, 7 de mayo de 1991, 25 de mayo, 8 de junio, 3 de julio y 10 de noviembre de 1992— (2). Nexo causal que no existe en el procedimiento objeto de análisis.

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de familia

POR MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

CONVENIO REGULADOR.—DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE CIERTAS CLÁUSULAS. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003.)

Antecedentes.—Se concede la separación legal de un matrimonio, y se aprueba la propuesta del Convenio Regulador de la separación, en el cual figuran las estipulaciones objeto de debate, ya que el dominio de la finca se atribuye al marido, pero el uso y disfrute del mismo, que hasta ahora había sido la vivienda conyugal, se atribuye a la esposa e hijos en tanto éstos convivan en el mismo y se encuentren en etapa de formación.

Doctrina.—Se deniega la inscripción de ciertas cláusulas en la medida en que tratan de sustituir las garantías concedidas legalmente a la vivienda familiar por unos pactos que no encajan en el ordenamiento por tratarse uno de ellos de renuncia previa a un derecho concedido por Ley para proteger a los hijos del matrimonio, y los otros, sobre indisponibilidad o disponibilidad de la vivienda, esto es, pactos obligacionales no inscribibles.

COMENTARIO

I. RENUNCIA PREVIA AL DERECHO DE INTERVENCIÓN EN LA VENTA DEL DOMICILIO CONYUGAL POR EL CÓNYUGE NO PROPIETARIO QUE POSEE EL DERECHO DE USO

En el convenio de separación los cónyuges pactaron «la renuncia previa al ejercicio de la facultad que se otorga al cónyuge no propietario de la necesi-

(2) También la STS de 27 de marzo de 2003, presenta la institución de la revisión, «cuya naturaleza de recurso aparece cuestionada por la doctrina procesal pero, en todo caso, su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que la integran hayan de realizarse con criterio restrictivo, pues la controversia llevaría a inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de cosa juzgada». Sentencias de 22 de marzo de 1991, con cita en la precedente de 21 de diciembre de 1988 y, en el mismo sentido las posteriores de 24 de marzo de 1995 y 24 de enero de 1996.

dad de su intervención en la enajenación de la vivienda familiar por el artículo 1.320 del Código Civil.

El Registrador entiende que dicha cláusula es contraria al *principio de irrenunciabilidad en perjuicio de tercero* que formula el artículo 6.2 del Código Civil, puesto que el derecho de uso se confiere conjuntamente a la esposa y a sus hijos, menores de edad.

De este modo la madre no actúa en exclusiva sino que también deben tenerse en cuenta los derechos de los hijos, que siendo menores necesitarían de un representante legal (art. 166 del Código Civil) para renunciar a sus derechos. Recordemos que el derecho de uso y disfrute de la vivienda, que fue el domicilio conyugal, se otorga a la esposa, pero sobre todo a los hijos, «mientras convivan en el mismo y se encuentren en etapa de formación». Recordemos, igualmente, que este específico derecho de uso tiene como finalidad otorgar relevancia a la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial.

II. EL CONVENIO REGULADOR Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

El convenio regulador aceptado por las partes y aprobado por el Juez, en el que se incluye la liquidación de la sociedad de gananciales, se integró plenamente en la ejecutoria en cuanto según testimonio de ella, expedido por el fedatario judicial, ese convenio obra en autos y en la sentencia que lo acepta expresamente incardinándose en ésta (1).

En supuestos de crisis matrimonial, la Ley otorga unas garantías a la vivienda familiar con la finalidad de proteger determinados intereses, generalmente a favor de los más desprotegidos que son los hijos (2). En dicho convenio se trata de sustituir estas garantías por otras contrarias a las esta-

(1) Aquí debemos tener en cuenta lo que dice la RDGRN, de 29 de julio de 1999, según la cual: «*las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente*».

(2) Garantías mínimas o protección básica en interés de los hijos, de ahí que pueda otorgarse un derecho mayor como ocurre en la RDGRN, de 29 de julio de 1999, donde uno de los cónyuges cede su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio... «sin que pueda alegarse que el artículo 90.b) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre su uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido mínimo del convenio, y por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce».

Por otro lado debemos recordar que la Disposición Adicional 6.^a, en los números 6 y 7 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el trámite para las separaciones y divorcios solicitados de mutuo acuerdo, se advierte que la aprobación judicial no se predica respecto de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, sino exclusivamente de los acuerdos relativos a los hijos. En concreto, el número 6 de la Disposición Adicional 6.^a señala que «solamente cuando el Juez considere que el convenio no ampara suficientemente el interés de los hijos podrá acordar que los cónyuges le sometan nueva propuesta».

blecidas por normas imperativas a través de pactos, fruto de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, pactos cuyo contenido es meramente obligacional, pues hace referencia a la disposición de la vivienda.

Pero la cuestión que se dirime es si tales pactos son inscribibles por el mero hecho de haber sido aprobados judicialmente. Evidentemente no. Y ello porque la ejecutoria es el vehículo de comunicación que no altera en modo alguno la naturaleza de los pactos y no los convierte en pactos de trascendencia real, los cuales sí serían inscribibles (3).

La organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad como institución de trascendencia *erga omnes*, encaminada a la protección del tráfico jurídico inmobiliario, es materia sustraída a la autonomía privada y regida por normas de *ius cogens*, no susceptibles de derogación por voluntad de los particulares (art. 6.2 del Código Civil).

III. INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE USO. ANULACIÓN DEL ASIENTO

El Registrador procede a inscribir el derecho de uso resultante del convenio regulador (4), pero deniega la inscripción de los pactos obligacionales, anteriormente vistos, y, *también el pacto de no inscripción del derecho de uso*.

El Registrador al calificar (art. 18 LH) no puede ver modalizada su conducta por pactos impuestos por las partes, quien bajo su responsabilidad habrá de calificar con arreglo al sistema legalmente preestablecido, máxime si tiene conocimiento de ello por el acceso del título al Registro.

En cuanto a la anulación del asiento practicado, esto es, de inscripción del derecho de uso, cabe señalar que el recurso gubernativo no es la vía hábil para resolver dicha pretensión. Una vez inscrito el derecho de uso no se puede solicitar la nulidad del asiento practicado, pues la inscripción está bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1.3 LH).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(3) La RDGRN de 10 de noviembre de 1995 y de 1 de septiembre de 1998 señalan que «la aprobación judicial que el artículo 90 del Código Civil exige para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias del divorcio, se predica no respecto de todos los recogidos en el convenio sino, exclusivamente, de aquellos que afectan a los hijos o que incidan sobre aspectos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, lo que no ocurre con las previsiones de exclusiva índole patrimonial que afecten únicamente a los cónyuges...».

(4) Recordemos que la eficacia del derecho de uso establecido a favor de los hijos deriva del propio convenio regulador y habrá de ser respetada en tanto no conste una explícita voluntad novatoria (art. 1.224 del Código Civil). Doctrina de la RDGRN de 1 de septiembre de 1998.

1.3. Derechos reales

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. CANCELACIÓN PARCIAL. TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN CONJUNTA DE DOCUMENTOS. RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.—ES POSIBLE PRACTICAR LA CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA SOLICITADA TRAS LA CALIFICACIÓN CONJUNTA DE LA SERIE DE DOCUMENTOS QUE CONSTITUYEN UN COMPLEJO DE VARIOS NEGOCIOS JURÍDICOS RELACIONADOS ENTRE SÍ. NO CABE APRECIAR FALTA DE TRACTO SUCESIVO. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 11 DE ABRIL DE 2003.)

Antecedentes.—El 27 de abril de 2000 se otorgan ante el notario y con números de protocolo correlativos, las siguientes escrituras: 1) Escritura de carta de pago y cancelación parcial de hipoteca, consecuencia de la cual queda reducida la responsabilidad hipotecaria; 2) Escritura de compraventa de la finca hipotecada, con subrogación en la hipoteca por parte del adquirente, aceptada por el acreedor hipotecario (Caixa d'Estalvis); 3) Subrogación de hipoteca por Ley 2/1994, en la que BSCH se subroga en el préstamo hipotecario, y en la que comparecen y prestan su consentimiento a todas las operaciones descritas anteriormente los titulares de los derechos inscritos.

Sin embargo, el orden de presentación de las mismas en el Registro de la Propiedad es distinto, pues se presenta, en primer lugar, la escritura de compraventa, a continuación la escritura de subrogación hipotecaria, y por último la de carta de pago y cancelación parcial, practicándose las dos primeras inscripciones por el Registrador, y denegando la de la tercera por falta de tracto sucesivo, ya que el que aparece en la misma como titular de la hipoteca (Caixa d'Estalvis) y que consiente en la cancelación parcial, es distinto de quien aparece, ahora, como titular de la garantía real, el nuevo acreedor hipotecario (BSCH) (arts. 20 y 82 LH).

Doctrina.—La DGRN considera inscribible dicha escritura de carta de pago y cancelación parcial de la hipoteca, pues al tratarse de tres negocios jurídicos relacionados entre sí, que constituyen un «complejo», y constando los consentimientos de todos los titulares intervinientes a todas esas operaciones, no se puede apreciar un defecto relativo a falta de tracto sucesivo o a la prioridad registral. Pues, debe calificarse conjuntamente todos los documentos presentados, teniendo en cuenta, para la práctica de la inscripción de cancelación parcial, aquellos otros títulos que se presentaron con anterioridad, pues constituyen un todo con éste.

COMENTARIO

El problema que se aborda en esta Resolución es si es procedente o no una calificación conjunta de varios documentos por parte del Registrador, cuando de la interconexión de los mismos es posible practicar todos los asientos solicitados; o si, por el contrario, debe respetarse estrictamente por el Registrador el orden de llegada de los documentos para su despacho. Teniendo en

cuenta que si se sigue escrupulosamente el mismo, falta el tracto sucesivo para inscribir la última de las escrituras presentadas, pues el acreedor hipotecario que consiente en la cancelación parcial de la hipoteca, ya no es el último titular registral de la misma.

Realmente, el Registrador deniega la última inscripción por falta de tracto sucesivo, y añade que aunque existiera tracto, tampoco podría practicarse la cancelación parcial solicitada, con la correspondiente modificación de responsabilidad hipotecaria, por no constar el consentimiento del titular del dominio de la finca.

Son, por tanto, dos defectos y dos cuestiones distintas que se analizan en la Resolución, pero el comentario se va a limitar al primero de los defectos señalados en la nota de calificación:

- Falta de tracto:

Es cierto, según se desprende del artículo 20 LH, que es absolutamente necesario que para practicar una inscripción conste como último titular registral, precisamente, el que otorga o dispone del derecho que se trata de inscribir. Se trata de un principio formal, necesario para la correcta práctica de los asientos registrales, y que, a su vez, tiene estrecha relación con el principio de calificación, pues la falta de aquél, supone una calificación negativa (o suspensiva), por lo que entra de lleno en el ámbito objetivo de la calificación registral.

Pero, a su vez, el principio de tracto está, asimismo, relacionado con el principio de prioridad registral aun siendo sustancialmente distinto de éste, e igualmente ambos se relacionan con el principio de calificación.

En efecto, el principio de prioridad recogido, entre otros, en el artículo 17 LH, trata de solucionar el problema de determinar qué título es preferente cuando existe una pluralidad de títulos, con asientos de presentación vigentes, a la vez sobre un mismo inmueble (1).

Pues bien, las relaciones entre los principios de prioridad, el de tracto y el de calificación registral se ponen de manifiesto cuando «está en juego la apreciación de la falta del requisito de la previa inscripción, que es materia de la función calificador», tal y como apunta GARCÍA GARCÍA (2). Y, en concreto, el principio de prioridad y tracto pueden verse estrechamente unidos cuando exista un problema de conflicto de títulos, por ejemplo, cuando a uno de los documentos que se presentan en el Registro le falte la previa inscripción (problema de tracto), pero que se soluciona con la presentación de otro título posterior que justifica esa transmisión precedente.

En el caso que se analiza, aunque el motivo para denegar sea la falta de tracto sucesivo, pues parece que no se cumple, no hay que olvidar que también influye el principio de prioridad registral, pues se han presentado tres títulos, cuyo orden de despacho e inscripción puede subsanar esa falta de tracto inicial; luego, el orden de calificación y despacho realizado por el Registrador con base en el principio de prioridad puede ser relevante en este

(1) No es problema del principio de prioridad determinar la preferencia entre varios títulos inscritos y no inscritos, esto sería más bien un problema de oponibilidad, aunque tradicional e históricamente muchas veces se han confundido.

(2) Véase, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 594.

caso. Como mantiene GARCÍA GARCÍA, «la influencia del principio de calificación en el de prioridad puede ser decisiva y determinar un cambio radical de prioridad en algunos casos» (3).

Históricamente, y como consecuencia directa del principio de prioridad, se ha establecido la regla general de que el Registrador tiene la obligación de calificar los documentos presentados por riguroso orden de presentación de los mismos, en cuanto se refieran a una misma finca inmatriculada. Así se deduce del artículo 249 LH, y confirman los artículos 417.3, 418.1 y 423 RH. Abundante jurisprudencia registral confirma esta regla: entre otras, la Resolución de 14 de diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962 y 18 de marzo de 1972. En ellas se mantiene, por parte del Centro Directivo, que el principio de prioridad impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos que se refieren a una misma finca, por riguroso orden cronológico de presentación.

En otras Resoluciones, la Dirección General confirma este orden de calificación de documentos, si bien, añade que así debe procederse cuando lo que se presentan son títulos contradictorios relativos a la misma finca (Resolución de 24 de octubre de 1998); y en parecidos términos encontramos las Resoluciones de 1, 2, 6 y 7 de junio de 1993, en las que pone de manifiesto que conforme al principio de prioridad, «la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el registro (arts. 24 y 25 LH) sin que puedan obstaculizar a su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados».

Por lo tanto, y como regla general, el Registrador debe despachar conforme al orden de presentación de documentos, sobre todo si éstos resultan incompatibles o contradictorios entre sí.

Sin embargo, existe una excepción o matización a esta regla, confirmada, asimismo, por numerosa jurisprudencia registral, en virtud de la cual, el Registrador deberá tener en cuenta, a la hora de calificar un documento, aquellos títulos que, aunque presentados con posterioridad al mismo, sean relevantes para el correcto desarrollo de la función calificadora. En concreto, la Resolución de 9 de marzo de 1942 afirma que el Registrador, «para el mejor acierto en su calificación, ha de acudir también a otros títulos pendientes de despacho». En el mismo sentido, la Resolución de 31 de marzo de 1950 sostiene que los Registradores «están facultados para tener presentes tales documentos (los que están pendientes de despacho), con la finalidad de procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados». Igualmente, la Resolución de 29 de mayo de 1998 insiste en que es doctrina reiterada que, para mayor acierto en la calificación, deben ser valorados todos los títulos relativos a la misma finca, evitando de este modo asientos innecesarios o llamados a extinguirse inmediatamente. Otras Resoluciones que mantienen esta postura son: 7 de febrero de 1959; 26 de septiembre de 1967, 18 de marzo de 1972, etc.

En la Resolución de 22 de octubre de 1952 se explica el fundamento de esta peculiaridad o excepción, en el hecho de que «la rígida aplicación de

(3) Véase, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, ob. cit., pág. 582.

cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, y tener en cuenta los asientos registrales que contribuyan a la más acertada calificación». Critica GARCÍA GARCÍA esta Resolución, pues a diferencia de otras, aquí sí hay un auténtico problema o supuesto de prioridad registral, pues existe un verdadero conflicto de títulos. Y se corre el riesgo, según este autor, de «introducir una novedad peligrosa para el principio de prioridad y para la seguridad jurídica que dicho principio implica».

Luego, parece que debemos pensar que la excepción a la regla general establecida con respecto al principio de prioridad está suficientemente justificada cuando, calificando o teniendo en cuenta esos documentos ya presentados y posteriores, se supriman o eviten asientos efímeros e inútiles que provocarían gastos absurdos. Creo que tampoco habría problema para poder tener en cuenta esos documentos presentados con posterioridad cuando mejoren o favorezcan la calificación, en el sentido de hacerse más acorde con lo que se quiso en la realidad extrarregistral, y desde luego, siempre que no exista contradicción o incompatibilidad entre los títulos presentados, aunque, probablemente en este supuesto no nos encontremos ante un caso típico que deba solucionar el principio de prioridad registral.

En el caso que se comenta, no hay un verdadero conflicto de títulos presentados, pues todos ellos conforman un complejo de negocios jurídicos interrelacionados, y la falta de tracto sucesivo que aprecia el Registrador es fácilmente subsanable si nos atenemos al título presentado en último lugar que, lejos de entrar en conflicto con los anteriores, los complementa. No se trata aquí, exactamente, del supuesto descrito en las otras Resoluciones; pues, no es el documento posterior el que soluciona el conflicto y favorece una correcta calificación, sino que, el presentado en último lugar, debería haberse presentado en primer lugar para evitar esa falta de tracto, tal y como se deduce del propio orden de otorgamiento de las escrituras, y que recoge la última de ellas.

Pero, sin embargo, no veo obstáculo para que el Registrador lleve a cabo una calificación conjunta de los documentos en este supuesto, ya que todos ellos se presentan el mismo día, con número correlativo de protocolo, con unidad funcional, integrando una serie de negocios jurídicos concatenados, en los que el último de ellos recoge todos los anteriores. No se altera el principio de prioridad registral de forma sustantiva, y tan sólo hay una falta de tracto, por estar inscrito el derecho de hipoteca a nombre de otro; pero, en aras de una correcta calificación y trayendo a colación la doctrina antes citada (aunque no se trate de supuestos idénticos), podemos concluir que así puede hacerse. Creo que este es un caso en el que la calificación conjunta por parte del Registrador debe admitirse, pues es necesaria para ordenar el tracto, y por lo tanto, «para el mejor acierto en su calificación», como han mantenido tantas Resoluciones.

La Resolución de 18 de marzo de 1972 contempla un caso en el que se produce un conflicto entre principio de prioridad, falta de tracto y calificación registral, y la Dirección General concluye, al igual que en otras muchas Resoluciones, que el principio de prioridad impone la calificación por estricto orden de llegada de los documentos, si bien, esto puede modificarse para conseguir la correcta calificación por parte del Registrador, teniendo en cuenta otros documentos posteriores. Pero añade, además, «que de esta facultad

y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos, a fin de practicar, como en este caso se pretende por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado». Pues bien, el nuevo inconveniente que alega el Centro Directivo me parece muy aceptable, pero tampoco se puede extrapolar al caso que nos ocupa, pues en la última escritura que se otorgó (de subrogación hipotecaria), consta expresamente el consentimiento de todos los titulares a esa serie de actos o negocios que llevan a cabo; luego su voluntad es manifiesta, y la intención de todos ellos está clara y se extrae del iter normal que quisieron, y fue el del otorgamiento de las escrituras.

Como conclusión, me gustaría decir que comparto la decisión de la DGRN en esta Resolución, si bien, creo conveniente poner de relieve que, una vez más, hay que tener cuidado con las excepciones o situaciones peculiares o particulares, pues el «abuso» que la práctica registral pueda hacer de las mismas, puede llevar a olvidar el verdadero sentido y contenido del principio de prioridad registral. Creo que la Resolución de 8 de mayo de 2002, que recoge la doctrina de la de 23 de octubre de 2001, expresa perfectamente el resumen de todo lo que aquí se ha dicho, y de la opinión que sostengo desde estas líneas, por lo que, para concluir, transcribo parte de sus Fundamentos de Derecho: «Hay que tener en cuenta, como ya ha dicho este Centro Directivo, que dado el alcance del principio de prioridad, básico en nuestro sistema registral (cfr. arts. 17, 24, 25 y 248 LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro (arts. 24 y 25 LH), sin que puedan obstaculizar su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados; y si bien es cierto que es doctrina de este Centro que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca, o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevar al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título».

HIPOTECA. CANCELACIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR.—ES SUFICIENTE PARA ACREDITAR LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA, LA INUTILIZACIÓN DE LOS TÍTULOS POR EL NOTARIO, TRAS COMPROBAR QUE COINCIDEN CON LOS RESEÑADOS EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 9 DE JUNIO DE 2003.)

Antecedentes.—Se constituyó hipoteca sobre determinadas fincas en garantía de diez obligaciones hipotecarias de 2.500.000 pesetas de valor nominal cada una de ellas, numeradas correlativamente del 1 al 10, de la serie A, extendidas en libros talonarios al portador, emitidas por los deudores hipotecantes. Adjudicadas dichas fincas a don Marcelo B. B., se canceló parcialmente la hipoteca que garantizaba el crédito, en concreto las obligaciones hipotecarias del 1 al 8 inclusive, quedando éstas inutilizadas por haber sido

adjudicadas las fincas objeto de la presente escritura al compareciente. Posteriormente, don Marcelo B. B., portador de las obligaciones hipotecarias, números 9 y 10 restantes, otorga escritura de cancelación de hipoteca, exhibiendo ante el Notario los correspondientes títulos, dándose fe por el Notario de que tiene en su poder las dos obligaciones hipotecarias, que coinciden con las que figuran en la escritura de la hipoteca, y que quedan debidamente inutilizadas, y solicita, asimismo en la escritura, la cancelación total de la hipoteca que las garantiza.

El Registrador rechaza la inscripción solicitada por no presentarse y acompañarse a dicha escritura los títulos y los cupones correspondientes a las mismas, tal y como exige el artículo 156 LH y 247 RH.

Se presenta recurso gubernativo contra la calificación del Registrador por entender que con la inutilización de los títulos por el Notario, previa comprobación de coincidencia e identificación de las obligaciones, queda suficientemente probada la extinción del derecho de hipoteca, y se cumple así lo preceptuado para la cancelación de la misma. La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del Registrador.

Doctrina.—La DGRN considera probada la extinción del derecho de hipoteca, tal y como exigen los artículos 79.2 y 80.2 LH para cancelar el asiento correspondiente, al constatar la inutilización de los títulos al portador. Como éstos llevan incorporados el derecho al documento, implica que la destrucción o inutilización de los mismos acarrea la extinción del derecho incorporado. Y la extinción de éste, y por razón de accesoriedad, implica la de la hipoteca que lo garantiza. Luego, la acreditación de la inutilización de los títulos demuestra suficientemente la extinción del derecho, y por tanto de la hipoteca cuya cancelación se solicita, dando debido cumplimiento a lo exigido por el artículo 173 RH.

COMENTARIO

El problema que resuelve el Centro Directivo en esta Resolución es si la cancelación de la hipoteca en garantía de obligaciones al portador solicitada puede y, en su caso, cómo (y con qué formalidades) llevarse a cabo.

Pero, como no podía ser de otra forma, la cancelación de un asiento está en íntima conexión con la extinción del derecho inscrito en aquél; esta extinción del derecho es la premisa fundamental en toda cancelación.

Por eso, la DGRN entra a comprobar la extinción del derecho de hipoteca inscrito. Y la extinción de este derecho real puede deberse a causas propias de su naturaleza real (que no es el caso), o, a cualquiera de las causas de extinción de la obligación que asegura por razón de su accesoriedad. Por eso, aunque centraremos básicamente el comentario en el tema de la cancelación, creo conveniente pararme en primer lugar a examinar cómo se extingue el derecho de crédito contenido en las obligaciones hipotecarias, es decir, cómo se extinguen las obligaciones al portador garantizadas, y cómo se acredita dicha extinción.

En las obligaciones al portador, y como es sabido por todos, la obligación o derecho se incorpora al título o documento con el que se transmite, de forma que el crédito se transmite por la misma tradición del título, y será titular del mismo —del crédito— quien detente o sea portador, en ese momen-

to, del título o documento. Esto lleva a una indeterminación inicial de ese titular o acreedor. En este tipo de obligaciones se hace una identificación del crédito contenido en el título con el propio continente o documento.

Dos son entonces las características más notables de los títulos al portador: *a)* la indeterminación personal del acreedor o titular de los títulos; *b)* la incorporación del crédito al título, de forma casi inescindible.

Y dentro de los títulos al portador, si además incorporan un derecho real de hipoteca, que garantiza el crédito que contienen, hablamos de obligaciones hipotecarias al portador.

¿Cómo se extinguen las obligaciones hipotecarias al portador?

1. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES HIPOTECARIAS AL PORTADOR

La regulación de este tipo de obligaciones al portador y su extinción se encuentra recogida en los artículos 154-156 LH, y fundamentalmente en el Código de Comercio (arts. 201-208), y en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 282-309), pues no hay que olvidar que la emisión de obligaciones al portador por excelencia, y la posibilidad de su garantía con hipoteca, es la realizada por las sociedades anónimas, y no por personas físicas. Ya que la emisión de obligaciones al portador por personas físicas (en el sentido más estricto de obligaciones al portador) (1), o garantizar ésta, está prohibida por la Disposición Adicional tercera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (2). Sin embargo, la DGRN (3) admite «cierta» emisión de obligaciones hipotecarias por particulares; reconoce que éstos pueden constituir hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, siempre y cuando se trate de garantizar títulos aislados y que puedan ser calificados de verdaderos títulos valores al portador, dentro del *numerus clausus* que existe de los mismos. Pero la posibilidad de la emisión de obligaciones hipotecarias al portador por personas físicas es otro tema que excede de este comentario, y que no voy a abordar en este momento (4).

Pues bien, cerrando este paréntesis, hay que decir que la extinción del derecho representado en las obligaciones al portador se lleva a cabo normalmente por la amortización y reembolso de todos los títulos, que es la forma normal de recoger las obligaciones. Y esto generalmente tiene lugar por el previo pago de los créditos correspondientes, aunque no hay problema para admitir la extinción del crédito por novación, compensación, y en general

(1) Entiendo las obligaciones al portador en sentido estricto como «los títulos representativos de parte de empréstito ofrecido al público y requieren su emisión en serie» (RRDGRN de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997), siendo entonces fundamental esa apelación y captación del ahorro del público, colectivo, dirigida a una pluralidad de personas, y su emisión en serie, agrupadas en emisiones.

(2) Disposición Adicional 3.ª LSRL: «Prohibición de emitir obligaciones. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las personas físicas y las sociedades civiles, colectivas y comanditarias simples, no podrán emitir ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones».

(3) Véanse las Resoluciones de la DGRN de 17 de septiembre de 1996, 24 de enero de 1997, 28 de abril de 1999 y 28 de enero de 2000.

(4) No obstante, sobre el mismo, véase el comentario que realicé en esta misma Revista sobre la RDGRN de 28 de enero de 2000.

cualquiera de los modos de extinción de las obligaciones del 1.160 del Código Civil (5).

Existen también, según recoge el artículo 306 LSA, otras formas de rescate de las obligaciones, que son: *a)* el rescate como consecuencia del convenio entre la sociedad y el sindicato de obligacionistas; *b)* por adquisición en Bolsa, al efecto de amortizarlas; *c)* por conversión en acciones, de acuerdo con los titulares (6).

Si la emisión hubiese sido garantizada (tal y como permite el art. 284 LSA), y, en nuestro caso, con hipoteca (obligaciones hipotecarias), para la cancelación de esas garantías, y como recoge el artículo 309 LSA, será necesario acreditar o demostrar su extinción. Para ello, es preciso llevar a cabo la «recogida» de los títulos en poder del deudor, que asevera el Notario, estampillándolos o inutilizándolos. Una vez inutilizados los títulos, y por su identificación con el derecho que contienen, no hay problema para considerar extinguido plenamente tanto los derechos en ellos contenidos —ya no hay título, luego no hay derecho, por su mimetismo—, como sus garantías, por su accesoriadad. La doctrina (7) es unánime al resaltar la inutilización de los títulos como prueba de la extinción del derecho y necesario para cancelar sus garantías correspondientes; por ejemplo, RODRÍGO URÍA señala que «cuando las obligaciones estén representadas mediante títulos será necesario estampillarlos o inutilizarlos. Con el estampillado o la sustitución de las obligaciones se evita que cualquier adquirente de éstas pueda formarse una idea equivocada en cuanto a la naturaleza de la emisión».

Pero, justamente, si la garantía de la emisión de las obligaciones al portador se trata de una hipoteca, tendrán que intervenir las reglas establecidas en la Ley Hipotecaria, por ser el derecho de hipoteca un derecho real de inscripción constitutiva. Luego, habrá que estar también a lo que allí se dispone, que pasamos a analizar a continuación, tal y como se deduce del propio artículo 315.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES AL PORTADOR

La regla general de la cancelación se contiene en el artículo 82.1 LH (corroborada por el 179 RH), y exige para cancelar el consentimiento del titular registral del asiento cuyo derecho se pretende cancelar: en este caso, sería necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios que tienen a su

(5) En este sentido se manifiesta, por ejemplo, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *La emisión de obligaciones por Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, pág. 160.

(6) Coinciden en la forma de extinción o reembolso de las obligaciones al portador emitidas por una Sociedad Anónima todos los autores, véase, a modo de ejemplo: URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 454; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Ciencias Jurídicas, Madrid, 2000, pág. 591; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1987, págs. 229-230.

(7) Véase URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La Sociedad Anónima: las obligaciones», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 998, y en URÍA, R., «Derecho Mercantil», *ob. cit.*, pág. 454.; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., «La emisión de obligaciones por Sociedad Anónima», *ob. cit.*, pág. 162.

favor ese derecho de hipoteca en garantía de las obligaciones al portador. Pero, la especial configuración de estas obligaciones con acreedor indeterminado y muchas veces plural o múltiple, hace prácticamente imposible obtener su consentimiento.

Por eso, el artículo 156 LH establece una forma peculiar de cancelación, que tiene su base de admisión en el propio 82.4 LH («...sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley»), que altera la regla general del consentimiento para cancelar o negocio cancelatorio.

Este artículo establece una casuística sobre las cancelaciones de obligaciones al portador o por endoso, y, según se trate de una cancelación total o parcial.

En concreto, correspondería aplicar las reglas establecidas en el artículo 156.2, para la cancelación total de hipotecas en garantía de obligaciones al portador. Para ello se exige que se haga constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados. Es decir, y como dice ROCA SASTRE (8), por las especiales características de la hipoteca constituida en garantía de títulos al portador, las reglas para su cancelación son, asimismo, especiales, ya que «la circunstancia de que el crédito asegurado con la hipoteca esté incorporado a un título especial hace indispensable, en general, la presentación de ese título..., debidamente inutilizado, o acreditar cumplidamente estos hechos para poder proceder a la cancelación consiguiente». O sea, y para este autor, o se presentan los títulos inutilizados o se acredita suficientemente que lo están.

Y esto significa, ni más ni menos, que se podrá cancelar la hipoteca cuando se demuestre la extinción del derecho, por lo que hemos dicho en el apartado anterior; pues la recogida y presentación e inutilización de los títulos por el Notario equivale a la extinción del derecho que contienen, y por razón de su accesoriedad, de la hipoteca que lo asegura. Porque en este tipo de títulos transmisibles al portador, no hay que olvidar que el título equivale al derecho.

Una vez demostrada la extinción del derecho, no hay problema alguno en cancelar el asiento que lo contiene, pues ésta es siempre premisa de la cancelación; es más, es su fundamento, y no al revés (9). Al ser premisa o fundamento de toda cancelación en determinados supuestos (aunque, eso sí, excepcionales), la propia LH admite que baste con esta demostración para que se pueda llevar a cabo la cancelación correspondiente. La DGRN se ha pronunciado sobre este tema en las Resoluciones de 3 de diciembre de 1986 y 30 de octubre de 1989 y, aunque en ellas se trate de cancelación de hipoteca en garantía de letras de cambio, afirma que la necesidad de concordar el Registro con la realidad extrarregistral conduce a la necesidad de cancelar un asiento cuando se justifica fehacientemente la completa extinción del derecho que contiene, sin necesidad del consentimiento del titular del asiento (arts. 2, 79.2, 82 LH y 173 RH). Por eso, en principio, basta la justificación de la extinción del derecho contenido en los títulos para cancelar la inscripción de hipoteca que los garantiza.

(8) Véase ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998, pág. 417.

(9) Véase sobre esta idea, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario», *CER*, Madrid, 2000.

¿Cómo justificamos esta extinción? El 156.2 LH nos dice que esté recogida y en manos del deudor toda la emisión. Surge un escollo, pues, en el caso que se analiza, no es el primitivo deudor el que tiene y presenta los títulos para su cotejo por el Notario, sino el propietario actual de la finca que la ha adquirido tras su adjudicación por el Juzgado correspondiente, y es él quien exhibe los títulos de las dos obligaciones hipotecarias pendientes de cancelación. No obstante, y después de varias Resoluciones de la DGRN (10), se admite sin problemas que sea una persona distinta al deudor quien los exhiba y presente a su inutilización por el Notario (11). En efecto, y entre las más recientes, la Resolución de 22 de diciembre de 1999, para un supuesto muy parecido en el que los títulos también se encuentran en manos del adjudicatario, nuevo propietario de la finca hipotecada, afirma que «...se dan los presupuestos legales para la cancelación de la garantía, tal como expresamente se recoge en el artículo 156 LH, sin que la referencia del mismo al supuesto de que aquéllos obren en poder del deudor, sin duda por ser el más frecuente, pueda excluir la misma solución cuando lo solicita cualquier persona legítima conforme al artículo 6.º LH».

Otro problema que se plantea en este recurso, y que pone de relieve el Registrador, es que la acreditación de la extinción del derecho se hace a través de la inutilización de los títulos, y que es necesaria la presentación de los mismos para hacer constar en ellos la cancelación de la hipoteca correspondiente y evitar así una posible ejecución.

En este supuesto no se presentan y no se acompañan al acta notarial por estar destruidos; al estar destruidos, no pueden presentarse, pero sí puede acreditarse que fueron previamente inutilizados.

La DGRN considera suficiente esta acreditación como prueba de la extinción del derecho, y no encuentra obstáculo al defecto señalado por el Registrador, pues considera que «si el Notario afirma haber inutilizado los títulos, se está refiriendo a los destinados al tráfico y no a las matrices correspondientes». En el mismo sentido, ROCA SASTRE (12) cree suficiente la acreditación de la inutilización de los títulos para cancelar, tal y como ya se ha dicho anteriormente.

(10) Véase, por ejemplo, la Resolución de 29 de diciembre de 1914, que considera legitimado para pedir la cancelación de una hipoteca en garantía de títulos al portador, no sólo al emitente, sino también al tercer poseedor de finca hipotecada, y ello porque «el tercer poseedor puede verse perturbado en el aprovechamiento de la cosa por las reclamaciones del acreedor, ser requerido de pago con las formalidades legales, o sufrir quebranto en su patrimonio como consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, y tiene por lo tanto un interés tan directo en la extinción de la deuda principal como el mismo obligado, ostentando asimismo en cierto sentido, el carácter de deudor subsidiario respecto de la prestación garantizada por la finca sobre la que recaía el gravamen».

(11) Además, esta posibilidad ya se encontraba recogida en el antiguo artículo 183 RH de 1915, que establecía que procedía también la cancelación total de este tipo de hipotecas, cuando se presentaba «escritura pública o acta notarial, en las que se haga constar que obra en poder del deudor, o del tercer poseedor, o de persona que tenga interés conocido en la cancelación...»

(12) Véase ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», tomo VIII, *ob. cit.*, pág. 417: asevera que para la cancelación de estas hipotecas «se hace indispensable la presentación de este título, debidamente inutilizado o devuelto, respectivamente, o acreditar cumplidamente estos hechos».

Considero, y esta es parte de mi crítica, que el Centro Directivo vuelve a dar, una vez más, más facilidades para conseguir cancelar este tipo de hipotecas en garantía de títulos al portador (o en su caso a la orden). Creo que se van ampliando o interpretando de manera extensiva los requisitos establecidos por la Ley para cancelar este tipo de hipotecas. Y no hay que olvidar que la cancelación prevista para las mismas es una excepción a la regla general; este tipo de cancelaciones son excepcionales, y, en consecuencia, deberían aplicar e interpretarse de forma restrictiva.

Sin embargo, la DGRN no lo hace así, pues a lo dicho anteriormente, se puede añadir que, por ejemplo, en la Resolución de 15 de enero de 1991 ya admitió la posibilidad de cancelar parcialmente una hipoteca en garantía de letras de cambio, mediante acta notarial en vez de escritura, por la que se acreditaba el estar recogidas y en poder del deudor las letras correspondientes; luego, va ampliando cada vez más y facilitando este tipo de cancelación excepcional, admitiendo nuevas excepciones a lo dispuesto en la Ley.

Como pone de manifiesto CANALS BRAGE (13), para la DGRN, la argumentación es en todo caso la misma: «en los títulos se produce la incorporación del derecho al documento, la destrucción o inutilización del título acarrea la extinción del derecho, y la de éste conlleva la del derecho de garantía por su carácter accesorio. Por tanto, lo único que debe interesar para la cancelación es la acreditación de lo primero».

Concluyendo, me parece acertada la idea de que si se acredita la extinción del derecho (y más por un Notario), pueda cancelarse la inscripción de su asiento; pues dicha extinción, que se prueba suficientemente, es el fundamento del asiento de cancelación, y además es misión de dicho asiento hacer concordar el Registro con la realidad jurídica extrarregistral. Además, así lo admiten (aunque sea de manera excepcional) los artículos 82.2 LH y 173 RH. Comprendo, incluso, que así se facilita y agiliza el tráfico y la práctica mercantil, y que hay muchas presiones e intereses en ese sentido. Y en aras de esa rapidez y eficacia del tráfico es bueno que para cancelar baste con la prueba de la extinción del derecho inscrito; de esta forma, se flexibiliza el rígido sistema contenido en los artículos 82.1 LH y 179 RH.

Parece que empieza a superarse, en cierto modo, la tesis tradicional de la necesidad del consentimiento en la cancelación; consentimiento, cuya única justificación se encuentra en el «miedo» que históricamente ha tenido el legislador de privar de un derecho a su titular, sin su anuencia, como consecuencia de la «excesiva» protección que se ha pretendido dar al titular registral, en un desarrollo, desde mi punto de vista, extremo del principio de legitimación.

A pesar de todo ello, y mientras la regulación en torno a la cancelación no quede superada con el correspondiente cambio legislativo (si es que es tan necesario), considero que no vamos por buen camino interpretando de manera amplia una excepción, que merece justamente la interpretación contraria. Pues, así se corre el riesgo de «desnaturalizar» ese modo excepcional de cancelación previsto en el artículo 156 LH, haciéndolo cada vez más fácil, e incluso, si se sigue en esa línea de interpretación amplia, de llegar a «inutilizar» el artícu-

(13) Véase CANALS BRAGE, F., «Comentario a los artículos 154-156 LH», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII, vol. 8, EDESA, Madrid, 2000, pág. 658.

lo 82.1 LH, que contiene la regla general de cancelación. Regla, que puede que sea necesario superar, pero que de momento es la que tenemos.

Por eso, considero que todos estos cambios debidos a interpretaciones que agilizan el tráfico son buenos, son positivos, pero que deberían ir acompañados de su correspondiente reflejo legislativo, y no sólo jurisprudencial y práctico.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Obligaciones y contratos

Por ISABEL MORATILLA GALÁN

OPCIÓN DE COMPRA. CADUCIDAD PERO CON SUBSISTENCIA DE PACTOS SINGULARES CUANDO FINALMENTE ACABA VENDIÉNDOSE A QUIEN EN SU DÍA FUE OPTANTE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Marín Castán.

Antecedentes.—En la presente litis constituyen hechos probados los siguientes: 1) La entidad actora, Sociedad Cooperativa del Campo Santiago Apóstol, Andaluza de Trabajo Asociado, otorgó opción de compra al demandado don Manuel Haro Conejero, en documento privado de 23 de septiembre de 1987, respecto a la finca denominada Cortijo de Aire Nuevo, por un plazo de seis meses prorrogable. 2) Por documento de 21 de marzo de 1988, se efectuó una primera prórroga, conviniendo la cantidad de dos millones de pesetas —es decir, doce mil euros—, como precio de la opción, que fue entregada por el optante; 3) Tuvo lugar segunda prórroga por tres meses más, y de forma gratuita, reflejada en documento de 14 de septiembre de 1988, pactándose la forma de pago del precio de la compraventa proyectada —cláusula cuarta—, haciendo abono el comprador, como parte del precio, otra determinada cantidad de dinero; 4) La compraventa no tuvo lugar porque el día del vencimiento de la opción coincidió con las fiestas navideñas, por lo que las partes la aplazaron al 31 de enero de 1989, en cuya fecha don Manuel Haro Conejero hizo entrega en mano a la actora de escrito en el que manifestaba su resolución de «llevar a cabo el contrato de compraventa, eligiendo la forma de pago pactada en el documento de 14 de septiembre de 1988»; 5) La actora no accedió a dicha pretensión y en la misma fecha —31 de enero de 1989—, le comunicó que la firma del contrato no podía tener lugar, «al no haber aportado las garantías y avales suficientes, ni aportar documentación que acredite la existencia de dichas garantías, ni tampoco de la subrogación de los préstamos»; 6) La entidad codemandada, Kairos, Compañía de Seguros y Reaseguros, con fecha 19 de octubre de 1990 prestó ante la actora aval por medio del cual afianzaba, en concepto de fianza definitiva, a don Manuel Haro Conejero, para responder al pago de los préstamos concertados por la Cooperativa con la Caja Rural de Granada; y 7) El 21 de diciembre de 1990 se otorgó escritura de compraventa por la Cooperativa a favor de la demandada Termas

de Santa Fe, S. A., representada por don Manuel Haro Conejero, la que contiene dos ventas: A) Una primera, que se refiere al Sector A, segregada de la finca matriz, finca Cortijo del Aire Nuevo, y B) Una segunda finca que corresponde al Sector B, también segregada, el pago de la primera fue recibido y el de la segunda se pactó en dos plazos.

Doctrina.—Lo que la sentencia recurrida siente no es esta declaración que se aporta como decisiva y definitiva, ya que lo que decide, conforme a los hechos probados, es que la opción quedó efectivamente extinguida, al afectarle la caducidad por falta de su ejercicio por el beneficiario en los plazos prorrogados convenidos, pero esto no resulta impeditivo para que la compraventa que tuvo lugar como negocio independiente y referente a la primera finca (Sector A), en base al principio de libertad de contratación —art. 1.255 del Código Civil—, figurase otro comprador y se aceptasen y mantuviesen algunos de los pactos que establecieron en la prórroga de la opción contenidos en el documento de 14 de septiembre de 1988, lo que decide el Tribunal de Instancia en labor interpretativa de los actos anteriores, coetáneos y posteriores, y así vino a decretar que la Cooperativa vendedora mantuvo y aceptó la cláusula cuarta de la referida prórroga opcional, en cuanto a que el señor Haro Conejero, como efectivo comprador de la parcela referida, presentase aval a su nombre para garantizar el pago del precio, lo que cumplió con la aportación del expedido por la entidad codemandada Kairos, Compañía de Seguros y Reaseguros, de fecha 19 de octubre de 1990, que es anterior a la compraventa, y de esta forma se facilitó la misma, y así lo refleja el documento al hacerse constar que la vendedora confesó haber recibido el precio con anterioridad a este acto, «a su satisfacción en cuanto al medio de pago», ya que el adverbio «en cuanto» ha de interpretarse en el sentido de que el importe había resultado suficientemente garantizado y satisfacía a la enajenante en lo que le correspondía, habiendo efectuado don Manuel Haro Conejero pagos parciales del precio, entrega de talones y letras y garantizando el débito con el aval que obtuvo, por lo que resulta ser el efectivo comprador de la finca reseñada, y Termas de Santa Fe, S. A., comprador simplemente formal, designado por aquél, habiendo intervenido en la compraventa como Consejero Delegado de la mercantil de referencia.

COMENTARIO

En realidad no se ha producido infracción de la norma que se aporta como denunciada, y aunque la sentencia se contradice al citar el artículo 1.203 del Código Civil, como si se tratase de una situación modificativa contractual, no lo aceptamos. No ha tenido lugar novación, pues no se puede novar un contrato inexistente —situación de incompatibilidad— como era la opción caducada, por una compraventa posterior que surge a la vida jurídica, con total autonomía, en la que se integra alguna de las cláusulas que se pactaron en la opción, que de esta forma fueron actualizadas y revitalizadas, y la novación necesariamente opera sobre una obligación preexistente, con subsistencia acreditada. Consecuente a lo que se deja estudiado es el decaimiento de los motivos y la permanencia de la situación de don Manuel Haro Conejero, como comprador real y deudor de la cantidad a la que viene condenado, por el concepto de precio de la venta de la primera finca y que le resta por satisfacer,

pues conforme al artículo 1.218 del Código Civil una cosa es la veracidad de lo que se ha declarado en las escrituras y otra muy distinta que sea verdad real lo que se ha hecho constar, aspecto este que no queda sujeto a la fe pública notarial. Además, se aduce la infracción de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, en razón a mantener la manifestación que contiene la escritura de venta respecto a que la Cooperativa había recibido anticipadamente el precio de la venta de la primera finca, declaración que no resulta concluyente, como se deja explicado y hace inaplicable la jurisprudencia que se aporta, pues el artículo 1.170 del Código Civil declara que la simple entrega de documentos mercantiles —como en nuestro caso sucede con el aval—, no significa por sí pago efectivo, ya que éste queda supeditado, para entender pago cumplido, a su realización, lo que tampoco ha sucedido, al no haberse hecho cargo la aseguradora Kairos de las obligaciones asumidas por consecuencia del contrato de caución que concertó don Manuel Haro Conejero. Y es que la sentencia en curso no tuvo por satisfecha la totalidad del precio confesado en la escritura del Sector A, al no existir rastro bancario acreditativo de su abono total y, en su caso, de la cantidad que se dijo satisfecha, para lo que se argumenta, como justificación explicativa, que el pago tuvo lugar en metálico y de forma directa «en mano» a la vendedora, lo que no es de recibo, pues se está haciendo supuesto de la cuestión y aporta una impugnación no debidamente demostrada. La opción de compra en sí misma es un derecho, que también puede conformarse como negocio jurídico que se expresa y realiza en la venta que se acuerde, en ella se integra el objeto convenido como elemento esencial de la misma y ocasiona, por el ejercicio voluntario del derecho opcional a cargo del beneficiario, la celebración del contrato de compraventa, alcanzando estado de perfección y culmina el desplazamiento de la titularidad dominical de lo enajenado, del que cede en favor del adquirente y éste queda obligado a pagar el precio convenido. Así las cosas, y en línea de elemental lógica jurídica, el aval de autos no garantizaba en sí la opción y la mención que de ella se hace en el documento es mera referencia, que no excluía expresamente la venta a la que afectaba, ya que la opción no había generado precio de venta propio, salvo la primera que en su día fue satisfecha. La cobertura prestada del riesgo y que se refiere al aval, que fue mantenido y nunca se retiró o se dejó sin efecto, hay que referirlo necesariamente, y por responder a las voluntades concertadas de las partes, al precio de la compraventa proyectada, en cuanto se integraba con la obligación asumida por don Manuel Haro Conejero, a fin de poder celebrar dicho contrato, de subrogarse en los préstamos pendientes de la Cooperativa con la Caja Rural de Granada y satisfacerlos a su vencimiento, lo que no cumplió, ante lo cual la recurrente resulta responsable por ser la garantizadora de tales pagos. Cosa distinta es que sólo se hubiera cubierto la opción y excluido expresamente la compraventa, lo que resulta absurdo, y que en este caso se celebró al margen de aquélla, por haber caducado, pero respetándose las condiciones de pago convenidas en la relación opcional, como ya hemos analizado.

INCUMPLIMIENTO MÍNIMO, CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA CONTRAPARTE EN EL CONTRATO, NO PRIVA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA QUE EL ARTICULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL CONCEDE. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la entidad mercantil VAPF, S. A., en resolución de contrato de compraventa por incumplimiento y reclamación de cantidad, intereses legales y costas, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación, termina suplicando se dicte sentencia por la que teniendo por resuelto el contrato suscrito se condene a la demandada al pago de la cantidad señalada.

Doctrina.—Se atribuye a la Sala de instancia una errónea interpretación de la voluntad que los litigantes llevaron en su día al contrato de compraventa suscrito y aunque los extremos en que se sostiene tal atribución no afectan a la indiscutida calificación del convenio ni van más allá del ámbito de los hechos —lo que determina su exclusión de la casación— la única posibilidad de que el raciocinio interpretativo haya sido ilógico o absurdo o contrario a la ley, que es lo que parece dar a entender la argumentación que sostiene dicho motivo de recurso, hará necesaria la oportuna comprobación y consiguiente decisión. También queda establecido el carácter bilateral de dicho contrato y realizada en la fecha prevista la construcción de la vivienda que era parte de su objeto, no ocurrió lo mismo con la de aquellos otros elementos que se dejan indicados pues, no habiéndose realizado nada respecto a ellos, la intención persistente en orden a ese evidente incumplimiento la resalta la sentencia recurrida —valorándola en el único sentido posible y trascendente a la vida de las relaciones jurídicas—, teniendo en cuenta las referencias de la propia recurrente en tanto resalta, y en ello apoya la justificación de su incumplimiento, la inexistencia de un plazo para la realización y cumplimiento de este extremo del contrato y la reiteración que de ello se hizo en el acto de la vista del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial para defender así la postura de incumplimiento de la demandada y recurrente, lo que lleva rectamente a dicha Sala a entender en la recurrente la ausencia de voluntad de cumplir. La exculpación de la recurrente ante esa situación, en orden a la resolución de contrato que los demandantes pretenden, la realiza sobre un imputado incumplimiento de éstos al tener pendiente un pago después de haber pagado más cantidad de la que componía el precio de la compraventa.

COMENTARIO

Tiene la sentencia recurrida, y en eso no discrepa de la de primera instancia ni se aparta de lo documentado por las partes al contratar, que por el contrato —novado en la misma fecha por obras de mejora a realizar e incremento consiguiente del precio estipulado— los demandantes adquirirían de la entidad demandada la parte proporcional de los elementos comunes como terrenos, piscinas, jardines y zonas verdes, estableciéndose como último pago del precio total resultante de aquellas dos partidas —entrega de llaves y finalización total de las obras—. Terminada la que en sí es vivienda, pero no el resto de las obras que comportarían la realización de los elementos comunes antes indicados, e interesada en base de esto la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora, la sentencia recurrida tiene como principales, con el resto, esos elementos comunes en atención a quién es el comprador

del conjunto y al fin a que se dedicaría el bien comprado y que no se equivoca la Sala en estas valoraciones y conclusiones viene a corroborarlo el propio escrito de recurso al tratar de justificar su falta de entrega sólo en el incremento de los costes de mantenimiento mientras alrededor se llevan las obras de construcción que no se han llevado a cabo y también en el conocimiento que los compradores pudieron tener del estado de estas obras, lo que tampoco altera su categoría dentro del conjunto comprado.

La naturaleza del contrato exigía en su desenvolvimiento la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones a que una y otra parte se han obligado de forma que sólo en esa concurrencia cabe, a quien en ese orden atiende su deber la facultad resolutive que concede el artículo 1.124 del Código Civil, y así lo ha reiterado constante jurisprudencia señalando como presupuesto en el incumplidor una voluntad demostrativa de ese propósito de no cumplir, que ha quedado resaltado en la sentencia recurrida por los datos en que ésta se apoya, y que quien ante eso busca la solución que la norma le concede haya cumplido su obligación y es en este sentido que matiza la jurisprudencia que le cabe pedir a quien incumpla a consecuencia del incumplimiento de su contraparte. Dada la gran entidad de lo dejado de hacer por la demandada en la realización de la obra objeto del contrato, se explica la postura que en este orden han adoptado los demandantes, pues si no tenían obligación de pagar el último plazo del precio hasta la definitiva terminación de aquélla y entrega de llaves con el consiguiente otorgamiento de escrituras y puesta en posesión dominical, y en esto están por aquel no cumplir de la otra parte, no puede entenderse que se hayan constituido en descubierto al restarles por abonar, con aquel último plazo de precio en función de las obras terminadas. La pretensión de demanda está, pues, estimada ajustadamente a lo que previene el artículo 1.124 del Código Civil, tal como la recoge la sentencia recurrida.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—Don José Fernández González y doña Josefa Cuadrado Dueñas comenzaron a apreciar, al poco tiempo de la adquisición de la vivienda de nuestra litis, la aparición en la misma de numerosas grietas, llegando a su conocimiento a través de los vecinos del edificio que tanto éste como la referida vivienda presentaban graves problemas estructurales y de construcción, según constaba en informe técnico que unos meses antes de la fecha de la compra había sido solicitado por la Comunidad de Propietarios. Ante ello, formularon demanda contra los vendedores solicitando: *a)* La rescisión de la compraventa, *b)* El abono de los pagos y gastos realizados como consecuencia de la misma, así como de los intereses a que ascendían aquéllos, *c)* La indemnización en la suma a determinar en ejecución de sentencia en concepto de los intereses que habrán de satisfacer por amortización de la hipoteca y los que pudieran derivarse de la misma.

Doctrina.—El ejercicio de la acción rescisoria por vicios ocultos habrá de contarse a partir del momento en que los compradores puedan realizar actos

de disposición y dominio sobre la vivienda, así como las contrataciones de suministros necesarios para la habitabilidad de la misma.

COMENTARIO

El Tribunal de Instancia tras el examen de los elementos probatorios al efecto aportados llegó a la conclusión de que las actuaciones mencionadas no implicaban que los vendedores hubieran puesto ya a disposición de los compradores la vivienda que todavía no había sido vendida. Tal valoración de la prueba practicada no puede ser sustituida por la particular e interesada de los recurrentes, pues la de la sentencia impugnada no puede calificarse de ilógica o desatinada sino que resulta por completo ajustada a los hechos acreditados, que únicamente ponen de relieve que los demandantes formularon solicitudes de suministros a entidades ajenas a los demandados y aún cuando tales peticiones son ciertamente reveladoras de la intención de acceder a la utilización futura del piso o apartamento a que los servicios de gas y agua se referían, en modo alguno puede entenderse que sean demostrativas de la existencia del asentimiento de los demandados respecto a tal ocupación, ni, por tanto, de que realmente se haya producido el concurso de la oferta y aceptación de las partes respecto a la cosa y la causa del contrato, que es lo que verdaderamente manifiesta la existencia del consentimiento de los contratantes. A mayor abundamiento, si bien el convenio de las partes respecto a la cosa y el precio determina la perfección y la obligatoriedad de la venta para comprador y vendedor, no puede echarse en olvido el plazo de caducidad de las acciones de saneamiento por defectos ocultos, no se cuenta desde la fecha de la perfección contractual, sino desde la de la entrega de la cosa vendida, pues es precisamente a partir de la misma cuando comienza a ser posible la constatación por el comprador de la existencia de defectos anteriormente no susceptibles de apreciación pues dicha entrega, tratándose de compraventa de inmuebles formalizada en escritura pública, como en el presente caso acontece, se produce *ex lege* en el momento del otorgamiento del documento, salvo que del mismo resultare o se dedujere lo contrario. No cabe duda de que en la resolución objeto de recurso se realiza una razonada valoración de los elementos probatorios que se consideraron relevantes, la cual resulta correcta y ha de ser aceptada, aún cuando no se haya mencionado expresamente el contenido del informe pericial emitido en período probatorio, por cuanto la casación no puede ser convertida en una tercera instancia que permita un nuevo debate y discusión sobre las pruebas practicadas.

SUSPENSIÓN DE PAGOS. ARRENDAMIENTO FINANCIERO.—LA SOLICITUD DE INCLUSIÓN DEL CRÉDITO DERIVADO DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CONTRATO EN LA RELACIÓN DE ACREEDORES DEL SUSPENSO IMPIDE PEDIR MÁS TARDE LA RESOLUCIÓN DE DICHO CONTRATO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—El tema que es objeto de controversia en los autos presenta los siguientes datos relevantes:

A) El 8 de mayo de 1989, LICO LEASING, S. A., y PORTES EL PUERTO, S. L., celebraron contrato de arrendamiento financiero en relación con determinada maquinaria que la segunda de dichas entidades precisaba, estableciéndose un precio y fijando un valor residual para el supuesto de que la arrendataria ejercitase el derecho de opción de compra.

Portes el Puerto dejó de satisfacer las cuotas pactadas a partir del 5 de julio de 1992, dado que el 31 del mismo mes se tuvo por instada la declaración de suspensión de pagos que había solicitado.

B) El 15 de octubre del mismo año, Lico Leasing remite por conducto notarial carta a Portes el Puerto, que fue entregada a un empleado de la misma, en la que en vista del impago de las cuotas y en ejercicio de la acción de resolución de contrato exigía la inmediata devolución del material objeto del mismo, el pago de las mensualidades vencidas y no pagadas y el de las que están por vencer.

C) El 16 de septiembre de 1993, Lico Leasing, sin hacer referencia alguna a la anterior comunicación, remitió carta a la intervención judicial de la entidad suspensa, solicitando se le reconociese el carácter de acreedor preferente con derecho de abstención por una determinada suma que comprendía las rentas vencidas hasta dicha fecha, las pendientes de vencimiento e, incluso, el valor residual convenido. Esta petición fue atendida y su crédito fue incluido con el carácter mencionado en la lista provisional de acreedores confeccionada por el interventor judicial.

Y, finalmente, D) Lico Leasing formula demanda contra la arrendataria y la intervención judicial de la misma, solicitando: *a)* Se declare resuelto y extinguido el contrato de arrendamiento financiero celebrado el 8 de mayo de 1989, *b)* Se condene a la demandada a la restitución de la posesión, uso y disfrute del bien objeto del mismo, *c)* Se reconozca el derecho de crédito de la actora contra Portes el Puerto por el importe resultante de la suma de todas las cuotas vencidas e impagadas hasta el momento de la efectiva devolución del bien objeto del contrato, más el 10 por 100 de las cuotas pendientes y no vencidas, conforme a lo pactado por las partes. El reconocimiento judicial de este crédito tenía por finalidad que la actora pudiese ocupar el lugar correspondiente en la lista de acreedores del expediente de suspensión de pagos de la demandada.

Doctrina.—Por el Juzgado de Primera Instancia se tiene en cuenta la reclamación que la entidad actora había realizado a la intervención judicial solicitando la inclusión de su crédito y el reconocimiento del derecho de abstención, lo que implicaba la expresa opción por la facultad que le reconocía la cláusula 11.1 del contrato, así como el hecho de que tal petición hubiera sido aceptada por el deudor en sus propios términos, por ello se entendió que Lico Leasing no podía ir contra sus propios actos y solicitar la devolución del bien ejercitando la posibilidad prevista en la condición 11.2, pues ambas opciones resultaban incompatibles siendo desestimada la demanda. Además se consideraron infringidos los artículos 9 y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos en relación con los artículos 908 a 910 del Código de Comercio, y se señala que a los acreedores con derecho de abstención del artículo 22 del primero de los textos citados no les afecta la suspensión de pagos y, al tener reserva de dominio, pueden retirar de la masa sus bienes para evitar inexactitud en el contenido del patrimonio del deudor, pues Lico Leasing se limitó a dar contestación a un requerimiento

del interventor de la suspensión de pagos, cuantificando la deuda a tenor de lo previsto en las condiciones del contrato, pero ello no suponía renuncia alguna a la resolución del referido arrendamiento financiero que había manifestado por conducto notarial.

COMENTARIO

No sólo se reclamaba el vencimiento inmediato del contrato, con abono tanto de las cuotas devengadas e insatisfechas, como de la totalidad de las previstas pendientes, incluida la cantidad en que había sido fijado el valor residual de las cosas cedidas en arrendamiento, sino que además se exigía la restitución de estas últimas. Es decir, pretendía obtener, conjuntamente la resolución del contrato y su cumplimiento, reclamando la cosa y el precio. Esta exagerada petición no consta haya obtenido contestación alguna positiva o favorable y frente a este silencio de la demandada la arrendadora nada hizo durante algunos meses hasta el momento en que, a través de la comunicación cursada al interventor de la suspensión de pagos, interesó únicamente el abono de la totalidad de las cantidades no satisfechas, así como de las todavía no devengadas, lo que ha de entenderse como manifestación de una indudable voluntad de instar el cumplimiento y no la resolución del contrato, pues incluso alcanzó su reclamación al valor residual, lo cual implica dar por ejercitada por la arrendataria la opción de compra pactada. Esta petición resultó atendida y el crédito con los caracteres y privilegiada naturaleza que le correspondía, fue incluido en la lista de acreedores a que se refiere el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos. Además ha de subrayarse que esta actuación de la recurrente se produce para que surta efecto en un expediente judicial en el que están implicados el deudor y sus acreedores y que tiene por específica finalidad paralizar las reclamaciones que puedan dirigirse contra el primero durante el período de tiempo necesario para proceder a determinar cuál es su verdadera situación económica a través de la concreción de sus bienes, derechos y obligaciones. Esta determinación resulta imprescindible al objeto de que luego todos los interesados en el expediente puedan definir, con base en ella, cuál ha de ser su propia posición en orden al convenio, qué corresponde proponer al deudor, y respecto al cual han de manifestar su aprobación o reprobación los acreedores. Si en el expediente de Suspensión de Pagos alguno de los acreedores no ejercita el derecho dominical que pudiera corresponderle, por hallarse en una situación de aquéllas, y simplemente se presenta como acreedor privilegiado, está dando a entender que no pretende que se reduzca en alguna medida el activo del suspenso y que únicamente le interesa el reconocimiento del crédito que ostenta. Por todo ello y dado que Lico Leasing ha reclamado también su derecho al valor residual, ha de concluirse que los actos por dicha entidad ejecutados constituyen una seria declaración de voluntad tendente a obtener el cumplimiento del contrato con definitiva renuncia a la posible opción por la resolución del mismo, de la que la intervención judicial se ha dado por enterada, concediendo a la misma la eficacia legalmente establecida.

LA SOLIDARIDAD CONTRACTUAL NO PRECISA QUE SE EXPLICITE EN EL CONTRATO, BASTA CON QUE SE DEDUZCA DE LOS HECHOS Y DE LA

VOLUNTAD DE LAS PARTES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Antecedentes.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Boi de Llobregat, se siguieron los autos de desahucio 80/90, en los que recayó sentencia estimatoria de la demanda el 7 de mayo de 1990, siendo notificada dicha resolución a doña María Dolores Martínez Vázquez, en su calidad de Administradora de ambas sociedades demandadas. Una vez adquirida firmeza tal resolución, acudió al Juzgado tal Administradora, en su calidad de representante de CERMETRANS, S. A., y entregó las llaves del local. Solicitado por el demandante que se le diese posesión de la nave arrendada, se señaló para el 29 de mayo de 1990 y, según consta de la oportuna diligencia del fedatario, se procedió al lanzamiento de todos los bienes de CERMETRANS, S. A., pero los bienes de la entidad SERVIGRAMA, S. A. quedaron depositados en la referida nave, al no haberse retirado por ella, quedando como depositaria de los referidos bienes la mencionada Administradora, doña María Dolores Martínez Vázquez. Al no poder disponer libremente de los locales por la existencia de dichos bienes, solicitó la actora que se procediese al lanzamiento de SERVIGRAMA, S. A., concediendo el Juzgado a ésta un plazo de cinco días para el desalojo de la nave, pero tal proveído fue recurrido en reposición por SERVIGRAMA, S. A., señalando que disfrutaba el local en precario, lo que fue desestimado por auto de 15 de mayo de 1991, volviéndose a conceder un plazo de cinco días a la citada demandada, lo que no realizó y hubo de ser lanzada del local por la comisión judicial el 19 de julio de 1991.

Doctrina.—La solidaridad no se presume y la regla general en nuestra litis es la de la mancomunidad entre los obligados, y para que exista tal vínculo de solidaridad no se requiere que expresamente así se diga en la literalidad del documento contractual ni un pacto escrito para ello. El contrato en cuestión fue suscrito por doña María Dolores Martínez Vázquez, como administradora de ambas entidades arrendatarias. La renta pactada fue unitaria, no haciéndose distinción ni qué parte de local correspondía a cada arrendataria, ni siquiera la parte de renta que debiera ser satisfecha por cada una, con actuación de ambas bajo única representación y bajo un interés común.

COMENTARIO

No se cuestiona por la recurrente la obligación del pago de las rentas mientras ostenta la posesión del local, aunque el contrato se hubiera resuelto previamente, y tampoco se cuestiona a cuánto se extendió tal ocupación que concluyó con el lanzamiento forzoso, en realidad del conjunto de antecedentes y de la finalidad del negocio se desprende que la intención de las partes ha sido la de establecer tal vínculo solidario, sin que sea preciso para ello que se explicita en el contrato una literal expresión que así lo proclame cuando se deduzca de los diversos antecedentes y se desprenda de la voluntad de los contratantes la finalidad del negocio. Tal solidaridad no precisa para su establecimiento su expresión con constancia escrita y expresa ni el empleo de un vocablo, siendo bastante que aparezca de modo evidente la

voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación.

PROMESA DE VENTA DE VIVIENDA. INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR.
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Don Luis Martín Luis —demandado— se comprometió por contrato privado de fecha 1 de abril de 1987, a vender a la recurrente una vivienda de las características descritas en la nueva construcción que se proponía realizar del edificio sito en la calle Valle Inclán, número 1 de Salamanca, pactándose determinadas condiciones y entre ellas que la recurrente, toda vez que era arrendataria de un piso en el referido edificio y siendo el demandado el arrendador, se comprometía a desocuparlo antes del último plazo establecido, que correspondía al 30 de agosto de 1987. En fecha siguiente, 2 de abril de 1987, las mismas partes acordaron que el contrato de arriendo de la vivienda quedaba resuelto y la recurrente vino a adquirir el compromiso de dejarla libre y expedita a favor del propietario, sin reservarse derecho de retorno alguno, obligándose aquél a satisfacerle, en el momento de entrega de las llaves, una determinada cantidad de dinero como «indemnización por los gastos de traslado, teléfono, etc.».

Doctrina.—El primer contrato, de 1 de abril de 1987, reviste clara y decidida relación de promesa bilateral de compraventa, que autoriza el artículo 1.445 del Código Civil, al darse concurrencia de voluntades negociales dirigidas a postergar para un momento posterior la entrada en vigor del contrato proyectado y su efectividad, autorizándose su inclusión en la figura de relación precontractual que vincula a las partes contratantes aunque no se trate de propio contrato de compraventa definitiva. La sentencia que se recurre declara que el segundo contrato de 2 de abril de 1987 absorbió y dejó sin efecto el anterior de 1 de abril de 1987, por novación extintiva tácita, la que no explica adecuadamente y menos justifica con arreglo a la normativa legal aplicable a la novación, ya que para que tenga lugar, al significar, en sentido estricto, un modo de extinción de las obligaciones, es preciso, conforme al artículo 1.204 del Código Civil que, si se trata de expresa, concorra declaración terminante, la que no contiene el documento de 2 de abril de 1987 con respecto al de fecha anterior, y si se trata de novación tácita ha de producirse incompatibilidad de las obligaciones anteriores y las nuevas que ha de ser total.

COMENTARIO

En el caso presente efectivamente no se da incompatibilidad de obligaciones y resulta terminante la ausencia constatada de voluntad de llevar a cabo sustitución o *animus novandi*, lo que es requisito esencial para que una obligación haya de entenderse que ha sido reemplazada por otra nacida posteriormente. A tales efectos, el primer documento de 1 de abril de 1987 tiene contenido obligacional propio y bien definido y el de fecha siguiente —2 de abril

de 1987—, que extinguió la relación arrendaticia, no dejó, por su propia literalidad, sin efecto la venta convenida y proyectada, tratándose de dos relaciones distintas con cometidos propios que las hacen coexistentes, si bien relacionadas en el ámbito de un núcleo negocial que se presenta bien determinado, en cuanto a que para poder construir el demandado necesitaba el desalojo de la vivienda por la recurrente, a la que compensó en la forma que establecen los documentos de referencia, por lo que el segundo de 2 de abril de 1987, venía a despejar los inconvenientes que representaba la existencia de la relación arrendaticia, vigente desde el 15 de marzo de 1973, sometida a prórroga forzosa, siendo preciso dejarla extinguida para acomodar la realidad jurídica representada por el mantenimiento de un contrato arrendaticio que podía permitir el retorno de la recurrente, el que, conforme a lo convenido, había de producirse no precisamente por su condición de arrendataria, sino por la de compradora de la vivienda objeto del precontrato acordado.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LUCRO CESANTE: DOLO COMO CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: LA CARGA DE LA PRUEBA INCUMBE A QUIEN LA ALEGA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Doctrina.—Todas las sentencias que a lo largo de la presente litis se citan, recogen doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante, y es que la exigencia del lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1.106 del Código Civil, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanza, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante.

Además, paralelamente existe una mezcla de cuestiones —fácticas y jurídicas— con evidente inadvertencia de la correcta formulación casacional y es que: 1) En primer lugar, el artículo 1.107, párrafo segundo, del Código Civil se refiere a la extensión de la indemnización cuando la causa del incumplimiento de la obligación es el dolo, y sucede que este planteamiento no fue el que se hizo en la apelación, según se deduce del examen del fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida, en el que consta que se aludió al artículo 1.104 que se refiere a la culpa o negligencia, y en ningún caso al 1.102 que trata del dolo. 2) En segundo lugar, para aplicar el artículo 1.107, párrafo

segundo, del Código Civil es preciso que se haya apreciado la existencia del dolo como causa de incumplimiento, lo que obviamente no se ha hecho por la sentencia recurrida. 3) Y en tercer lugar, el motivo se extiende sobre la jurisprudencia que contiene definiciones del dolo, pero omite que para su estimación hay que probarlo, y que la carga de la prueba incumbe a quien pretende se aplique en su beneficio. En este punto coincide el dolo como causa de incumplimiento con el dolo vicio de la voluntad del artículo 1.269 del Código Civil, por lo que le es aplicable la misma conclusión de atribuir el *onus probandi* a quien lo alega.

COMENTARIO

La doctrina expuesta se recoge y desarrolla en la moderna jurisprudencia que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor la realidad o existencia, pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas, o expectativas sin sustento real y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal que en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento. Esta doctrina no ha sido desconocida en nuestra litis cuya ponderación de las circunstancias es incuestionable tanto más que condena por una suma determinada de dinero cuando la cantidad postulada era de otra suma, y por otra parte no cabe cuestionar en el recurso la base fáctica tomada en cuenta por la sentencia de instancia, cuya fijación es función soberana de la misma, que por ello debe permanecer intangible en casación, sin asomo de verificación al no ser impugnada como motivo idóneo al efecto. La jurisprudencia de la Sala ha venido reiterando el carácter de cuestión de hecho de la determinación de la existencia y cuantificación económica del lucro cesante, por lo que solo excepcionalmente cabe plantear el tema en casación, sin que concurra esta posibilidad en el planteamiento de autos, tanto más que, por un lado, es de señalar que la argumentación de la Sala de instancia aparece como totalmente razonable, sin el menor atisbo de error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad; y, por otra, es de observar que no resulta apropiado en la perspectiva casacional plantear la infracción de la jurisprudencia con una mera cita de doctrina genérica, por cuanto es preciso que la doctrina conculcada, que se recoge en varias sentencias, haya constituido la *ratio decidendi* para los casos que se resuelven y que se dé una coincidencia sustancial entre los casos resueltos por dichas resoluciones y el que es objeto de nuestro litigio.

INCUMPLIMIENTO EN LA VENTA DE INMUEBLES.—EN LA VENTA DE INMUEBLES EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DEL PRECIO EN PARTE IMPORTANTE POR LOS COMPRADORES Y EL REQUERIMIENTO A ÉSTOS DE RESOLUCIÓN EN VÍA NOTARIAL POR AQUELLA CAUSA, IMPIDE LA CONCESIÓN A LOS MISMOS DE LA POSIBILIDAD POSTERIOR DE PAGAR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Antecedentes.—Por vía de demanda se ejercita acción resolutoria de contrato privado por el que la entidad «Promotora y Constructora de Viviendas Palomitas II, S. L.», vende, el 14 de junio de 1989, a los demandados don Cándido Guerra Lorenzo y doña Margarita Cuesta Hidalgo, la vivienda sita en Aranjuez, en bloque con entrada por la calle Moreras, portal f, puerta B, por un precio, aparte de otras cantidades correspondientes a diferentes conceptos, que se componía de una cantidad líquida a pagar en plazos y del importe de un préstamo hipotecario contraído por aquella vendedora y en el que se habían de subrogar los compradores —lo hicieron en documento privado que el 10 de mayo de 1991 suscribieron compradores y vendedora más el representante de Caja Madrid, concedente del préstamo, responsabilizándose los primeros a pagar los recibos que se produjeran en su amortización, sin perjuicio de la necesaria formalización e inscripción registral— habiendo los mismos dejado de acudir a la notaría cuando a ella fueron convocados por la vendedora para elevar a escritura pública el contrato privado de venta y llevar a efecto, en forma, la subrogación en el préstamo hipotecario. Estas incidencias llevaron al ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento de la obligación contractual por parte de los compradores, quienes se opusieron a ella, además de por el fondo del debate, alegando una excepción de litispendencia al haber promovido ellos, con posterioridad a la providencia que dio trámite a la demanda rectora de este procedimiento, otro procedimiento civil instando la elevación a escritura pública de aquel contrato de compraventa.

Doctrina.—Se establece en el escrito de recurso, como barrera infranqueable, surgida del requerimiento notarial resolutivo que la entidad recurrente hizo a los compradores según previene el artículo 1.504 del Código Civil ante lo que estimó incumplimiento de éstos, la prohibición de conceder a los aquí demandados un nuevo plazo para poder cumplir, que es lo que viene a posibilitarse según lo decidido en la instancia. Ese requisito intimatorio y obstativo al pago posterior del precio es de imprescindible observancia para producir los efectos resolutorios buscados, pero no constituye, él sólo, el núcleo de la cuestión porque éste ha de arropar la desatención clara ya producida a la obligación de pagar el precio convenido en el plazo para ello fijado, haciéndonos necesario la clara determinación de lo que constituye ese precio y la postura que, de la misma forma, suponga ese atribuido impago o desatención de las obligaciones contraídas.

Con independencia de unas obras de mejora a que simplemente alude la sentencia recurrida como posible causa de no entendimiento entre vendedora y compradores, el contrato contempla un precio fraccionado en dos partidas de las cuales la primera era en efectivo y la segunda integrada por un préstamo garantizado con hipoteca para ser asumida al momento de otorgar definitivamente la escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario según exige, para su eficacia, el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, constituyendo una y otra de aquellas partidas precio y no cantidades ajenas a éste.

COMENTARIO

No afrontan los compradores el cumplimiento que corresponde a la segunda partida del precio al haber dejado de acudir, en el tiempo y al lugar que

correspondía para asumirla, liberando así de esa obligación que en tal momento dejaría de incumbirle a la entidad vendedora que, a causa de esa desatención, debió de seguir asumiéndola haciéndole frente en los plazos establecidos, y aquella ausencia, reveladora de una voluntad de no cumplir se subraya después, como contumaz, al acudir a vías de procedimiento para instar lo que habría de impedirle realizar la inequívoca y ya comunicada decisión de la vendedora de resolver el contrato y en cuya situación, voluntariamente provocada y mantenida, permanece. Y es que parece claro que ante el incumplimiento, de lo que es el contrato, por parte de la vendedora, los compradores han rehusado atender su obligación en el tiempo en que podían y debían, aportando con su actitud los presupuestos de la pretensión actora que ésta invoca al amparo de lo prevenido en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, al haber de tal modo quedado frustrado el fin económico normal del contrato, que anormalmente tiene que seguir asumiendo la vendedora. La resolución consecuente a ese incumplimiento produce reponer los efectos del contrato al momento de su celebración con devolución de lo respectivamente recibido más la reparación de los perjuicios que de ello se hayan derivado, según previene el artículo 1.124 del Código Civil, y no ha de confundirse aquella primera consecuencia, automática desde la misma frustración del contrato, con la segunda, ya que ésta ha de ser plenamente demostrada en su entidad.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.5. Responsabilidad civil

POR LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, JUANA RUIZ JIMÉNEZ
y TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO.—APLICACIÓN DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VOTO PARTICULAR. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE ENERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El supuesto de hecho arranca de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes sufrida por un paciente, que tiene como secuela una incontinencia anal parcial. Motivo por el cual ejercita acción de reclamación (de cincuenta y cinco millones de pesetas) en concepto de daños y perjuicios, contra el médico que había realizado la intervención.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1995, desestimando la demanda interpuesta por el demandante, absolviendo al médico demandado.

Apelada por el demandante la anterior resolución, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 1997, desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia dictada en primera instancia, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Doctrina.—El recurso de casación se apoya en cuatro motivos. El Tribunal Supremo analiza primero los dos últimos motivos, el tercero, por infracción de los artículos 26 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, apoyado en el artículo 1692.4 de la LEC, y el cuarto por infracción del artículo 1.902 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto no aplica la presunción de culpa al profesional de la medicina.

Ambos motivos son estimados por considerar que la responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa liquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana, y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002: «el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva (arts. 25 y sigs.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

Efectivamente, en el caso presente, el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcio-

nado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales, que nada expresan sobre hechos probados, que es lo que sí le corresponde hacer. A mayor abundamiento, infringe la normativa de protección de los consumidores, al pretender una prueba cumplida de la culpabilidad, pese a haberse producido un daño desproporcionado, no atribuido a causa externa.

Por otro lado, considera el Tribunal Supremo, que estimándose los motivos tercero y cuarto, no tiene sentido el entrar a analizar el motivo segundo, que alega infracción del artículo 10 de la Ley 14/86, de 25 de abril, en cuanto exige el consentimiento escrito del paciente, al amparo del artículo 1692.4 de la LEC, pues plantea una cuestión nueva sobre el consentimiento informado. Ni en el primero, fundado en el artículo 1692.3 de la LEC, por no haberse practicado la prueba pericial que fue solicitada, por lo que el demandante alega indefinición con infracción del artículo 24 de la Constitución Española, al no estimarse necesaria la práctica de esta prueba, ni por la Audiencia Provincial ni por esta Sala, por lo que no hay indefensión ni infracción alguna.

Consideramos de interés recoger algunos extremos del VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO FRANCISCO MARÍN CASTÁN, a la citada sentencia, ya que no comparte los fundamentos de derecho, salvo el primer párrafo del primero, ni el fallo, que tenía que haber declarado no haber lugar al recurso de casación:

Examina en orden los motivos de casación, el primer motivo del recurso, antes que los demás, por considerar que de ser estimado, procedería reponer las actuaciones al momento en que dicha prueba debió practicarse (art. 1715.1-3.º LEC de 1881). Según el recurrente, se ha infringido el artículo 24 de la Constitución, porque él solicitó en el acto de la vista del recurso de apelación la práctica de la prueba pericial y, sin embargo, el Tribunal de Segunda Instancia no la acordó. Semejante planteamiento es inacogible ... porque ... no se planteó ... en el momento procesal oportuno para proponer prueba ... la prueba pericial propuesta por el demandante-recurrente no pudo practicarse por causa sólo a él imputable, ya que como peritos propuso a cirujanos vasculares ajenos al objeto de la pericia.

El motivo segundo, formulado al amparo del artículo 1692.4 de la LEC por infracción del artículo 10 de la Ley 14/86, de 25 de abril, en cuanto exige el consentimiento escrito del paciente, también ha de ser desestimado por plantear una cuestión nueva que como tal es inadmisibile en casación...

Los motivos tercero y cuarto, ... deben estudiarse conjuntamente porque al amparo del artículo 1692.4 de la LEC de 1881, ambos proponen la estimación de la demanda por imputación de responsabilidad al cirujano demandado, con distinto fundamento... La respuesta a estos motivos pasa, lógicamente, por reseñar los siguientes hechos probados (que se recogen textualmente en el comentario). Definidos los hechos probados, conviene hacer también algunas precisiones en torno a los títulos de imputación de responsabilidad invocados por el recurrente:

A) ...algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la LDDCU como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como crite-

rio ... reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano...

B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1.902 del Código Civil es difícil de justificar, ... equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva.

C) ...es más que dudoso que la expresión «servicios sanitarios» del artículo 28 LGDCU comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva...

D) En cuanto a la doctrina jurisprudencial del «resultado desproporcionado» ... que desplaza sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos ... exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, ... no pueda calificarse de «resultado desproporcionado» el daño indeseado o insatisfactorio, pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada...

...De someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados.

COMENTARIO

Se plantea en el presente caso, una vez más, la cuestión de la responsabilidad civil médica. De forma sintética puede decirse que los hechos son los siguientes: un paciente es intervenido quirúrgicamente por unas hemorroides sangrantes y fisura anal, quedándole como secuela una incontinencia anal parcial. La cuestión central gira, por tanto, en torno a si el médico debe responder por su actuación profesional. Se trata de averiguar si el resultado que se produjo como consecuencia de la operación (incontinencia anal parcial) corresponde a una normal actuación en este tipo de operaciones, o si por el contrario se ha producido un resultado desproporcionado.

Es sabido que el médico con sus pacientes ha de obrar con pericia y probidad, es decir, de acuerdo con la *lex artis*, y que si hubo una correcta actuación por parte del médico, aunque no obtuviera el éxito deseado no será responsable, mientras si se demuestra que hubo un daño desproporcionado entre la intervención médica y el resultado final, comparativamente hablando con lo que suele ocurrir en este tipo de operaciones, debe responder por los daños causados.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda por considerar que no se había probado la culpabilidad del médico: «no existen datos concluyentes para afirmar que la incontinencia que sufre el ... (el paciente) derive de una técnica operatoria inadecuada del doctor... la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, ...porque «no se ha determinado que éste llevara a cabo una mala, incorrecta o negligente actuación profesional...».

Sin embargo en opinión del Tribunal Supremo, el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su

actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia mediante el empleo de expresiones aleatorias y condicionales, que nada expresan sobre hechos probados.

Sin embargo a juicio del magistrado que formula el voto particular, para pronunciarse sobre la responsabilidad del médico hay que tener en cuenta los siguientes hechos que él considera probados y que aquí se citan textualmente:

«A) La técnica quirúrgica aplicada por el cirujano demandado no fue la de Whitehead, que se afirmaba en la demanda, tachándola de desfasada, sino la de Milligan y Morgan, que era la indicada o apropiada para el padecimiento del hoy recurrente.

B) También era adecuado el sistema de doble esfinterectomía para amiorar o disminuir el dolor postoperatorio.

C) La intervención no lesionó el nervio del esfínter anal.

D) Sí se produjo una lesión muscular estriada del esfínter externo, pero tal lesión es consustancial o inherente a la técnica aplicada ("sistemáticamente se lesiona de modo temporal el esfínter").

E) "En este tipo de intervenciones hay ocasiones en que se producen trastornos esfinterinos tras la realización de una cirugía ano-rectal apropiada".

F) En la incontinencia pueden influir factores neurológicos, musculares y psicológicos.

G) El paciente mostró una "negativa y adversa colaboración" en la primera etapa del postoperatorio».

Por tanto, en el presente caso se trata de saber si el resultado de la intervención puede o no considerarse desproporcionado, si la técnica del médico fue o no la adecuada.

Para ayudarnos a hacer unas breves reflexiones sobre el daño desproporcionado, recogemos la doctrina que del mismo contiene entre otras, la sentencia de 1998 del Tribunal Supremo, comentada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, número 656, del mismo ponente que la que aquí se analiza: «conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia citada de 13 de diciembre de 1997), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia...

...en la obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias... Pero hay que recordar que esta doctrina (en la que es necesario probar la culpa médica), está matizada por la del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, así afirma el Tribunal Supremo: «...Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico...» y que se conoce como la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que significa que la evidencia crea una deducción de negligencia. Regla que como reconoce el Tribunal Supremo ha sido tratada profusamente por la doctrina anglo-americana y se corresponde con la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual)».

Además, en la citada sentencia el Tribunal Supremo señala como requisitos del daño desproporcionado:

1. Que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.
2. Que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y
3. Que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

Si esta doctrina la aplicamos al caso sometido a debate, la base es que el paciente se somete a una operación de hemorroides y que le ha quedado como secuela una incontinencia anal parcial, siendo evidente que de ello no tiene la culpa el paciente, por lo que nos vemos obligados a preguntarnos si las secuelas producidas por la intervención son o no parte de los riesgos de la cirugía de hemorroides, ya que la obligación de indemnizar por el resultado dañoso sólo se produce por una incorrecta actuación del médico y del resultado desproporcionado se infiere la culpabilidad del mismo, y no cuando el resultado no es el deseado o agrave la situación del paciente.

Observando un consentimiento informado de dicha cirugía del INSALUD, bajo el epígrafe de riesgos generales, puede leerse, pueden incluir: infección, hemorragia, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías. Asimismo se puede producir estenosis, abscesos, incontinencia para gases e incluso para heces. Estos riesgos pueden ser ocasionalmente graves, dejar secuelas o incluso ser causa de fallecimiento...

Por todo ello, comparto el voto particular del magistrado, en el que afirma «si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfinterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado».

Ya que nadie nos puede asegurar el resultado de una operación, y si cada vez que sale mal, pese a que el médico actúe de acuerdo con la *lex artis*, el médico es responsable, pocos se atreverán a intervenirlos quirúrgicamente y ello compartiendo que la doctrina del daño desproporcionado permite deducir de determinados hechos probados la existencia de culpa, en casos muy evidentes como, por citar alguno, el de la sentencia aquí citada de 9 de diciembre de 1998, que trata de una paciente que se va operar de «halux valgus bilateral», operación conocida vulgarmente como juanetes, y fallece como consecuencia de tétanos postoperatorios, es evidente que aquí las cosas hablan por sí mismas, pero la citada doctrina debe reducirse a sus justos términos.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRESUPUESTOS. CONCURRENCIA DE CAUSAS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

Antecedentes.—El demandado construyó personalmente en la entrada de su finca y como acceso a la misma dos pilastras a las que unió con una cadena, entrada que se encontraba a pocos centímetros de un camino público. La cadena fue utilizada por unos niños como columpio, y, en concreto al columpiarse la hija de la demandante, una de las pilastras se cayó y le causó graves lesiones que le generaron importantes secuelas.

El Juzgado de Primera Instancia condenó al demandado al pago de 19.982.000 pesetas. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y bajó esa cantidad a 11.989.200 pesetas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación por el demandado sobre la base de nueve motivos, de los que nos interesa destacar, por estar relacionados con la materia que nos ocupa, los siguientes:

El segundo de los motivos por infracción del artículo 1.214 del Código Civil relativo al *onus probandi* por no ser posible en este caso la inversión de la carga de la prueba. Se desestima el recurso porque la sentencia no ha acudido a dicha norma. No obstante, haciendo alusión a las sentencias de 5 de julio y 3 de octubre de 2002, aclara que: «Tal doctrina se aplica cuando unos determinados hechos no se han probado y determina quién sufre las consecuencias de la falta de prueba: “el problema de la carga de la prueba es el problema de falta de la prueba”. La parte que reclama un derecho basado en un hecho, es decir, el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pretende, sufre la carga de la prueba del mismo. Desde otro punto de vista, la parte demandante sufre la carga de los elementos constitutivos de la relación y la demandada la de los impeditivos y extintivos».

Los motivos cuarto al séptimo plantean la cuestión fáctica y la calificación jurídica, del primer asunto no es preciso hacer ninguna indicación, ya que el Tribunal Supremo no es una tercera instancia, como es notorio y conocido.

En cuanto a la calificación jurídica, recuerda la Sala que la doctrina jurisprudencial avanza progresivamente en beneficio de la víctima inocente, y trae a colación la sentencia de 24 de enero de 2002, que establece: «La interpretación progresiva del artículo 1.902 del Código Civil, que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo (persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño, yendo a soluciones cuasiobjetivas o llegando a la objetivación) al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño...».

Y refiriéndose al caso concreto añade la Sala: «La sentencia de instancia expresamente declara probado que las pilastras construidas por el demandado no reunían unas mínimas condiciones de seguridad (...), por lo cual el empleo como columpio por parte de unos niños de la cadena tendida entre ambas, se produjo la caída de una de éstas y le causó graves lesiones a la niña». Hace

a continuación el Tribunal una interesante afirmación de la sentencia de instancia, declara: «Sin embargo, estimó la concurrencia de causas, no compensación, pues nada se compensa, ni de culpas, pues no cabe pensar en la culpabilidad de una niña pequeña, sino que la actuación de ésta concurre con la del demandado en la producción del daño; dice así la sentencia de instancia: “resulta incontrovertible que la menor lesionada se encontraba columpiándose en la cadena que se encontraba tendida entre ambas pilastras cuando cayó una de éstas. Se trata de una inferencia elemental. La pilastra cayó porque la niña se columpiaba en la cadena. Ello no significa que la pilastra se derrumbó exclusivamente por esto, como ya se ha anticipado, sino que, como no estaba bien construida, la leve tensión creada entre las pilastras por el juego de la niña al columpiarse fue lo que desencadenó el trágico final”».

Se afirma a continuación que de todo ello se desprende que ha quedado acreditado el nexo causal entre la actuación del demandado y el daño causado a la víctima, por lo que el motivo se desestima, manifestando también que no se ha acreditado la culpa exclusiva de la víctima, por lo que se desestiman el motivo quinto y sexto.

COMENTARIO

Desde mi punto de vista el Tribunal Supremo ha pasado tangencialmente por un concepto y olvidado otro. Ha pasado rozando el criterio tan utilizado por esta Sala como es el de «concurrencia de culpas». Si bien es cierto, que según se desprende de los hechos probados, las pilastras no están bien construidas, no ya para que haga las veces de columpio, sino para su propio fin, que es servir de entrada y cerramiento de una finca; también lo es que la utilización que se hizo de la cadena que colgaba de las pilastras, no fue la que corresponde a un cerramiento, sino la de columpio. Y aunque como afirma el propio Tribunal, «no cabe pensar en la culpabilidad de una niña», olvida la denominada *culpa in vigilando*, recogida en el artículo 1.903 de nuestro Código Civil.

Normalmente cuando se hace alusión a la *culpa in vigilando* es para responsabilizar a los padres de un hecho que ha cometido su hijo, un menor de edad, así podríamos citar, entre otras, la sentencia de 30 de junio de 1995, en la que se afirma «sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor) pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia». Sin embargo esa omisión del deber de diligencia, para considerar la existencia de culpa, también se puede aplicar cuando realmente el daño lo ha recibido el menor, de tal forma que éste se ha causado no sólo por el mal estado o mala construcción de la pilastra, sino porque la menor no debió nunca columpiarse en algo que no era un columpio. Por lo tanto, aunque no se llegue a estimar una compensación de culpas, al menos sí una concurrencia de ellas, a tener en cuenta en el fallo; quizá eso es lo que consideró la Audiencia al rebajar el importe de la indemnización señalada por el Juzgado de Primera Instancia.

En una sentencia más reciente, de 2 de diciembre de 2002, en la que un tren atropella a un menor de quince meses que va tras su hermano, sí establece la Sala «que nos encontramos ante un supuesto de culpa exclusiva del menor de edad lesionado y de las personas a quienes correspondía su vigilancia, que no han acreditado la diligencia para prevenir el daño», observamos

que a pesar de ser un supuesto diferente, sí impone a los padres ese deber de vigilancia, estableciendo la culpa exclusiva del niño, para exonerar de responsabilidad al conductor del tren (es cierto que se probó que llevaba una velocidad adecuada, y utilizó correctamente el freno de emergencia, así como el silbato).

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, quizá no sería correcto exonerar de responsabilidad al dueño de la finca y por lo tanto dueño de esas pilas-tras, pero sí considerar la posibilidad de que haya habido culpa por las dos partes, ya que se hizo una incorrecta utilización del objeto causante del daño, que quizá de no haberla hecho, no se hubiese derrumbado.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. CONTRATO CON ARQUITECTO. HOJA DE ENCARGO DE PROYECTO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2002.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Antecedentes.—El Colegio Oficial de Arquitectos de L. demandó al dueño de la obra el pago del importe de los honorarios de redacción del proyecto (4.259.386 ptas.) realizado por el arquitecto, así como el pago de los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el completo pago de la cantidad reclamada.

A los anteriores autos se acumularon los seguidos a instancia del dueño de la obra contra el arquitecto por reclamación de cantidad.

El Juzgado estimó la demanda interpuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos de L. y, en consecuencia, condenó al dueño de la obra a abonar los honorarios más las costas de dicha demanda.

El recurso de apelación interpuesto por el dueño de la obra fue desestimado por la Audiencia Provincial. Posteriormente recurrió en casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El dueño de la obra se oponía a la demanda alegando que el arquitecto había incumplido el plazo para la confección del proyecto, siendo su ejecución extemporánea y que había hecho caso omiso del límite económico que se le había señalado, por lo que el proyecto además de ser extemporáneo era inservible por su elevado coste, superior al presupuestado, en virtud de lo cual solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

Para dilucidar esta cuestión, la clave está en fijar cómo ha de computarse el tiempo de realización: desde que se le encargó al arquitecto la realización del proyecto o desde la fecha de la hoja de encargo.

El arquitecto reconoció en confesión que el 5 de abril de 1988 ya se le había encargado el proyecto, mientras que la hoja de encargo es de 15 de diciembre de 1989.

Doctrina.—El encargo del proyecto obliga a las partes firmantes a su cumplimiento como ocurre en cualquier contrato. En este caso figuran como partes el dueño de la obra y el arquitecto. El primero debe poner a disposición del técnico los documentos necesarios para que éste pueda llevar a cabo su

labor y, además, debe pagarle los honorarios estipulados. El arquitecto debe cumplir de forma adecuada y completa el encargo.

COMENTARIO

Interesa en la sentencia la naturaleza, alcance y consecuencias de las «hojas de encargo», así como la forma de realizar el cómputo del plazo para la elaboración del proyecto. Es importante la fijación del plazo —especialmente la del *dies a quo*— que tiene el arquitecto para llevar a cabo su encargo.

Los reglamentos de los colegios profesionales recogen como norma que los trabajos profesionales que se encarguen deberán formalizarse en las denominadas «Hojas de encargo» establecidas por el Colegio correspondiente, debiendo figurar el nombre del arquitecto inscrito en el colegio que sea responsable del mismo.

El Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia que nos ocupa, al tratar de la naturaleza de la hoja de encargo, dice que «no es ningún requisito impuesto por la ley bajo forma sustancial o de prueba del contrato con el arquitecto, pero puede ser examinado, junto a los otros elementos probatorios, en orden a la veracidad de cuanto expresa».

Habitualmente, además de la hoja de encargo, se suele plasmar en un contrato el acuerdo entre comitente y arquitecto, detallando las condiciones en las que ha de llevar a cabo la elaboración del proyecto. Los Colegios de Arquitectos recomiendan que así se haga.

Como conclusión del caso concreto que estamos examinando podemos señalar que la hoja de encargo ha de considerarse como un elemento probatorio más, pero, dado que no se presentan otros documentos, se toma como cierta la fecha que consta en la hoja de encargo computándose el tiempo desde la formalización de la misma.

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

2. DERECHO MERCANTIL

POR AURORA CAMPINS VARGAS

*DERECHO DE SOCIEDADES. REGISTRO MERCANTIL. INSCRIPCIÓN.—
REDUCCIÓN DE CAPITAL EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD
LIMITADA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 27 DE MARZO DE 2001.)*

Resumen.—Sociedad de Responsabilidad Limitada: acuerdo de reducción de capital social acordada con la finalidad de restituir sus aportaciones a uno de los socios, siendo la cantidad que se abonará a éste inferior al valor nominal de las participaciones que se amortizan: no es necesario, como garantía de los acreedores sociales, constituir una reserva temporalmente indisponible por la diferencia.

Antecedentes.—Se solicita la inscripción de un acuerdo de reducción de capital en la suma de un 1.000.000 de pesetas con la finalidad de devolver sus aportaciones a uno de los socios por un importe en metálico de 828.979 pesetas. Presentada copia de dicha escritura en el Registro Mercantil, el Registrador Mercantil resuelve no practicar la inscripción solicitada al no coincidir la cantidad que se restituye al socio con la de la reducción de capital, emplazando a la sociedad a constituir una reserva indisponible por la diferencia en garantía de acreedores. Frente a la decisión se interpone recurso gubernativo argumentando, entre otras cosas, que no existe norma que imponga que cuando la cantidad que es objeto de revolución no coincida con la de reducción de capital deba crearse una reserva indisponible por la diferencia. El Registrador decidió mantener su calificación en atención a los siguientes fundamentos: Que en este caso en que el importe de la devolución es inferior al de la reducción de capital existe un desfase entre el límite de responsabilidad exigible al socio (art. 80 LSRL) y el importe de la reducción, desfase que sólo puede tener su origen en la existencia de pérdidas que hacen necesaria una previa reducción de capital para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio de suerte que, establecida la nueva equivalencia, la devolución no fuera inferior a la cifra en que se redujera el capital social. Que al no haberlo hecho así ni ofrecerse el socio, junto con la sociedad, a responder por la diferencia hasta la cifra en que se reduce el capital, no existe otra fórmula para garantizar el derecho de los acreedores que la constitución de una reserva indisponible por dicha diferencia, que es lo que se exige en la nota de calificación. El recurrente se alzó frente a la decisión del Registrador, reiterando sus argumentos y precisando que la cantidad a devolver a los socios cuando la reducción tenga por finalidad la restitución de sus aportaciones no coincidirá por lo general con el importe de la reducción, pues dependerá de la situación patrimonial de la sociedad, de suerte que cuando ésta haya sufrido pérdidas, el importe a restituir será inferior al valor nominal de las participaciones del socio y en tal situación es imposible constituir una reserva con cargo a beneficios o reservas libres inexistentes. Que las exigencias del artículo 82 de la misma Ley para la reducción de capital para compensar pérdidas no son aplicables a este caso. Y que la interpretación del artículo 80, a tenor de los criterios del artículo 3 del Código Civil, en especial

el tenor del sentido propio de sus palabras, pone de manifiesto la voluntariedad de la constitución de la reserva a que el mismo se refiere.

Doctrina.—La DGRN estima el recurso revocando la decisión y nota de calificación del Registrador. Las razones sobre las que fundamenta su decisión son las apuntadas por el recurrente, esto es, que la constitución de esa reserva es una decisión puramente voluntaria de la sociedad, y que además está condicionada a la existencia de beneficios o reservas disponibles con cargo a la que dotarse, que bien pueden no existir. Tampoco acepta la solución que brinda el Registrador en la decisión que se apela, pues la pretendida previa reducción de capital social para compensar pérdidas es facultativa y tan sólo obligatoria en la medida que se pretenda eludir la causa de disolución prevista en el artículo 104.1.e) de aquella Ley. Ante esta situación y limitando el recurso gubernativo sólo a cuestiones relacionadas con la calificación registral (art. 68 RRM) decide revocar la decisión del Registrador, no sin antes apuntar la posibilidad de que la diferencia entre el capital reducido y el restituido al socio podría constituir un supuesto de reducción por pérdidas al que fueran exigibles las garantías que el legislador ha establecido para ese supuesto consistentes en una constatación de la real situación patrimonial de la sociedad (cfr. art. 82 de la Ley).

COMENTARIO

1. El origen del problema que aquí se plantea trae su causa en el lugar común de todas las reducciones de capital hechas con restitución de aportaciones, esto es, en que siempre que nos encontramos ante una reducción efectiva de capital se produce una disminución correlativa del patrimonio social susceptible de afectar negativamente a la garantía de los acreedores sociales. De ahí la necesidad de articular un régimen de protección de los acreedores sociales. Es precisamente el modo y la efectividad de la protección, en el caso que nos ocupa, lo que ha provocado las diferencias entre el Registrador y el representante de la sociedad y lo que ha llevado finalmente a la intervención de la DGRN (1).

2. Como es sabido en el ámbito de las SRL, el sistema de protección de los acreedores en supuestos de reducción de capital por restitución de aportaciones es doble:

a) De un lado, el legislador prevé un régimen de protección legal (art. 80 LSRL) consistente en imponer una responsabilidad personal a los socios a quienes se hubiera restituido sus aportaciones por las deudas sociales anteriores a la reducción. Responsabilidad patrimonial que se limita cuantitativamente al importe de lo recibido en concepto de restitución de sus aportaciones (art. 80.2 LSRL) y temporalmente al plazo de prescripción de cinco

(1) Sobre la reducción de capital, vid. entre nosotros, PÉREZ DE LA CRUZ, *Comentario al régimen de las Sociedades Mercantiles. Modificaciones estatutarias en la Sociedad Anónima. Aumento y reducción de capital*, T. VII. V. III, Madrid, 1995; M. DE LA CÁMARA, *El capital social en la Sociedad Anónima, su aumento y disminución*, Madrid, 1996; R. C. ESCRIBANO GÁMIR, *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las Sociedades Anónimas*, Pamplona, 1998.

años (art. 80.3 LSRL). A la responsabilidad patrimonial del socio en los términos indicados se añade la responsabilidad solidaria de la sociedad (art. 80.1 LSRL). Esta responsabilidad puede obviarse si al acordar la reducción se dota voluntariamente una reserva indisponible con cargo a beneficios o reservas libres por un importe equivalente al de las aportaciones restituidas a los socios (art. 80.4 LSRL).

b) De modo alternativo, el legislador permite la previsión estatutaria de un régimen de protección voluntario (art. 81 LSRL) basado en un derecho de oposición de los acreedores que, en lo fundamental, coincide con el derecho de oposición regulado en las sociedades anónimas. Este régimen estatutario debe interpretarse como sustitutivo del sistema legal previsto.

3. El supuesto que ahora nos ocupa se enmarca dentro del sistema legal. En efecto, nos encontramos con la separación de un socio articulada a través de la amortización de sus participaciones y la asunción de responsabilidad personal por el importe en metálico que recibe (ex art. 80.2 LSRL). El origen del problema está en que el importe recibido es inferior a la suma del valor nominal de las participaciones sociales amortizadas, produciéndose en consecuencia, un desfase entre el límite de la responsabilidad exigible al socio y el importe de la reducción.

4. Ante esta situación y en aras de garantizar una protección a los acreedores, el Registrador deniega la inscripción hasta que no se constituya una reserva indisponible por la diferencia entre el límite de responsabilidad exigible y la cifra de capital reducida. Exigencia —ha de advertirse— que, imputada en estos términos, ni se justifica desde un punto de vista jurídico ni tampoco lógico. En efecto, desde el punto de vista del derecho positivo no existe ninguna previsión legal que exija que cuando la cantidad a devolver al socio sea inferior a la cifra de capital reducida deba crearse al tiempo una reserva indisponible por la diferencia. Lo que resulta lógico, entre otras cosas, porque las reservas sólo pueden constituirse si existen beneficios o fondos de los que la sociedad pueda disponer, que bien pueden no existir, en cuyo caso una previsión como la apuntada en la medida en que supondría la constitución de una reserva con cargo a una partida inexistente implicaría una exigencia de imposible cumplimiento. Así lo entiende también la DGRN y en ese sentido justifica su Resolución revocando la calificación del Registrador y estimando el recurso gubernativo interpuesto por la sociedad.

5. El problema es que, a partir de este momento, se abre *prima facie* la vía a la inscripción del acuerdo de reducción propuesto. Inscripción que, a nuestro juicio, no debería llevarse a efecto en los términos en los que se ha acordado por la sociedad. Y ello por lo siguiente. La razón por la que el importe total de la devolución al socio, a cuyo cargo se realiza la reducción de capital, es inferior a la suma del valor nominal de las participaciones que se amortizan, apunta a la existencia de pérdidas en la sociedad, lo que provoca que en este caso nos encontremos en realidad ante un doble supuesto de reducción.

De un lado, ante una reducción efectiva de capital, cuyo importe se cifra en la cantidad devuelta al socio (828.979 ptas.). Cantidad que deja de servir de cobertura a la cifra de capital de la sociedad y pasa a ser libremente disponible por el socio al que se restituye.

De otro, ante una reducción meramente nominal, cuyo importe es precisamente la diferencia entre el capital reducido y amortizado (1.000.000 de ptas.,

resultado de sumar las mil participaciones valor nominal mil pesetas de las que era titular el socio que en este momento causa baja) y la cantidad devuelta al socio (828.979 ptas.). El carácter nominal de esta diferencia, esto es, de las 171.021 pesetas restantes se explica porque no obedece a una liberación de fondos patrimoniales por esa cantidad sino a una mera operación contable decidida voluntariamente por la sociedad con la única finalidad de equilibrar la cifra de capital social con el valor inferior del patrimonio reducido por pérdidas.

6. Como es sabido, no existe problema alguno en admitir simultáneamente la inscripción de dos clases de reducción, siempre y cuando cada una de ellas se articule de acuerdo con su régimen particular y con los mecanismos de protección de acreedores que correspondan.

Así se ha hecho en este caso en el ámbito de la reducción efectiva. El socio afectado asume frente a los acreedores la responsabilidad personal por la cantidad recibida en concepto de restitución de sus aportaciones en los términos que establece el artículo 80 LSRL.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, en la parte de capital reducido por pérdidas. Dos son, en concreto, las medidas legales que el legislador establece en esta modalidad de reducción. De un lado, el artículo 82.1 LSRL prohíbe la posibilidad de realizar una reducción nominal del capital cuando la sociedad disponga de cualquier clase de reservas. La ratio de esta exigencia es clara. Si hay reservas de cualquier clase, las pérdidas deberían enjugarse previamente con cargo a las mismas sin necesidad de rebajar la cifra de capital. De otro, el artículo 82.2 LSRL, a efectos de garantizar la realidad de las pérdidas que dan lugar a la reducción, exige la presentación de un balance verificado por un auditor de cuentas y aprobado por la Junta General que deberá incorporarse a la escritura pública de reducción (art. 82 LSRL).

7. Medidas legales que, en el caso que nos ocupa, deberían haberse tomado por la sociedad y sin embargo, no han sido adoptadas. Así las cosas, parece evidente que es la falta de cumplimiento de estos requisitos legales —y no la diferencia entre el capital reducido y la cantidad restituida al socio— lo que, en consecuencia, debería haber alegado el Registrador como defecto subsanable que impide la inscripción del acuerdo de la reducción, debiendo en consecuencia condicionar la inscripción —no a la constitución de un reserva indisponible— sino a la presentación de un balance verificado y aprobado sobre el que realizar la reducción (así lo exige también el art. 171.2 RRM) y a la acreditación fehaciente de la inexistencia de reservas de cualquier clase (2).

8. Las consecuencias de la falta de cumplimiento de estas medidas legales no son baladíes. Al no haberse probado la situación de desbalance y estar expedita la inscripción de la reducción, las 171.021 pesetas pueden ser reducidas efectivamente de la cifra de capital, y, por tanto, de la garantía de pago a los acreedores de un modo definitivo, sin garantías suficientes que prueben que la reducción no se ha podido evitar. El perjuicio potencial para los acree-

(2) Así parece sugerirlo también la Resolución de la DGRN en su Fundamento de Derecho cuarto al plantearse: «si la reducción del capital social en cuantía superior al importe de las devoluciones que operan como causa del acuerdo de reducción no supone en realidad, y en cuanto a la diferencia, una simultánea reducción por pérdidas a la que fueran exigibles las garantías que el legislador ha establecido para ese supuesto consistentes en una constatación de la real situación patrimonial de la sociedad» (art. 82 LSRL).

dores resulta evidente. Si se efectúa la reducción y la sociedad pasa posteriormente a mejor fortuna los beneficios posteriores podrán ser repartidos libremente por los socios. Esta posibilidad parece contradecir el artículo 1.911 del Código Civil cuando afirma que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros, pero no es sino una consecuencia del principio de responsabilidad limitada (3).

9. Lo anterior no desmerece sin embargo la Resolución de la DGRN estimando, finalmente, el recurso gubernativo de la sociedad. Y ello porque, como es sabido, la Dirección General sólo puede pronunciarse sobre cuestiones directamente relacionadas con la calificación registral (art. 68 RRM), en este caso resolviendo sobre si procedía o no la constitución de una reserva indisponible, cosa que, como decimos, ha resuelto correctamente revocando la decisión del Registrador.

10. Ahora bien, a la vista de las circunstancias de este caso, y aunque es sabido que el Registrador no puede alegar nuevos defectos no señalados en la nota de calificación en el trámite de dicho recurso gubernativo, lo que procede, una vez se ha estimado el recurso por la DG, es que el Registrador alegue defectos no comprendidos en la calificación anterior, en este caso el cumplimiento de las medidas del artículo 82 LSRL. Así lo permite el artículo 127 del Reglamento Hipotecario (aplicable por remisión del art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil) (4). De esta forma se impedirá la inscripción de un acuerdo de reducción en contra de la legalidad.

11. Si del balance aportado resultan acreditadas la existencia de pérdidas y resulta probado que no existen reservas de ninguna clase, no existe entonces inconveniente alguno en admitir una reducción del capital superior al importe de la cantidad devuelta al socio. En efecto, la constatación de una situación patrimonial como la apuntada serviría para demostrar a los acreedores que no se les ha privado de ningún elemento patrimonial afecto a la garantía de sus créditos y, en definitiva, que no se les ha causado ningún perjuicio efectivo. Es cierto que el peligro potencial al que aludíamos anteriormente (v. *supra* 8) no se evita pero, como apunta algún autor, «la ley sobreentiende que la pérdida es un hecho consumado que los acreedores han de soportar» (5) y por encima de él lo que trata de evitar es que las sociedades funcionen con capitales no respaldados por sus patrimonios y que puedan inducir a error a los acreedores —presentes y futuros— sobre su solvencia económica. Tanto es así que no sólo es que permita a cualquier sociedad adoptar voluntariamente un acuerdo de reducción por pérdidas, es que incluso en la sociedad anónima esta reducción tiene carácter forzoso cuando las pérdidas alcancen la tercera parte del valor del capital social y transcurra un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 163.1.II LSA).

AURORA CAMPINS VARGAS

(3) Como dice PÉREZ DE LA CRUZ, en el caso de sociedades siempre cabría la posibilidad de disolverla por pérdidas, con lo que los acreedores carecerían de cualquier pretensión a que se reconstruya el capital social.

(4) Aunque pudiera considerarse que supone, en cierto sentido, indefensión del recurrente. Por ello, el mencionado artículo 127 RH deja a salvo una eventual corrección disciplinaria (y la consiguiente responsabilidad) si procediere, según las circunstancias del caso.

(5) DE LA CÁMARA, *El capital social*, pág. 544.

3. URBANISMO

POR EL DESPACHO JURÍDICO Y URBANÍSTICO LASO & ASOCIADOS

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO E INSCRIPCIÓN DE SEGREGACIÓN. SU POSIBLE TRASLACIÓN A OTROS ACTOS URBANÍSTICOS CON TRASCENDENCIA REGISTRAL. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por don José Blas Alonso Vera, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1, don José Manuel Muñoz Roncero, a inscribir una escritura de segregación y compraventa.

I. RESUMEN

El 13 de septiembre de 2001 tiene lugar el otorgamiento de una escritura pública de segregación y venta de una parcela de terreno de una determinada finca registral.

Dejando al margen ciertas vicisitudes irrelevantes a estos efectos sobre la presentación del título en el Registro, importa destacar que en unión del mismo se incorporaba la solicitud de licencia de segregación en el Ayuntamiento, de 18 de julio de 2001, así como la notificación de la resolución desestimatoria del Ayuntamiento adoptada el 22 de octubre de 2001. Presentada dicha documentación, el Registrador deniega su inscripción toda vez que, así lo manifiesta, no se acredita haber obtenido la licencia municipal de segregación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82.2 y 166.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias, y en el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que exige para los actos de segregación o división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia prevista por la legislación urbanística aplicable o la declaración municipal de innecesariedad que deberá testimoniarse literalmente en el documento, resultando que en el título el Notario autorizante no la testimonia ni el interesado aporta la licencia o declaración de su innecesariedad.

Interpuesto recurso gubernativo, éste se fundamenta básicamente en que la acreditación de la concesión de la licencia de segregación ha tenido lugar sobre la base de su otorgamiento por silencio administrativo, en la medida en que demostrada la fecha de solicitud de la licencia y la correspondiente a la resolución del señor Alcalde Presidente denegando su otorgamiento, ha de entenderse aquél plenamente aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43, apartados 1 y 4, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante LRJPA).

Por su parte, el Notario autorizante de la escritura alega que el desenvolvimiento de los efectos por aplicación del silencio positivo se produce por el transcurso del plazo de tres meses desde la presentación en forma de la so-

licitud de licencia de segregación, sin que la Administración dicte resolución expresa, que la segregación practicada no contradice la ordenación territorial o urbanística, límites que evitarían la adquisición de derechos en contra del interés público, y que resulta inadmisibles la resolución tardía contradictoria con el sentido del silencio por entender que vulneraría las más elementales normas del procedimiento administrativo, siendo únicamente posible, a tal fin, la impugnación por la Administración de la licencia obtenida por silencio.

Finalmente por parte del Registrador, en defensa de su nota, se informa que el Notario advierte en la escritura que no podrá ser inscrita mientras no concluya el procedimiento de concesión de la licencia, y que no se estima probada la obtención por silencio de la licencia por cuanto, por un lado, el artículo 166 citado de la Ley canaria no resuelve el problema, y por otro, y de modo fundamental, por la existencia de una resolución contradictoria tardía que parece debilitar la aparente claridad del artículo 43.4 de la LRJPA.

II. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

Los Fundamentos de Derecho de la Resolución son los que seguidamente se reproducen:

«1. La única cuestión debatida en el presente recurso es la de si puede entenderse suficientemente acreditada, a efectos registrales, la obtención por silencio positivo de licencia de parcelación, cuando a la escritura correspondiente se aporta ejemplar de la solicitud de la licencia presentada en el Ayuntamiento correspondiente, el 18 de julio de 2001, y notificación de la resolución desestimatoria del Ayuntamiento adoptada el 22 de octubre de 2001, con fecha de salida de 25 de octubre de 2001.

2. Si se tiene en cuenta: 1) Que la normativa aplicable al caso concreto —sobre esto no hay cuestión planteada— confirma la aplicación del silencio positivo a las solicitudes de licencia de parcelación, transcurridos tres meses desde la formulación de la petición sin que haya recaído resolución expresa; 2) El carácter categórico del número 5 del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común, al hacer plenamente eficaces los actos de la Administración producidos por silencio administrativo; 3) Que la constancia en el duplicado de la solicitud aportada, del sello de entrada en el Ayuntamiento correspondiente, con la fecha en que ello se produjo, acredita fehacientemente la fecha a partir de la cual empieza el cómputo del plazo para resolver (confróntese los arts. 35.c), 38.3 y 46 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común); 4) Que la notificación de la resolución desestimatoria del Ayuntamiento correspondiente tiene inequívoco carácter de documento público y, por tanto, acredita *erga omnes* el contenido y fecha del acto administrativo notificado (confróntese los arts. 46 y 58 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común); 5) Que la existencia de esta resolución administrativa desestimatoria al estar dictada fuera de plazo confirma de manera incuestionable la estimación por silencio positivo de la solicitud, estimación que ya impedirá la posterior resolución denegatoria (confróntese los arts. 43.4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común); 6) Que el certificado del acto administrativo presun-

to no es el medio exclusivo sino uno más de los que puede utilizarse para la acreditación de aquél (confróntese el art. 43.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común); 7) Que si hubiera habido suspensión del plazo para resolver (confróntese el art. 42.5 y 6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común), ésta hubiera debido reflejarse en la resolución expresa denegatoria, pues actúa como presupuesto de validez de la misma; no puede confirmarse el defecto impugnado, cualquiera que sean las razones del retraso en resolver expresamente».

Todo lo cual determina la estimación del recurso.

III. COMENTARIO

1. LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA LEGISLACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Tras la conflictiva y criticada regulación de los denominados actos presuntos contenida en la LRJPA, de 26 de noviembre de 1992, con la compleja y discutida exigencia de la certificación del acto presunto como requisito de perfección y eficacia, y los efectos del mandato legal de publicar la relación de procedimientos expresando el sentido de la falta de resolución expresa, lo que provocó (1) la dificultad de localizar en cada caso el procedimiento en cuestión, la falta de emisión de la certificación o su incorrecta producción, etc., la reforma debida a la Ley 4/1999, de 13 de enero, fue recibida, en cuanto a la regulación del nuevamente denominado silencio administrativo, como una reforma que liberaba a la norma de complejidad al aportarle una mayor claridad (2).

A partir de esta nueva regulación, el régimen del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado comienza en el artículo 43 de la LRJAP con los siguientes términos: «...el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda...», previsión que, en cuanto a los efectos positivos del silencio, se ve seguida por las dos siguientes consecuencias: por un lado, que la estimación tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento y, por otro, que la obligación de resolver, cuando previamente se hubieran producido los efectos estimatorios del silencio, sólo admite la resolución tardía confirmatoria del sentido del silencio.

Pues bien, desde este marco general puede afirmarse sin dificultad que la nueva regulación ha significado un reforzamiento del sentido positivo del silencio en cuanto, fuera de los supuestos a que se refiere el artículo 43.2

(1) Así lo expresó GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, «Procedimiento administrativo y proceso administrativo (Ante la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)», publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, págs. 325 y sigs.

(2) MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, «El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, págs. 87 y sigs.

LRJPA, el interesado, se trate o no propiamente de un acto administrativo (3), obtiene una ganancia o incremento en su patrimonio (4) que implica identificar el silencio con la ficción de un acto favorable. Es decir, implica que, justamente para que la institución creada tenga sentido, a la ficción que representa el silencio se le ligan los efectos que en otro caso se darían al acto expreso (5).

En consecuencia, si la estimación por silencio sitúa al interesado en la misma posición que ocuparía si hubiera acto expreso y si, a la vez, la resolución tardía sólo puede ser confirmatoria del silencio, la conclusión final que se impone es que la Administración para expulsar del mundo jurídico el acto presunto deberá acudir a los medios a tal efecto previstos en la Ley, es decir, a la revisión de oficio.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de abril de 2002 (6), al destacar que una resolución expresa denegatoria dictada después de producido el silencio es nula en cuanto «el acuerdo del Consejo de Ministros ha revocado la autorización tácita sin seguir el procedimiento legalmente previsto, que sería el de revisión de actos nulos establecido en el artículo 102 LPC o el de declaración de lesividad de actos anulables y posterior recurso contencioso-administrativo (art. 203 de ese mismo texto legal)».

La perfección y eficacia del acto producido por silencio pasa de este modo, a partir de la Ley 4/1999, de situarse en la expedición de la certificación de acto presunto, a tener lugar por el mero transcurso del plazo para dictar y notificar la resolución expresa, para lo que la certificación a que se refiere el artículo 43.5 se limita a cumplir la función de medio de prueba o acreditación del silencio (7).

2. EL SILENCIO POSITIVO ANTE LA INVALIDEZ DEL ACTO

La traslación de la institución del silencio al ámbito urbanístico y su aplicación específica en el campo de las licencias dio lugar en su momento a una doctrina del Tribunal Supremo que, conocida como tesis de la «esponja», afirmaba respecto del silencio positivo que «no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enferme-

(3) AGUADO I CUDOLÁ, VICENÇ, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Ed. Marcial Pons, 2001, págs. 54 y sigs.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, Undécima edición, Madrid, 2002, destacan las págs. 604 y sigs., que el silencio positivo «constituye, pues, un auténtico acto administrativo presunto».

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO y GONZÁLEZ RIVAS, JUAN JOSÉ, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Ed. Civitas, 1999, pág. 266.

(5) GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, «Acotamientos al régimen del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/92 (Ley 4/99)», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 169, abril-mayo 1999, pág. 398.

(6) A esta sentencia se refieren GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, «Curso...», *op. cit.*, pág. 605, señalando al respecto que «lo que no es jurídicamente admisible es que la Administración desconozca, por sí y ante sí, el efecto ipso iure del silencio positivo».

(7) AGUADO I CUDOLÁ, VICENÇ, «Silencio administrativo...», *op. cit.*, pág. 97.

dad, ni esponja que limpie de los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto» (8).

En otras palabras, sólo se podía adquirir por silencio aquello que se pudiera adquirir de modo expreso, interpretación que dejaba a la Administración en una posición de absoluta comodidad en cuanto siempre podía acudir al fácil recurso de la resolución tardía denegatoria, obligando entonces al interesado a su impugnación y con ello a probar en el correspondiente recurso la conformidad de lo pretendido con el ordenamiento aplicable.

Esta posición clásica ya del Tribunal Supremo exige sin embargo, con el nuevo régimen de la LRJPA, tener presente (9) que la inclusión como supuesto de nulidad de pleno derecho del contemplado en el artículo 62.1.f), esto es, «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», supone romper con aquella jurisprudencia en la medida en que la identificación de ambos tipos de actos de modo conjunto constriñe a la Administración a su expulsión a través de su revisión y, mientras tanto, a estar y pasar por su contenido a todos los efectos. En este sentido, la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de abril de 2002, mantiene una doctrina ya sostenida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su sentencia de 30 de abril de 1999, que ha destacado lo siguiente: «se alega que, en todo caso, no sería posible la estimación de las pretensiones de los recurrentes, porque el silencio positivo no puede operar *contra legem*. Sin embargo, los efectos del silencio se producen con independencia del peor o mejor derecho que asista a la solicitud de que se trate. Cuestión distinta es que el acto presunto pueda estar incurso en uno de los casos previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992 (nulidad de pleno derecho) y ser, por tanto, susceptible de ser revisado por el procedimiento establecido al efecto, mediante los mecanismos que la Administración tiene a su alcance». En igual sentido cabe referirse a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de marzo de 1999, que se decanta, en los términos ya expuestos, por la necesaria revisión de oficio del acto en cuestión, o la más reciente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de enero de 2002.

En consecuencia, la aparición de la LRJPA con el nuevo texto de 1999 exige una nueva lectura de este tipo de situaciones, lo que, además, no debe entenderse alterado por la circunstancia, ciertamente relevante a estos efectos, de que el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992, que establece que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico», no habiendo sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, pudiera entenderse que estuviera en vigor. Y no debe entenderse alterado porque, en primer lugar, la LRJPA fue posterior en cuatro meses a la Ley del Suelo de 1992 y, en segundo término, porque no contempla de modo expreso, como hace con otras materias, que el urbanismo deba regularse por su normativa específica, argumentos que han permitido sostener que «de la LRJPAC se deduce la clara y manifiesta intención de establecer un régimen de nulidad

(8) Sentencias, entre otras, de 23 de junio de 1971 y 24 de noviembre de 1978.

(9) Para un estudio detallado de esta cuestión nos remitimos a AGUADO I CUDOLÁ VICENÇ, «Silencio administrativo...», *op. cit.*, pág. 104 y sigs.

de los actos presuntos a través del cual se superara la imposibilidad de aplicar el régimen de silencio positivo en casos de invalidez» (10).

3. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Probablemente lo primero que ha de afirmarse de la Resolución comentada, la cual reproduce una doctrina sostenida en las Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo, y de 7 y 9 de septiembre de 2002, es que la interpretación en ella reflejada es acorde con la doctrina administrativa posterior a la reforma de la LRJPA operada por la Ley 4/1999, y también con la posición que viene manteniendo el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia. El transcurso del plazo para resolver, cuando los efectos del silencio son estimatorios, determina la aparición de un acto presunto cuyos efectos son equivalentes a los del acto expreso, de tal manera que sólo a través de su revisión o impugnación puede ser expulsado de la realidad jurídica.

A partir de la interpretación expuesta, la Resolución puede ser calificada con justicia como una Resolución valiente, porque no solamente se apoya en la lectura más progresista de la LRJPA, favorable al reconocimiento de unos efectos prácticos inmediatos al silencio positivo, lo que desde la perspectiva del ciudadano constituye un auténtico logro, sino porque, además, para llegar a dicha conclusión, la Dirección General supera el obstáculo que supone la resolución expresa denegatoria de la licencia de la que, como en todo acto administrativo, ha de sostenerse la presunción de validez y su ejecutividad de acuerdo con los artículos 56 y 57 de la LRJPA, superación que se justifica por la existencia de un acto presunto previo que también ha de presumirse válido (11) y que al no haber sido revisado se puede «hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada», como recuerda el artículo 43.5.

Con ello la Dirección se decanta por la superación de una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, a la que anteriormente nos hemos referido y que en el ámbito urbanístico cristalizó en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo de 1976 y después en el artículo 242.6 de la Ley del Suelo de 1992, precepto, este último, que conforme a lo indicado y pese a no haber sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, ni derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha de entenderse inaplicable en la actualidad o, a lo sumo, considerar que su efectividad se sostiene sobre la previa declaración de nulidad del acto en cuestión, ya fuera mediante su revisión, ya por su previa impugnación.

Desde esta perspectiva la posición de la Dirección General supone un paso decidido hacia la superación de las perniciosas consecuencias que la inactividad formal de la Administración ocasiona a los particulares en específicos

(10) AGUADO I CUDOLÁ, VICENÇ, «Silencio administrativo...», *op. cit.*, pág. 119. En contra de la posición expuesta puede verse la sostenida por MOLINA FLORIDO, IGNACIO, *El régimen de las licencias urbanísticas en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid 9/2001, de 17 de julio*, Ed. Aranzadi, S. A., 2002, págs. 82 y sigs., que, apoyándose en una jurisprudencia que hoy debe entenderse superada, considera que el silencio positivo sólo tiene lugar si lo pedido fuera conforme con la ordenación.

(11) Así lo entiende también ARNÁIZ EGUREN, RAFAEL, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 44.

actos del proceso urbanístico cuyos efectos no sólo han de mantenerse en la exclusiva esfera urbanística y administrativa, en cuanto su coordinación final con el Registro de la Propiedad hace necesaria su inscripción como exigencia demandada por el objetivo de alcanzar, también a través de esta institución, la «publicidad oficial de la situación jurídica de los bienes» (12). Los efectos del silencio en materia de licencias de parcelación, de licencias de edificación con vistas a la inscripción de declaraciones de obra nueva, o de proyectos de reparcelación, constituyen actos con evidentes repercusiones registrales cuya adopción pocas veces se produce de conformidad con los plazos legalmente dispuestos lo que, según lo visto, determina su obtención por silencio con las consecuencias que resultan de la Resolución comentada. Obtención que, si bien en la realidad se hace valer como último recurso por el administrado y aun así con una fuerte dosis de prudencia ante la Administración en cuanto difícilmente da lugar a actos materiales de ejecución, permite al menos su reflejo registral conforme admite la Resolución.

4. EL SILENCIO POSITIVO Y LA EXIGENCIA DE FIRMEZA EN VÍA ADMINISTRATIVA DE LA APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN PARA SU INSCRIPCIÓN

Aceptado lo anterior, el régimen de producción del silencio y el posterior acceso de los actos respectivos al Registro de la Propiedad plantea sin embargo algunos problemas adicionales en el supuesto de que se entendiese que su doctrina es extrapolable a otros procedimientos administrativos que desembocan en el Registro o a aquellos en los que no sólo interviene la Administración y quien hace valer la existencia del acto presunto, al concurrir simultáneamente la presencia de otros terceros interesados que eventualmente pudieran tener intereses contrapuestos (13).

Comenzando por esta segunda hipótesis, aunque la Resolución comentada no trata esta cuestión, no puede en ningún caso descartarse que, pese a que inicialmente el acto de segregación sólo afecte al titular de la concreta finca que se va a parcelar, un tercero pudiera impugnar en vía administrativa la licencia por entender, por ejemplo, que se pudiera estar alterando las dimensiones de la parcela mínima según lo dispusiera el planeamiento. Igualmente podría ocurrir en el caso de las licencias de edificación y su trascendencia en materia de declaración de obra nueva. Y, finalmente, referido a la primera alternativa, otro tanto podría tener lugar, lo que además es usual, en materia de proyectos de equidistribución cuando uno de los titulares de suelo dentro del ámbito lo recurriera en reposición por estar en disconformidad con las adjudicaciones de determinadas fincas que se hubieran realizado a su favor.

(12) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, 1978, pág. 250. En cuanto a la interrelación entre los procesos urbanísticos y el Registro de la Propiedad, puede verse también el artículo «Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2000», de LASO BAEZA, VICENTE, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 186, junio 2001, págs. 61 y sigs.

(13) A esta cuestión se ha referido GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, «Procedimiento administrativo...», *op. cit.*, págs. 338 y sigs.

Pues bien, en materia de proyectos de equidistribución esta objeción fue en principio zanjada a partir de un precepto reglamentario, el artículo 113.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, luego reproducido en el artículo 169 de la Ley del Suelo de 1992, al condicionar su inscripción a que hubiera adquirido firmeza en vía administrativa el acto de aprobación, lo que reiteran los artículos 1.1. y 2.2.b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (14). Firmeza en vía administrativa que ha sido interpretada en el sentido de la insusceptibilidad del acto para ser objeto de recurso administrativo, bien por haberse ya interpuesto y haber sido resuelto expresamente, bien por haber transcurrido el plazo para su formalización sin ser interpuesto. De esta manera el acceso del proyecto al Registro se produce limitando, que no eliminando, la intangibilidad del acto, por cuanto, pese a que el silencio en la resolución del recurso tiene efectos desestimatorios, siempre quedaría abierta la posibilidad de una resolución estimatoria tardía del recurso de reposición, lo que, admitido por el artículo 43 de la LRPJA, eventualmente podría colisionar con el contenido del título ya inscrito previo conocimiento del efecto desestimatorio por el Registrador, obligando, en su caso, a su rectificación, siempre que no hubiera terceros adquirentes protegidos por el principio de fe pública registral. Es decir, en materia de proyectos de reparcelación la ejecutividad del acto queda transitoriamente paralizada en el orden registral, lo que podría entenderse que pudiera colisionar con lo dispuesto en el artículo 56 de la LRJPA al proclamar el principio de ejecutividad del acto. Y ello al margen de las dificultades prácticas de la acreditación ante el Registrador de la desestimación tácita del recurso como paso previo para poder probar la firmeza en vía administrativa del acto.

Lo curioso entonces es que, así como para los proyectos de equidistribución la firmeza en vía administrativa es condición para su inscripción sobre la base de la pretensión inalcanzable de permitir únicamente el acceso al Registro de un acto ya perfecto en vía administrativa, aunque judicialmente sí podría ser anulado y provocar con ello su rectificación, no ocurra lo mismo, con idéntico argumento, en el caso de las licencias obtenidas por silencio, las cuales podrían dar lugar a operaciones de modificación de entidades hipotecarias, simultáneamente ser impugnadas en vía administrativa y estimado el recurso obligar a la rectificación de lo inscrito.

A este respecto, la misma doctrina mantenida por la Dirección General en la Resolución comentada que, al margen de los problemas para probar su existencia (15), da pleno valor al acto presunto sin esperar a su firmeza en vía administrativa, podría ser mantenida en relación con los proyectos de equidistribución, proyectos para los cuales incluso alguna ley autonómica como la madrileña 9/2001, de 17 de julio, admite su aprobación por silencio como requisito bastante para su inscripción. Así resulta del artículo 88.2 que en relación con las reparcelaciones voluntarias destaca que producida la aprobación por silencio basta para su inscripción con presentar en el Registro la escritura pública en unión de la acreditación del acto presunto en los términos de la LRJPA. Previsión que podría entenderse acorde con la regulación

(14) A ello se refiere GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Ed. Civitas, 1999, pág. 104.

(15) Las particularidades sobre la calificación registral de la prueba son tratadas por ARNAIZ EGUREN, RAFAEL, «La inscripción...», *op. cit.*, págs. 43 y 44.

estatal en cuanto la innecesariedad de firmeza en vía administrativa se pudiese justificar por razón del acuerdo unánime de los propietarios, lo que sin embargo no impediría la impugnación en vía administrativa del proyecto por un tercero.

Sin embargo, ante dicho requisito se hace necesario tener presente que la aprobación de los proyectos por silencio y la simultánea exigencia de su firmeza en vía administrativa, convierte su inscripción prácticamente en una quimera inalcanzable. Si resulta que la Administración incumple su deber de resolver, difícilmente podrá esperarse que reconozca unilateralmente plenos efectos jurídicos al acto presunto, lo que se traducirá en su previsible negativa a notificar su existencia a cuantos interesados hubiera en el expediente a fin de poder impugnar dicho acto presunto o a publicar el acto de aprobación definitiva.

De esta manera el interesado en extraer todas las consecuencias jurídicas del acto presunto se enfrenta en estas situaciones ante un muro infranqueable que le impide promover la inscripción del proyecto. Basta con que la Administración no notifique la existencia del acto presunto para que la firmeza en vía administrativa no pueda ser acreditada, haciéndose imposible la inscripción del proyecto.

Pues bien, precisamente para estos supuestos es para los que, siguiendo el modelo del trámite de información pública promovido a iniciativa de los particulares en relación con los instrumentos de planeamiento (16), la doctrina administrativa (17) ha sido favorable a que en la LRJPA se hubiera incluido una regulación que permitiera que en los procedimientos triangulares cualquier interesado pudiera notificar fehacientemente a los restantes la existencia del acto presunto de manera que por éstos pudiera ser impugnado.

Esta posibilidad, hoy reconocida en alguna legislación autonómica, permitiría incluso su planteamiento en la tramitación de los proyectos de compensación para los que, dada la naturaleza administrativa de las Juntas, éstas pudieran generar desde su posición jurídico-pública un acto de comunicación

(16) La Ley 6/1998, de 13 de abril, prevé en su artículo 16 la posibilidad de que el trámite de información pública se promueva por los particulares cuando no lo haga la Administración, lo cual encuentra reflejo en alguna Ley Autonómica, como la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que dedica a dicha medida el artículo 32.2.

Anteriormente LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, se refirió a los medios utilizables para la publicación de los actos presuntos con ocasión de la aprobación de los Planes de Ordenación en su obra *Derecho Urbanístico*, Tomo II, Editorial Montecorvo, 1981, págs. 411 y sigs.

(17) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, «Procedimiento administrativo...», *op. cit.*, pág. 338, propuso al respecto, en cuanto a los efectos del silencio negativo, una norma en unos términos similares a los siguientes: «*Contra los actos presuntos podrán interponerse los recursos administrativos o jurisdiccionales admisibles hasta que, notificado el acto expreso, transcurran los plazos que en el traslado de la notificación se indiquen, salvo que concurran las circunstancias siguientes:*

a) *Que hubiesen comparecido en el procedimiento interesados que mantuvieran posición contraria al que le inició y, en su caso, denunciado la mora.*

b) *Que, transcurridos los plazos para que pudiera entenderse desestimada la petición, se notificase al que hubiese incoado el procedimiento esta circunstancia y los recursos admisibles contra el acto, bien por la propia Administración o por otro interesado fehacientemente».*

a sus miembros, relatando el cumplimiento de los plazos, la fecha de presentación del proyecto en el Ayuntamiento y la falta de resolución.

Más aún, una alternativa a estos efectos sería también la ofrecida, por ejemplo, por la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, la cual dispone que el procedimiento para la aprobación de los proyectos de reparcelación es el establecido para los Estudios de Detalle a que se refiere el artículo 61 y la Disposición Adicional quinta, relativa a la información pública y audiencia de interesados por iniciativa privada. El procedimiento en cuestión permite que el particular promueva el trámite de información pública por iniciativa privada en cuyo caso el promotor del trámite anuncia la convocatoria en el boletín oficial correspondiente, debiendo disponer el secretario municipal lo necesario para la pública consulta de la documentación disponible en el Ayuntamiento durante el plazo que proceda.

Esta regulación prevista a favor de los particulares lo que pretende no es más que romper con la incongruencia que representa haber obtenido por silencio la aprobación inicial del proyecto y sin embargo impedir la aprobación definitiva también por silencio, dado el carácter esencial que en los procedimientos urbanísticos se atribuye al trámite de información pública. Ahora bien, si la solución dada lo que permite en última instancia es acceder a la aprobación por silencio del proyecto y así obtener un acto presunto, no debería existir obstáculo alguno para que idéntica técnica pudiera ser empleada a fin de alcanzar su firmeza en vía administrativa de cara a su posterior inscripción.

En todo caso, fuera ésta la fórmula o bien otra similar, lo que carece de sentido es que mientras se admite la existencia del acto como consecuencia del silencio positivo, se haga impracticable la inscripción del proyecto por exigir un requisito, el de la firmeza en vía administrativa, que en la situación actual resulta de imposible cumplimiento.

Lo anterior determina que, siendo el acto presunto plenamente ejecutivo, la imposibilidad material de que adquiera firmeza en vía administrativa relega al interesado en su inscripción a una posición de incredulidad al existir un título reparcelatorio cuyo acceso al Registro resulta imposible.

Es cierto que la exigencia de la firmeza en vía administrativa puede encontrar cierto fundamento en la concurrencia de una pluralidad de interesados que demanda, para su acceso al Registro, una mayor certidumbre en el contenido final del acto, frente a aquellos otros procedimientos en los que tan sólo hay una relación bilateral Administración-administrado. Sin embargo, admitida la validez de este argumento, no puede desconocerse que cuando la medida pretendida para garantizarlo resulta insuficiente, lo que realmente se pone en evidencia es su fracaso y, con ello, su innecesariedad.

Por otro lado, y en unión de lo que se acaba de expresar, la exigencia de firmeza del acto cuando ha sido recurrido en vía administrativa y no ha sido resuelto el recurso perpetúa en el tiempo la posibilidad de su estimación posterior y, por lo tanto, la posible alteración del contenido del acto inscrito. Con ello la eliminación del riesgo de la alteración del contenido del acto como resultado de su impugnación no puede en ningún caso ser garantizada por el particular por cuanto existiendo la obligación de resolver siempre puede la Administración hacerlo de modo expreso (18). Tal imposibilidad es la que, en

(18) Hasta tal punto es como se dice que incluso se ha entendido que la Ley 4/1999 ha derogado de modo expreso el artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998 al

la misma línea marcada por la Resolución de 10 de septiembre de 2002, permite cuestionar la exigencia de firmeza en vía administrativa de la aprobación de los proyectos reparcelatorios, junto con el bloqueo que ocasiona cuando el acto aprobatorio se ha producido por silencio.

En consecuencia, producido el acto y siendo éste válido y ejecutivo, no debería existir obstáculo alguno para que al margen de sus vicisitudes impugnatorias pudiera acceder al Registro, supeditado sin embargo a los efectos de su eventual alteración debida a la estimación del recurso administrativo, si es que conocida la existencia del acto éste se hubiera interpuesto, lo que en todo caso ocurriría igualmente en el supuesto de que la estimación tuviera lugar en la vía jurisdiccional.

En todo caso y con las salvedades expresadas en cuanto al proyecto de reparcelación, la doctrina sostenida constituye un impulso fundamental para que desde la institución registral se pueda garantizar la operatividad del silencio positivo, y ello pese a que la nueva regulación del silencio difiere de una práctica administrativa que viene reproduciendo en la actualidad unos modos de actuar que, admitidos bajo otro modelo legal, hoy son claramente repudiables. La insistencia en la adopción de resoluciones tardías, contrarias al sentido del silencio positivo, representa para el particular un obstáculo prácticamente insalvable por cuanto la presunción de legalidad del acto pulveriza la pretensión, casi ingenua ante las potestades exorbitantes de la Administración, de extraer todas las consecuencias del acto presunto como si de un acto expreso se tratara. Frente a ello, interpretaciones como la sostenida por la Dirección General y su futura extensión a otros actos urbanísticos llamados a acceder al Registro supone una conquista cuya valoración positiva debe ser reconocida.

VICENTE LASO BAEZA

haber establecido éste un plazo máximo de seis meses para la impugnación judicial del acto presunto, lo que ha sido sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998. Un Auto de la Sección 5.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999 (Recurso 261/99)», publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, 2000, págs. 127 y sigs.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 11/2003. 29-9-2003. Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

— Ley Orgánica 12/2003. 24-10-2003. Autoriza la ratificación del Tratado de Adhesión a la UE de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca.

— Ley Orgánica 13/2003. 24-10-2003. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

— Ley 28/2003. 29-9-2003. Reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

— Ley 29/2003. 8-10-2003. Mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, por la que se modifica, parcialmente, la Ley 16/1987, de 30-7-1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

— Ley 30/2003. 13-10-2003. Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

— Ley 31/2003. 27-10-2003. Conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos.

— Instrumento 21-2-2002. Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15-11-2000.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1130/2003. 5-9-2003. Regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

— Real Decreto 1171/2003. 12-9-2003. Incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14-5-2001, por la que se modifican directivas sobre reconocimiento profesional y se modifican los correspondientes Reales Decretos de transposición.

— Real Decreto 1256/2003. 3-10-2003. Determina las autoridades competentes de la Administración General del Estado en materia de transporte de mercancías peligrosas y se regula la comisión para la coordinación de dicho transporte.

— Real Decreto 1274/2003. 10-10-2003. Modifica el Real Decreto 442/1994, de 11-3-1994, sobre primas y financiación a la construcción naval.

— Real Decreto 1275/2003. 10-10-2003. Relativo a los complementos alimenticios.

— Real Decreto 1276/2003. 10-10-2003. Aprueba el Estatuto del Centro de Estudios Jurídicos.

— Orden 2491/2003. 3-9-2003. Regula las prescripciones tecnológicas de los sistemas de información de los Centros de Ventanilla Única Empresarial a que se refiere la Disposición Adicional 8.^a de la Ley 2/1995, de SRL.

— Corrección de errores. Real Decreto 996/2003. 25-7-2003. Aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Corrección de errores. Real Decreto 1130/2003. 5-9-2003. Regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo Reglamentario 7/2003. 23-9-2003. Modifica el Reglamento 1/1995, de 7-6-1995, de la Carrera Judicial, en lo relativo a la especialización de miembros de la Carrera Judicial en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1230/2003. 26-9-2003. Regula el desarrollo de la planta judicial correspondiente a la programación del año 2003.

— Orden 2593/2003. 18-9-2003. Horarios de apertura al público de los RR.PP.

— Resolución de 24-9-2003. Anuncia la adjudicación de trabajos de servicios para la grabación de datos procedentes de los libros registrales pertenecientes a los Registros Civiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 del Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16-6-2000, por el que se aprueba el TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

— Orden 2579/2003. 15-9-2003. Establece normas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones por medios electrónicos, informáticos telemáticos con el Ministerio de Economía y sus Organismos adscritos.

— Orden 2801/2003. 3-10-2003. Establece las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 16-10-2003. Mensualmente hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE HACIENDA

— Real Decreto 1041/2003. 1-8-2003. Aprueba el Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios y se modifican otras normas relacionadas con la gestión del IAE.

— Real Decreto 1248/2003. 3-10-2003. Modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20-12-1990.

— Real Decreto 1270/2003. 10-10-2003. Aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

— Orden 2567/2003. 10-9-2003. Aprueba el modelo 036 de declaración censal de alta, modificación y baja en el censo de obligados tributarios y se establecen el ámbito y las condiciones generales para su presentación.

— Orden 2572/2003. 10-9-2003. Aprueba el modelo 840 de declaración del IAE y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 2696/2003. 27-8-2003. Establece el sistema de alerta previa en la circulación intracomunitaria de determinados productos objeto de los Impuestos Especiales de Fabricación.

— Orden 2.746/2003. 30-9-2003. Amplía el anexo de la Orden 1017/2003, de 25-4-2003, por la que se reducen para el período impositivo 2002 los índices de rendimiento neto aplicables en el régimen de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Orden 2989/2003. 17-10-2003. Constituye la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Ministerio de Hacienda.

— Orden 2990/2003. 21-10-2003. Modifica los modelos de declaración anual 196, «Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta correspondientes a rentas o rendimientos del capital mobiliario obtenidos por la contraprestación derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre activos financieros». 187, «Declaración informativa de acciones y participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones y participaciones». 345, «Planes, fondos de pensiones, sistemas alternativos y mutualidades de previsión social. Declaración anual», y 188, «Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta en relación con las rentas o rendimientos del capital mobiliario procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguros de vida o invalidez».

— Orden 2991/2003. 21-10-2003. Crea la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución de 8-10-2003. Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Actualiza el arancel integrado de aplicación (TARIC).

— Corrección de errores. Orden 2116/2003. 22-7-2003. Aprueba el modelo 190 para el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre Rendimientos del Trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta, los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores de dicho modelo por soportes directamente legibles por ordenador, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por internet y se modifican las normas de presentación de determinados modelos de declaración anual.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1046/2003. 1-8-2003. Regula el subsistema de formación profesional continua.

— Real Decreto 1169/2003. 12-9-2003. Modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23-12-1999, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

— Real Decreto 1203/2003. 19-9-2003. Modifica el Real Decreto 996/1986, de 25-4-1986, por el que se regula la suscripción de convenio especial de los emigrantes e hijos de emigrantes.

— Real Decreto 1273/2003. 10-10-2003. Regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

— Orden 2865/2003. 13-10-2003. Regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social.

— Resolución de 22-10-2003. DGT. Aprueba la publicación de las Fiestas Laborales para el año 2004.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1231/2003. 26-9-2003. Modifica la nomenclatura y el catálogo de las autopistas y autovías de la Red de Carreteras del Estado.

— Real Decreto 1249/2003. 3-10-2003. Formalidades de información exigibles a los buques mercantes que lleguen a los puertos españoles y salgan de éstos.

— Orden 2899/2003. 14-10-2003. Declara municipios singulares a los efectos del Real Decreto 1/2002, de 11-1-2002, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Real Decreto 1044/2003. 1-8-2003. Establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al Título.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1325/2003. 24-10-2003. Aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO

— Orden 2772/2003. 8-10-2003. Convoca y regula el procedimiento de selección de las asociaciones de consumidores más representativas y la designación de los vocales del Consejo de Consumidores y Usuarios.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES

— Resolución de 22-9-2003. Secretaría General Técnica. Publicación de las Cartas de 17 y 26-2-2003, intercambiadas entre España y Brasil sobre interpretación, en base al artículo 25, del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 14-11-1974, insertado en el *BOE* número 314, de 31-12-1975.

— Resolución de 3-10-2003. Secretaría General Técnica. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Aplicación Provisional del Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil de 22-9-2003, entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15-9-2003.

— Aplicación Provisional del Convenio sobre ejecución de sentencias penales de 22-9-2003, entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15-9-2003.

— Declaración de aceptación por España de 22-9-2003. Adhesión del Reino de Tailandia al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Declaración de aplicación provisional de 23-9-2003, del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, hecho en Bruselas el 29-5-2000.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 4/2003. 23-9-2003. Creación de la Agencia Andaluza de la Energía.

— Decreto 213/2003. 15-7-2003. Modifica el Decreto 11/1999, de 26-1-1999, que regula los incentivos a la creación de empleo mediante la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y/o la reorganización del tiempo de trabajo.

— Decreto 250/2003. 9-9-2003. Declara determinados Monumentos Naturales de Andalucía.

— Decreto 272/2003. 30-9-2003. Modifica el Decreto 175/1987, de 14-7-1987, de creación y estructuración de los órganos competentes para conocer de las reclamaciones económico-administrativas que se produzcan en el ámbito de la gestión económica, financiera y tributaria de la Junta de Andalucía.

— Orden 9-9-2003. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos para el año 2004.

— Orden 12-9-2003. Regula la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de otros ingresos públicos y de las obligaciones con la Seguridad Social en los procedimientos de subvenciones y ayudas públicas y de contratación que se tramiten por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos.

— Orden 15-9-2003. Desarrollo y tramitación de las actuaciones en materia de rehabilitación del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007.

— Orden 24-9-2003. Regula las declaraciones informativas de los Notarios en relación con los tributos cedidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 21/2003. 24-10-2003. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2003.

— Decreto 239/2003. 16-9-2003. Crea y regula la Comisión Delegada del Gobierno de Aragón para Asuntos Económicos.

— Decreto 242/2003. 16-9-2003. Fija las fiestas laborales retribuidas, no recuperables e inhábiles para el año 2004.

— Decreto 258/2003. 30-9-2003. Establece los precios públicos relativos a la prestación de determinados servicios del Laboratorio para la Calidad de la Edificación dependiente del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

ASTURIAS

— Decreto 191/2003. 4-9-2003. Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

— Decreto 202/2003. 18-9-2003. Segunda modificación del Decreto 169/1999, de 9-12-1999, por el que se regula la composición, competencias y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias.

— Decreto 204/2003. 2-10-2003. Atribuciones, organización y funcionamiento de la Agencia Asturiana de Cooperación al Desarrollo.

BALEARES

— Decreto 163/2003. 12-9-2003. Actuaciones urgentes en los sectores agrícola y ganadero.

— Decreto 164/2003. 12-9-2003. Modificación del Decreto 210/1999, de 24-9-1999, de estructuración de los órganos competentes para conocer y resolver las reclamaciones económico-administrativas que se produzcan en el ámbito de la gestión económica, financiera y tributaria.

— Decreto 168/2003. 26-9-2003. Comisión Asesora de Derecho Civil de las Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 254/2003. 2-9-2003. Modifica el Decreto 129/2001, de 11-6-2001, que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

— Decreto 263/2003. 23-9-2003. Asigna competencias en materia de medios de comunicación social, relaciones institucionales, emigración, acción exterior y cooperación en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 302/2003. 16-9-2003. Atribuye las competencias en materia de medios de comunicación social.

— Orden 18-9-2003. Delega en la Dirección General de la Vivienda diversas competencias previstas en el Decreto 211/1994, de 17-10-1994; en el 12/1996, de 26-1-1996, en el Real Decreto 1186/1998, de 12-6-1998; en el Decreto 103/1998, de 26-6-1998; en los Decretos 242/1998, 247/1998, 248/1998, 249/1998 y 250/1998, todos ellos de 18-12-1998; en el Decreto 221/2000, de 4-12-2000; en el Decreto 103/2001, de 17-4-2001; en el Decreto 168/2001, de 30-7-2001; en los Decretos 69/2002 y 70/2002, de 20-5-

2002; en los Decretos 75/2002 y 76/2002, de 3-6-2002; y en el Decreto 19/2003, de 10-2-2003.

— Orden 6-10-2003. Delegan en la Dirección General de la Vivienda las competencias previstas en relación al Real Decreto 224/1989, de 3-3-1989; en el Decreto 100/1994, de 10-6-1994, y en el Decreto 273/1993, de 8-10-1993.

— Resolución de 10-4-2003. Ordena la publicación en el *Boletín Oficial de Canarias* del Reglamento del Parlamento de Canarias.

— Resolución de 10-4-2003. Ordena la publicación en el *Boletín Oficial de Canarias* de las Normas de Gobierno Interior del Parlamento de Canarias.

CANTABRIA

— Decreto 174/2003. 3-10-2003. Modifica parcialmente el Decreto 92/2002, de 22-8-2002, por el que se regula el régimen de concesión de ayudas para las madres con hijos menores de tres años y se amplía, en determinados casos, la concesión de ayudas a madres con hijos menores de seis años.

— Orden 13-10-2003. Regula la operatoria a seguir para el cobro de liquidación y autoliquidación de los tributos cedidos gestionados por las oficinas liquidadoras y el abono de compensaciones a los Registradores de la Propiedad.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 11/2003. 25-09-2003. Gobierno y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

— Decreto 270/2003. 9-9-2003. Establece el currículo del ciclo formativo de grado superior, correspondiente al título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales.

— Decreto 273/2003. 9-9-2003. Aprueba los Estatutos del Servicio Público de Empleo.

— Decreto 274/2003. 9-9-2003. Estructura orgánica y funciones del Servicio Público de Empleo.

— Decreto 280/2003. 23-9-2003. Fija el calendario laboral para el año 2004.

— Decreto 297/2003. 28-10-2003. Nombra Notarios para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Decreto 298/2003. 28-10-2003. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Orden 2-10-2003. Desarrollo del Decreto 41/2003, de 8-4-2003, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Decreto 255/2003. 29-7-2003. Atribuye a los órganos administrativos de la Consejería de Medio Ambiente competencias en materia de autorización de gastos, de contratación, de subvenciones, de expedientes sancionadores y de convenios.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 12/2003. 3-10-2003. Reforma de la Ley 13/2002, de 15-7-2002, de Fundaciones de Castilla y León.

— Decreto 101/2003. 28-8-2003. Modifica el Decreto 207/1996, de 5-9-1996, por el que se establece y regula la habilitación de Entidades Colaboradoras para funciones de mediación en adopción internacional.

— Decreto 110/2003. 25-9-2003. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Organismo Autónomo, Servicio Público de Empleo.

— Decreto 111/2003. 25-9-2003. Establece el calendario de fiestas laborales para el año 2004.

— Decreto 116/2003. 9-10-2003. Modifica el Decreto 227/2001, de 27-9-2001, de creación del Consejo Asesor de Medio Ambiente de Castilla y León.

— Corrección de errores. Decreto 99/2003. 28-8-2003. Regula la organización y funcionamiento del Consejo Regional y los Consejos Provinciales de Atención y Protección a la Infancia.

— Corrección de errores. Decreto 101/2003. 28-8-2003. Modifica el Decreto 207/1996, de 5-9-1996, por el que se establece y regula la habilitación de Entidades Colaboradoras para funciones de mediación en adopción internacional.

EXTREMADURA

— Decreto 166/2003. 9-9-2003. Fija el calendario de días festivos para el año 2004.

— Orden 15-9-2003. Crea la tarjeta acreditativa de grado de minusvalía.

GALICIA

— Decreto 366/2003. 2-10-2003. Modifica el Decreto 14/2002, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Medio Ambiente.

LA RIOJA

— Decreto 111/2003. 10-10-2003. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31-5-2001, de Turismo de La Rioja.

— Corrección de errores. Decreto 33/2003. 15-7-2003. Establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Desarrollo Económico.

MADRID

— Decreto 196/2003. 29-8-2003. Aprueba el Reglamento ejecutivo de la Ley 17/1999, de 29-4-1999, sobre aprovechamiento de pastos y rastrojeras para la protección de la ganadería extensiva.

— Decreto 200/2003. 11-9-2003. Establece las fiestas laborales para 2004.

— Decreto 210/2003. 16-10-2003. Aprueba el Reglamento de Funcionamiento Interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones.

— Orden 24-10-2003. Modifica parcialmente la Orden 13-3-2001, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, reguladora de las bases para la concesión de financiación cualificada a la vivienda con protección pública y a la rehabilitación con protección pública prevista en el Decreto 11/2001, de 25-1-2001.

MURCIA

— Decreto 165/2003. 26-9-2003. Establece la estructura orgánica del Servicio Regional de Empleo y Formación.

— Decreto 166/2003. 3-10-2003. Regula la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro que operen en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Orden 1-10-2003. Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes. Delegación de funciones en el Secretario General, Directores Generales y Vicesecretario.

— Resolución de 19-9-2003. Ordena la publicación del acuerdo Administración Regional y Organizaciones Sindicales sobre articulación de la negociación colectiva.

— Corrección de errores. Resolución de 28-7-2003. Aprueba la publicación de las fiestas laborales para el año 2004.

NAVARRA

— Decreto Foral 557/2003. 8-9-2003. Modifica el Anexo del Decreto Foral 334/2001, de 26-11-2001, por el que se aprueba el procedimiento para la valoración de determinados bienes inmuebles sitos en la Comunidad Foral de Navarra mediante la aplicación del método de comprobación de los precios medios en el mercado, en relación con la gestión de los Impuestos sobre S. y D., y TPAJD.

— Decreto Foral 604/2003. 29-9-2003. Nueva redacción al artículo 1.º del Decreto Foral 267/1999, de 16-8-1999, por el que se modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos.

— Decreto Foral 647/2003. 20-10-2003. Establece la estructura orgánica del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones.

— Orden Foral 324/2003. 15-9-2003. Modifica la estructura de Negociados del Departamento de Administración Local.

— Orden Foral 289/2003. 26-9-2003. Aprueba los modelos y las normas de gestión correspondientes al Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática.

PAÍS VASCO

— Decreto 183/2003. 22-7-2003. Regula el procedimiento de evaluación conjunta de impacto ambiental.

— Decreto 206/2003. 9-9-2003. Regula el procedimiento para la aprobación de las modificaciones no sustanciales de las Directrices de Ordenación Territorial, Planes Territoriales Parciales y Planes Territoriales Sectoriales.

— Decreto 217/2003. 23-9-2003. Establece el tipo de interés de los préstamos cualificados otorgados por las entidades de crédito en materia de vivienda y suelo.

— Decreto 240/2003. 14-10-2003. Cajas de Ahorros.

— Decreto 241/2003. 14-10-2003. Regula la estructura y funciones del Instituto Vasco de Administración Pública.

VALENCIA

— Decreto 199/2003. 3-10-2003. Crea el Instituto Valenciano de Desarrollo Rural.

— Decreto 201/2003. 3-10-2003. Aprueba el Reglamento de los Órganos Urbanísticos de la Generalitat.

— Decreto 210/2003. 17-10-2003. Determina el calendario laboral de aplicación en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana para el año 2004.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Del día 12 al 14 de noviembre de 2003 se celebraron en la Universidad de Almería las JORNADAS SOBRE LA PROPIEDAD HORIZONTAL, organizadas por la Cátedra de Derecho Registral en colaboración con el Colegio de Registradores de Andalucía oriental.

CONFERENCIAS:

- «Aspectos registrales de la propiedad horizontal», por el Ilmo. Señor don JAVIER GÓMEZ GÁLIGO, Letrado de la DGRN, Registrador, Director de la *RCDI*.
- «Declaración de obra nueva y división horizontal», por el Ilmo. Señor don JUAN JOSÉ PRETEL, ex letrado de la DGRN, Registrador de la Propiedad.
- «Documentos inscribibles en el Registro en relación con la propiedad horizontal», por el Ilmo. Señor don JOSÉ M.^a GARCÍA URBANO, ex letrado de la DGRN, Notario de Estepona.
- «Los complejos inmobiliarios», por el Profesor Doctor don JOSÉ ÁNGEL TORRES LANAS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares.
- «La morosidad en la nueva Ley de Propiedad Horizontal: algunas consideraciones sobre el artículo 9.1, regla c), apartado 4.º», por el Profesor Doctor don JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Córdoba.

Del 4 al 6 de noviembre de 2003, se celebraron en Granada unas JORNADAS SOBRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL URBANISMO,

organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Granada y el Colegio de Registradores de la Propiedad para Andalucía Oriental.

APERTURA DEL CURSO:

A cargo del Ilmo. Señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, el Ilmo. Señor Decano del Colegio Notarial de Granada y el Ilmo. Señor Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad para Andalucía Oriental.

PONENCIA:

- «Cuestiones registrales en la nueva Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», por don JOAQUÍN DELGADO RAMOS, Registrador de la Propiedad de Archidona y Notario excedente.

CHARLAS COLOQUIO:

- «La inscripción en el Registro de la expropiación forzosa motivada por la no integración en el sistema de compensación», por don ÁLVARO GARCÍA-CABRERA MATA, Asesor jurídico de la Gerencia de Urbanismo y miembro del equipo redactor del Plan General de Málaga.
- «Inscripción de expedientes de equidistribución; acceso al Registro de fraccionamientos de suelo», por don RAFAEL ARNÁIZ RAMOS, Registrador de la Propiedad de Cangas de Narcea y Vocal de la Junta de Gobierno del Colegio Nacional de Registradores.
- «Instrumentos de intervención en el mercado de suelo. Los derechos de superficie, tanteo y retracto», por don FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, Secretario de Málaga y Profesor Titular de Derecho Administrativo excedente.
- «Expropiaciones urbanísticas y conjuntos inmobiliarios; división vertical del dominio e incorporación de superficie de dominio público», por don RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad de Alcorcón.

MESA REDONDA:

Ponentes:

Don RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad de Alcorcón; don FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, Registrador de Sevilla y Secretario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad; don JUAN CARLOS SEGOVIANO ASTUBURUAGA, Vicedecano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Registrador de Salamanca; don JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Director del Servicio de Estudios Registrales de Andalucía Oriental y Registrador de Málaga.

Moderador:

Presidente del Grupo de Abogados de Derecho Urbanístico y Ambiental del Colegio de Abogados de Granada.

Clausura a cargo del Ilmo. Señor Vicedecano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

El día 12 de diciembre de 2003 se celebró en Málaga una JORNADA DE DERECHO DE SERVIDUMBRE, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

PONENCIAS:

- «Las Servidumbres de Acueducto, Vertiente de Aguas, Tendido Eléctrico y Telecomunicaciones en la Ley de Propiedad Horizontal», por don MANUEL RIVERA SERRANO, Abogado del Ilustre Colegio de Granada.
- «La Servidumbre de Paso, Vistas y Luces en el Código Civil», por don GABRIEL ESPÍN DE LA O, Abogado del Ilustre Colegio de Málaga.
- «Aspectos Procesales de las Acciones de Servidumbre», por la Ilma. Señora doña MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ, Juez Titular del Juzgado de 1.^a Instancia, número 9 de Málaga.
- «Aspectos notariales del Derecho Real de Servidumbre», por don JOAQUÍN MATEO ESTÉVEZ, Notario de Málaga.
- «Aspectos Registrales del Derecho Real de Servidumbre», por don LUIS ANTONIO MARTÍN HERNÁNDEZ, Registrador del Registro de la Propiedad de Ronda.

ARAGÓN

Los días 4 y 18 de noviembre en Zaragoza, y el 25 de noviembre de 2003 en Teruel, se celebraron los DECIMOTERCEROS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS.

ORGANIZAN:

- El Justicia de Aragón.
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- Facultad de Derecho de Zaragoza.
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
- Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.
- Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.
- Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza.
- Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón.
- Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza.

COMISIÓN DE COORDINACIÓN:

- Don FERNANDO GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.
- Don MANUEL ASENSIO PALLÁS, Abogado.
- Don ADOLFO CALATAYUD SIERRA, Notario.
- Don FRANCISCO CURIEL LORENTE, Registrador.
- Don SAÚL GAZO ORTÍZ DE URBINA, Abogado.
- Doña CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR, Procuradora.
- Don MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE, Magistrado.
- Don HONORIO ROMERO HERRERO, Notario.
- Don RAFAEL SANTACRUZ BLANCO, Abogado del Estado.
- Don JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil.
- Don JOSÉ LUIS SORO DOMINGO, Abogado.
- Don IGNACIO MURILLO GARCÍA ATANCE, responsable de Departamento del Justicia de Aragón.
- Don FRANCISCO J. POLO MARCHADOR, responsable de Departamento del Justicia de Aragón.

PONENCIAS:

- «Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón».
Ponente: Don JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ, Magistrado.
Coponentes: Don FRANCISCO CURIEL LORENTE, Registrador, y don IGNACIO ORTEGA ALCUBIERRE, Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza.
- «El régimen económico matrimonial de separación de bienes».
Ponente: Don JESÚS MARTÍNEZ CORTÉS, Notario.
Coponentes: Don MIGUEL LACRUZ MANTECÓN, Profesor Titular de Derecho Civil, y don JOSÉ LUIS SORO DOMINGO, Abogado.
- «La responsabilidad por daños causados en especies cinegéticas en Aragón».
Ponente: Don LUIS BIENDICHO GRACIA, Letrado de la Diputación General de Aragón.
Coponentes: Doña MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ, Profesora Titular de Derecho Civil, y don ÁNGEL GARCÍA BERNUÉS, Abogado.
- «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas».
Ponente: Don GABRIEL GARCÍA CANTERO, Catedrático de Derecho Civil.
Coponentes: Don LUIS MURILLO JASO, Letrado de la Diputación General de Aragón, y don BENITO SORIANO IBÁÑEZ, Fiscal.

CATALUÑA

Del 10 de noviembre al 4 de diciembre de 2003 se celebró en Barcelona el 3.º CURSO IBEROAMERICANO DE DERECHO REGISTRAL, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles de España, la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) y la Universidad Ramón Llull-ESADE.

PARTICIPANTES:

Registradores de la Propiedad y profesores universitarios de los siguientes países:

Brasil	Nicaragua
Cuba	Panamá
Chile	Paraguay
Ecuador	Perú
El Salvador	Puerto Rico
Guatemala	República Dominicana
Honduras	Uruguay

México

PROFESORADO:

Registradores de la Propiedad, Letrados de Entidades de Crédito, Magistrados y Abogados del Estado:

- Don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Don ENRIQUE RAJOY, Registrador de la Propiedad y Secretario General del CINDER.
- Don SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, Director General de la Asesoría Jurídica de la Caixa.
- Don GREGORIO MAYAYO, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española.
- Don CELESTINO PARDO, Registrador de la Propiedad, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores.
- Don BENITO ARRUÑADA, Catedrático de Teoría de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra.
- Don VICENTE EGUILARTE, Catedrático de Derecho Civil.
- Don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de la Propiedad.
- Don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.
- Don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Profesor de Derecho Mercantil.
- Don JOAQUÍN RODRÍGUEZ, Notario y Registrador de la Propiedad.
- Don JORGE REQUEJO, Registrador de la Propiedad y Director Proyecto Geobase.
- Don FERNANDO DE LA PUENTE, Registrador de la Propiedad.
- Don SERGIO LLEBARÍA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de ESADE
- Don NICOLÁS NOGUERALES, Registrador de la Propiedad.
- Doña ANA SOLCHAGA, Registradora de la Propiedad.

MATERIAS:

- Principios Hipotecarios.
- Registro de la Propiedad: organización y gestión de la responsabilidad.
- Derecho de Hipotecas. Ejecución judicial y extrajudicial.
- Registro de la Propiedad y Administración Tributaria.
- Registro de la Propiedad y Catastro.

- Registro de la Propiedad y nuevas tecnologías: la firma digital.
- Registro y protección de datos.
- Registro de Bienes Muebles.
- Registro de la Propiedad y Medio Ambiente.

PRESENTACIÓN DEL CURSO:

Por las entidades organizadoras: FIIAPP, ESADE y Colegio de Registradores.

Interviene don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.

PONENCIAS:

- «Medio ambiente y Registro», por don MANUEL BALLESTEROS, don ANTONIO GARCÍA CONESA y don JOSÉ LUIS SALAZAR.
- «Los Derechos reales y su protección en la historia», por don CELESTINO PARDO.
- «Contenido del Registro», por don FERNANDO DE LA PUENTE.
- «Procedimiento registral», por don PLÁCIDO PRADA.
- «Panorama económico», por don FERNANDO MÉNDEZ.
- «Registro de Bienes Muebles», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO.
- «Principios de prioridad y tracto», por doña CARMEN DE GRADO.
- «Registro de la Propiedad y nuevas tecnologías: La firma electrónica», por don JOAQUÍN RODRÍGUEZ.
- «Urbanismo y Registro», por don JUAN LUIS GIMENO.
- «Administración Tributaria y Registro», por don ALEJANDRO PAYÁ.
- «Proyecto Geobase, Catastro y Registro», por don JORGE REQUEJO.
- «Régimen económico-matrimonial y Registro de la Propiedad», por don VICENTE GUILARTE.
- «La hipoteca», por don SERGIO LLEBARIA y don FERNANDO CANALS.
- «La calificación registral», por don ENRIQUE RAJOY.
- «La organización del derecho de propiedad», por don BENITO ARRUÑADA.
- «Panorama internacional de los Registros», por doña ANA SOLCHAGA y don NICOLÁS NOGUEROLES.
- «La ejecución de hipoteca», por don SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL.
- «Fe pública y oponibilidad», por don JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA.
- «La publicidad formal y la protección de datos», por don GUILLERMO HERRERO, don CARLOS BALLUGERA y don JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS.
- «La titulización hipotecaria», por don ALEJANDRO PAYÁ.

MADRID

Los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2003 se celebró, en los Salones de Actos de la Bolsa de Madrid y del Colegio de Registradores de España, un SEMINARIO SOBRE LA SOCIEDAD COTIZADA, organizado por la Revista de Derecho de Sociedades.

PRESENTACIÓN:

- Excmo. Señor don JOSÉ M.^a MICHAVILA NÚÑEZ, Ministro de Justicia.
- Don ANTONIO ZOIDO MARTÍNEZ, Presidente de la Bolsa de Madrid y Presidente de Bolsas y Mercados Españoles.
- Don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PONENCIAS:

- «La reforma italiana: El Texto Único de 1998 y la Reforma Orgánica de 2003», por PAOLO MONTALENTI, Professore Ordinario di Diritto Commerciale. Universidad de Turín (Italia).
- «La Ley Sarbanes-Oxley y las normas de la SEC y de la Bolsa de Nueva York sobre Gobierno Corporativo», por JOHN C. COFFEE, Professor of Law. Universidad de Columbia (Estados Unidos).
- «La reforma Alemana: Las KontraG y TransPuG de 1998 y 2002, y el Código Cromme», por KARSTEN SCHMIDT, Professor Doctor der Institut für Handels - und Wirtschaftsrecht. Universidad de Bonn (Alemania).
- «El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista», por FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense.
- «Estructura accionarial, pactos parasociales, accionistas de control y participaciones significativas», por ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos.
- «La separación entre Dirección y Control como cuestión: El modelo monista español del Consejo de Administración frente a la posibilidad de optar entre distintos modelos que ofrece el Derecho comparado», por GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense.
- «Derechos, deberes y responsabilidad de las distintas categorías de Consejeros», por JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid.

- «Gobierno corporativo e información a los mercados», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador y Director del Servicio de Coordinación de los Registros Mercantiles.
- «La financiación de la sociedad cotizada», por CARMEN ALONSO LEDESMÁ, Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Complutense.
- «Cuentas anuales, auditoría externa y Comité de Auditoría», por LUIS VELASCO SAN PEDRO, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid.
- «El mercado de control de sociedades: Las OPAS», por LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense.

CLAUSURA:

- Don MIGUEL CRESPO RODRÍGUEZ, Subsecretario del Ministerio de Economía.
- Don ANTONIO ZOIDO MARTÍNEZ, Presidente de la Bolsa de Madrid y Presidente de Bolsas y Mercados Españoles.
- Don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *El legado alternativo*, Editorial Dykinson. Madrid, 2003.

Entre los distintos tipos de legados contemplados por el Código Civil se encuentra el legado alternativo, caracterizado por la existencia de varias prestaciones legadas de forma disyuntiva, de tal manera que el gravado con el legado sólo debe cumplir una de ellas para liberarse de su obligación. La identificación de estos legados y el régimen jurídico que los ordena y legitima es la materia que desarrolla la obra que se presenta.

El autor da cuenta detallada de las diferentes cuestiones implicadas en el análisis de este tipo de legado. Tras las oportunas referencias al concepto y distinción de otras figuras afines, el estudio se centra en la facultad de elección, analizándose las distintas cuestiones y vicisitudes que pueden plantearse en cuanto a la forma, límites y plazo de su ejercicio, irrevocabilidad y transmisibilidad de la citada facultad, posibilidad de elección condicional y, finalmente, efectos de la elección.

La presente obra culmina con el estudio del riesgo de pérdida o imposibilidad de las prestaciones alternativamente legadas, que puede producirse con posterioridad al momento de la elección o con posterioridad al nacimiento del legado, pero antes de la elección. En este último supuesto, se ofrece un exhaustivo análisis de las distintas hipótesis que pueden plantearse, en función de quién ostente la facultad de elección y a quién sea imputable la pérdida de las prestaciones, aportándose, en cada caso y sin excepción, la correspondiente propuesta de soluciones interpretativas, bien fundadas y meditadas.

Es, sin duda, una monografía de obligada consulta, por la amplia y minuciosa visión que proporciona del legado alternativo, y, fundamentalmente, por las continuas aportaciones personales que ofrece su autor, no sólo en la interpretación de la regulación ofrecida por nuestro Código Civil, sino, lo que resulta más relevante, en sus pronunciamientos en torno a cuestiones sobre las que el citado Cuerpo legal no se manifiesta.

TERESA ECHEVARRÍA DE RADA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO (coordinador): *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, 2002, 1552 págs.

Nos ofrece este Tratado una elaboración sistemática de los temas fundamentales de la responsabilidad civil en el Derecho español, construida sobre

la sólida base de una revisión prácticamente exhaustiva de las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia.

La obra es fruto de la contribución de varios autores. Si bien, a diferencia de algunas obras colectivas que son simple yuxtaposición de heterogéneas aportaciones, la presente posee la interna coherencia que proporciona una rigurosa tarea de coordinación, en este caso realizada por el profesor REGLERO CAMPOS, autor de la parte más extensa y, en ciertos aspectos, más significativa, del Tratado.

Está distribuida la obra en una Parte General y una Parte Especial. El enunciado de cada uno de los capítulos es indicativo de la materia tratada.

La Parte General está compuesta por ocho capítulos. El profesor REGLERO CAMPOS es autor de los Capítulos I, II, IV, VII y VIII. En esta primera parte han colaborado la doctora VICENTE DOMINGO (Cap. III), la doctora GÓMEZ CALLE (Cap. V) y el profesor doctor IZQUIERDO TOLSADA (Cap. VI).

En el Capítulo I, después de las primeras páginas que sirven de introducción al Tratado, se delimita la materia objeto de estudio y se analizan las cuestiones que sirven de presupuesto crítico para el estudio de la responsabilidad civil. Así, concretamente, las funciones de la R.C. (reparadora-compensatoria y preventivo-punitiva), los principios de nuestra Constitución relativos a la responsabilidad civil, y la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El Capítulo II, dedicado a *Los sistemas de responsabilidad civil*, es un estudio riguroso y ampliamente documentado de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil, en el que se hace un análisis detenido en el ámbito legislativo y en el jurisprudencial del tránsito del sistema de responsabilidad por culpa al sistema de responsabilidad objetiva.

El Capítulo III, *El daño*, versa sobre el concepto, caracteres y clases de daño. La autora mantiene una noción unitaria y flexible del daño, acorde con la evolución histórica de sus características. Este capítulo contiene un detenido análisis de la reparación del daño corporal, con importantes referencias de jurisprudencia.

El Capítulo IV, *El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas*, trata con extensión y profundidad la evolución que la relación causal ha experimentado en nuestro Derecho, en el que la significación básica de la culpa viene a ser sustituida por mecanismos de valoración de daños, aunque esta proposición se matiza por el autor al delimitar las diferencias entre imputación causal e imputación subjetiva. De particular interés son los apartados que tratan de la culpa de la víctima y de la concurrencia de culpas.

En el Capítulo V, *Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno*, se analizan los supuestos de la acción de reclamación de daños, la posible transmisibilidad *inter vivos* del derecho a exigir la indemnización y los derechos de los acreedores del perjudicado. Concluye el capítulo con el examen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas y de la responsabilidad por hecho ajeno.

En el Capítulo VI, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, se afronta la problemática generada por la dualidad de regulaciones sobre responsabilidad que el Código Penal de 1995, «de forma manifiestamente errónea», ha seguido manteniendo. Después del estudio de las diferencias de régimen en singulares supuestos, se trata de las vicisitudes de la acción civil en el proceso penal y la eficacia de las sentencias penales en el proceso civil.

El Capítulo VII, *La prescripción de la acción de reclamación de daños*, centrado en la exégesis del artículo 1968.2.º, del Código Civil, afronta los problemas relativos al plazo de prescripción y *dies a quo* en una amplia variedad de supuestos.

El Capítulo VIII, *El seguro de responsabilidad civil*, completa la primera parte de la obra, atendiendo a la profunda vinculación existente entre la responsabilidad civil y el seguro que, preventivamente, es su principal cobertura. Se exponen sistemáticamente los elementos del contrato de seguro y ciertas cláusulas que a él se agregan, como las «claim made», las delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos. Los principales epígrafes se dedican al estudio de los artículos 76 y 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

En la Parte Especial de la obra, en diez capítulos, se tratan los supuestos específicos de la responsabilidad civil.

Colaboran en esta segunda parte del Tratado los profesores REGLERO (Cap. IX), ASÚA GONZÁLEZ (Cap. X), GÓMEZ CALLE (Cap. XI), YZQUIERDO TOLSA-DA (Caps. XII y XVII), PARRA LUCÁN (Caps. XIII y XIV), ORTÍ VALLEJO (Cap. XVI) y BUSTO LAGO (Cap. XVIII).

El Capítulo IX, *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, es el más extenso de la obra. Ha sido elaborado por el profesor REGLERO. Los daños causados por los accidentes de circulación son una constante en toda sociedad con un mínimo grado de desarrollo. Es este uno de los ámbitos en los que más tempranamente se implantó un régimen de responsabilidad civil objetiva, y en donde se instauró por vez primera un sistema de valoración de daños sobre la base de un baremo. En este capítulo se hace un estudio de las cuatro Directivas Comunitarias que a día de hoy regulan el seguro obligatorio de responsabilidad en la circulación de vehículos a motor, seguido de un exhaustivo análisis de la normativa española. El capítulo contiene también un amplio tratamiento del seguro obligatorio de automóviles, de los intereses moratorios previstos en la Ley del Contrato de Seguro (art. 20), del Consorcio de Compensación de Seguros y del discutible sistema de valoración de daños personales vigente en nuestro ordenamiento.

En el Capítulo X, *Responsabilidad civil médica*, la autora delimita el campo propio de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños médicos, debate tradicional en la materia, y que vuelve a traer a colación la tan reclamada unidad de la culpa civil. Examina los distintos criterios de imputación de la responsabilidad en el ámbito sanitario. Así, junto al tradicional criterio de la culpa, recogido en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, trata los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración aplicable a daños causados en el ámbito de los servicios públicos sanitarios.

En el Capítulo XI, *Responsabilidad de padres y centros docentes*, se expone con claridad y precisión la existencia de una doble disciplina en los Códigos Civil y Penal, a lo que cabe añadir la reciente regulación contenida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores, y se realiza un tratamiento tanto de la responsabilidad de los padres respecto a actos de sus hijos constitutivos y no constitutivos de delito, como de los centros docentes por los de los alumnos que tienen a su cargo.

El Capítulo XII, *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, se inicia con el análisis del concepto de «intromisión ilegítima». Junto al examen de las medidas indemnizatorias se estudian otros remedios puestos a disposición del perjudicado, como son las acciones de

cesación, cautelares y de abstención. En cuanto a las medidas indemnizatorias es de destacar la presunción de perjuicio, el análisis de los criterios de valoración, y el destino de la indemnización en caso de muerte. Examina también el autor la legitimación activa y pasiva en este tipo de procesos, la prescripción de esta clase de acciones, y concluye haciendo una especial referencia al caso de la vulneración de los derechos de la personalidad de los menores.

El Capítulo XIII, *La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales*, trata con separación, en dos apartados, la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad por la prestación de servicios defectuosos. En el primero, la autora hace un estudio pormenorizado del régimen de responsabilidad en la Ley General de Consumidores y Usuarios y en la Ley 22/1994, que adaptó la Directiva de 22 de julio de 1985, modificada por la Directiva 1999/34/CE, al ordenamiento español. En el segundo apartado se trata del régimen específico aplicable a la responsabilidad por la prestación de servicios defectuosos, que se completa con un importante estudio de la jurisprudencia sobre la materia.

En el Capítulo XIV, *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, se estudia la diferencia de responsabilidades de la persona jurídica, de las personas físicas que han causado el daño y de los administradores de sociedades, así como la diversidad de acciones legalmente admitidas, como la acción social, la acción individual y la responsabilidad por deudas sociales.

En el Capítulo XV, *Los daños causados por animales*, la autora subraya el carácter objetivo de este tipo de responsabilidad, centrándose en el estudio de la interpretación del artículo 1.905 del Código Civil, y analiza la variedad de supuestos a los que es de aplicación esta norma, con cita de la jurisprudencia sobre la materia.

El Capítulo XVI, *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, es un estudio de carácter jurisprudencial donde se analiza la responsabilidad derivada de aquellas actividades de riesgo que han sido objeto de decisiones jurisdiccionales, como las actividades deportivas y otras generadoras de daños, como las atracciones de feria, espectáculos taurinos, piscinas y parques acuáticos.

De singular importancia es la materia objeto de estudio del Capítulo XVII, *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. La duplicidad normativa civil-laboral, que impone una responsabilidad del empresario frente a los trabajadores que sufren un accidente laboral, ha dado lugar a no pocos problemas a la hora de determinar la jurisdicción competente para el conocimiento de las indemnizaciones derivadas de tales accidentes, problemática que es estudiada con detalle en este capítulo. También se examina en él la fundamental cuestión relativa a la compatibilidad de las diversas fuentes indemnizatorias (civiles y laborales) que entran en juego en este tipo de accidentes. El capítulo se cierra con el examen de las cuestiones atinentes al recargo de prestaciones económicas previsto en la Ley General de la Seguridad Social (art. 123), así como de las acciones que corresponden a las entidades de asistencia sanitaria y a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Se concluye el Tratado con el Capítulo XVIII, *Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*. Como aspectos más relevantes trata el autor de los daños resarcibles, ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, supuestos de la exoneración de la responsabilidad, función de la antijuricidad y criterio de imputación. Novedad importan-

te ofrece el apartado que analiza el seguro de responsabilidad civil que puede ser contratado por la Administración. Finalmente estudia el procedimiento para la exigencia de responsabilidad civil, la prescripción de la acción y los efectos jurídico-materiales de la responsabilidad de la Administración. De notable utilidad es el extenso Índice de Disposiciones Legales citadas en el Tratado que se incluye en las últimas páginas.

En mi opinión, esta obra, en la que la legislación vigente se analiza a la luz de la gran riqueza de datos que proporcionan la doctrina y la jurisprudencia utilizadas, constituye una fuente de conocimiento de primerísima importancia en materia de responsabilidad civil.

ENRIQUE LALAGUNA

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Número 45 (Enero-Marzo 2003)

«Viviendas de Protección Oficial y limitaciones del derecho de propiedad: prohibición de disponer y requisitos de los adquirentes. Lectura crítica de los artículos 10 y 13 del Real Decreto 1/2002», por ANTONIO BOTÍA VALVERDE, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO.—III. OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO.—IV. NORMATIVA APLICABLE.—V. REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LLAMADA «NORMATIVA GENÉRICA».—VI. REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LLAMADA «NORMATIVA ESPECÍFICA».—VII. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN LA LLAMADA «NORMATIVA ESPECÍFICA».—VIII. CONCLUSIONES.

«Una aproximación actual a la sucesión testamentaria», por JOSÉ CERDÁ GIMENO, pág. 31.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.—2. DIMENSIONES DE LA INSTITUCIÓN: A) LA DIMENSIÓN NORMATIVA. B) LA DIMENSIÓN FÁCTICA. C) LA DIMENSIÓN VALORATIVA.—3. SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL TESTAMENTO.—4. ACERCA DEL CONCEPTO DE TESTAMENTO.—5. NATURALEZA DEL TESTAMENTO: A) CARACTERES. B) NATURALEZA.—6. MODALIDADES (CLASES) DE TESTAMENTO.—7. EL PERFIL ESTÁTICO DE LA INSTITUCIÓN (SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN DE LA FIGURA): A) PRESUPUESTOS SUBJETIVOS. B) PRESUPUESTOS OBJETIVOS: a) *Aspecto formal (estructura)*; b) *Aspecto material (contenido)*: b.1) Contenido típico; b.2) Contenido atípico. C) PRESUPUESTOS FORMALES: a) *La cuestión de la forma elegida*; b) *La cuestión de la expresión utilizada*.—8. EL PERFIL DINÁMICO DE LA INSTITUCIÓN (ASPECTOS FUNCIONALES): A) EFICACIA. B) INEFICACIA: a) *En general*; b) *En especial: revocación*.—9. EL PERFIL CONFLICTUAL DE LA INSTITUCIÓN.—10. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA INSTITUCIÓN. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA. ANEXOS: 1) FORMULARIOS. 2) CUADRO COMPARATIVO INTERNORMATIVO.

«Función certificante del Notario. Especial referencia al documento fehaciente regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil», por JOSÉ VICENTE CHORNET CHALVER, pág. 141.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CLASES.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS DOCUMENTOS.—IV. LA INTEGRACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 517.5.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—V. ESTUDIO DEL DOCUMENTO FEHACIENTE DEL ARTÍCULO 573.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—VI. SU CONSTITUCIONALIDAD.—VII. ALCANCE OBJETIVO DE LA INTERVENCIÓN DEL FEDATARIO.—VIII. ALCANCE TEMPORAL.—IX. LA DETERMINACIÓN DE LA LIQUIDEZ EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO.—X. COMPETENCIA TERRITORIAL DEL FEDATARIO.—XI. RECAPITULACIÓN SOBRE EL DOCUMENTO FEHACIENTE.

«La buena fe como vía para juridificar la moral», por JOSÉ GARRALDA VALCÁRCEL, pág. 173 (sin sumario).

«La valoración de inmuebles en los impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas», por ANA M.ª IBIZA GARCÍA-JUNCO, pág. 179.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL VALOR DE LOS BIENES INMUEBLES: 2.1. VALORACIÓN DE BIENES DE NATURALEZA URBANA: 2.1.1. *Métodos sintéticos*. 2.1.2. *Métodos analíticos*. 2.2. VALORACIÓN DE BIENES DE NATURALEZA RÚSTICA: 2.2.1. *Métodos sintéticos*. 2.2.2. *Métodos analíticos*.—3. LA VALORACIÓN CATASTRAL: 3.1. BIENES DE NATURALEZA URBANA. 3.2. BIENES DE NATURALEZA RÚSTICA.—4. SISTEMAS DE VALORACIÓN EN LAS CCAA DE RÉGIMEN COMÚN.—5. PROPUESTAS PARA UN ÚNICO VALOR FISCAL.—6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

«El hecho de las parejas de hecho sin derecho», por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, pág. 203 (sin sumario).

«La eficacia del asentimiento de los padres del adoptando», por BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO, pág. 241.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. DEFINICIÓN DE ASENTIMIENTO.—III. FUNDAMENTO Y FORMALIZACIÓN DEL ASENTIMIENTO.—IV. EXCEPCIONES AL ASENTIMIENTO.—V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS: 1. ANTE LA FALTA DEL TRÁMITE LEGAL. 2. ANTE EL DISENTIMIENTO: A) *Irrelevancia*. B) *Carácter vinculante*.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 204 (Septiembre 2003)

«Algunas cuestiones sobre la sentencia 216/2003, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003», por TOMÁS IVORRA ARDITE, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES.—3. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA: 3.1. NULIDAD DEL APARTADO PRIMERO DE LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSPORTES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, DE 17 DE ABRIL DE 1997, POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 48.c) DE LA LEY 9/1995, DE 28 DE MARZO, SOBRE MEDIDAS DE POLÍTICA TERRITORIAL, SUELO Y URBANISMO DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y VULNERACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA. 3.2. ILEGAL HABILITACIÓN DEL PLAN GENERAL A LA EXISTENCIA DE PROYECTOS DE TRANSFORMACIÓN RADICAL DE ESPACIOS PÚBLICOS SIN SUJECCIÓN A LA EXIGENCIA DE PLANEAMIENTO MÁS ESPECÍFICO Y SIN SU INCLUSIÓN EN PROCESOS REGLADOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA E IMPUGNABILIDAD. 3.3. ILEGAL PROGRAMACIÓN DE DETERMINADAS ACTUACIONES DEL PLAN GENERAL: TERCER CUATRIENIO DEL SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO. 3.4. USO ARBITRARIO DE LAS POTESTADES DE PLANEAMIENTO RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LAS ZONAS INDUSTRIALES. 3.5. ILEGAL RECLASIFICACIÓN DE SUELOS NO URBANIZABLES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS A URBANOS O URBANIZABLES.—4. LOS ÁMBITOS AFECTADOS POR LA SENTENCIA: 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. ÁMBITOS AFECTADOS.—5. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA: 5.1. EL RECURSO DE CASACIÓN. 5.2. EJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA.—6. CONCLUSIONES: UN FUTURO INCIERTO.—7. BIBLIOGRAFÍA.—8. JURISPRUDENCIA CITADA.

«Apuntes de “jurisprudencia registral” (Sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 71.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DE SUS MODIFICACIONES: 1.1. LA NOTA DE CALIFICACIÓN NO PUEDE EXIGIR UN MANDAMIENTO JUDICIAL YA RECHAZADO POR EL TRIBUNAL (RDGRyN de 29-7-2002).—2. INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y SUS MODIFICACIONES: 2.1. REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: 2.1.1. *Declaración de obra nueva en virtud de licencia concedida por silencio positivo* (RDGRyN de 6-6-2002). 2.1.2. *Necesidad de licencia y certificación del técnico competente para añadir una entreplanta* (RDGRyN de 13-6-2002). 2.1.3. *Declaración de obra nueva terminada antes de la vigencia de la Ley del Suelo de 1990* (RDGRyN de 4-10-2002). 2.2. CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN DEL TÉCNICO: 2.2.1. *Declaración de la terminación de una obra, constando en el Registro la declaración de obra nueva en construcción* (RDGRyN de 1-6-2002). 2.2.2. *Existiendo declaración de obra nueva en construcción y no alterándose los términos de la misma, en el certificado de final de obra no es necesario reiterar que se concluyó de acuerdo con la licencia* (RDGRyN de 4-10-2002). 2.3. MODIFICACIÓN DE LA OBRA NUEVA DECLARADA MEDIANTE EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 2.3.1. *Modificación de la declaración de obra nueva consistente en la división de una vivienda unifamiliar en dos independientes* (RDGRyN de 16-1-2002). 2.3.2. *Innecesariedad de acreditar la licencia y certificación de técnico competente para modificación de redistribución interior de edificios inscritos, salvo en los casos del artículo 53 del Real Decreto 1093/1997* (RDGRyN de 26-1-2002). 2.3.3. *División de un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Innecesariedad de licencia si no impone este requisito la legislación autonómica* (RRDGRyN de 15-10-2002 y de 16-10-2002).—3. INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN: 3.1. INSCRIPCIÓN

DE UN «COMPLEJO INMOBILIARIO» CONSTITUIDO SIN PREVIA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA (RDGRyN DE 23-10-2002). 3.2. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DESESTIMATORIA Y EXTEMPORÁNEA ES DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA CONCESIÓN DE LICENCIA DE SEGREGACIÓN POR SILENCIO A EFECTOS DE INSCRIPCIÓN (RRDGRyN DE 28-5-2002, 31-5-2002, 7-9-2002, 9-9-2002 Y 10-9-2002).—4. INSCRIPCIÓN DE ACTOS Y CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN: 4.1. POSIBILIDAD DE INSCRIBIR UN CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE BIENES PATRIMONIALES DOCUMENTADO EN ESCRITURA PÚBLICA Y CALIFICADO POR LAS PARTES COMO CONCESIÓN ADMINISTRATIVA (RDGRyN DE 16-7-2002). 4.2. INSCRIPCIÓN DEL SUBSUELO DE UNA FINCA DE DOMINIO PÚBLICO COMO FINCA INDEPENDIENTE DE NATURALEZA PATRIMONIAL (RDGRyN DE 5-4-2002).—5. INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENIDOSO-ADMINISTRATIVA: 5.1. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE UNA SENTENCIA FIRME DE DEMOLICIÓN DE UNA OBRA ILEGAL (RDGRyN DE 7-11-2002). 5.2. CANCELACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO COMO CONSECUENCIA DE LA ANULACIÓN DEL PLAN QUE LAS ORIGINÓ (RDGRyN DE 11-11-2002).

«Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», por VICENTE LASO BAEZA, pág. 121 (sin sumario).

Número 205 (Octubre-Noviembre 2003)

«Clasificación y valoración del suelo tras las Leyes 53/2002 y 10/2003», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 11 (sin sumario).

«Bienes de dominio público y reparcelación», por ANTONI LLUCH CORELL, pág. 53 (sin sumario).

«La Ley de Urbanismo de Cataluña», por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. OBJETIVOS DE LA LEY.—IV. ESTRUCTURA.—V. CONTENIDO.—VI. EXAMEN DEL ARTICULADO: 1. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO. 2. PLANEAMIENTO: A) *El título tercero de la Ley*. B) *Figuras de planeamiento*. C) *Aprobación de los planes: una cuestión polémica en Cataluña*. 3. GESTIÓN URBANÍSTICA. 4. INSTRUMENTOS DE LA POLÍTICA DEL SUELO Y DE LA VIVIENDA. 5. INTERVENCIÓN EN EL USO DEL SUELO Y LA EDIFICACIÓN. 6. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.—VII. DISPOSICIONES ADICIONALES, TRANSITORIAS Y FINALES.—VIII. CONCLUSIÓN.

«Régimen del suelo no urbanizable en la Ley Catalana de Urbanismo», por FERNANDO GARCÍA RUBIO, pág. 103 (sin sumario).

«Cesiones gratuitas», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ BERENGUER URRUTIA, pág. 137.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 249 (Julio-Septiembre 2003)

«El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 933.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNAS IDEAS SOBRE LA POLÍTICA JURÍDICA Y EL TRATAMIENTO LEGAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL MARCO DEL DEBATE SOBRE EL CORPORATE GOVERNANCE.—III. LA POSICIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DEBATE SOBRE EL CORPORATE GOVERNANCE DESARROLLADO EN ESPAÑA: A) PREMISA. B) AUSENCIA DE LOS GRUPOS Y MENCIÓN IMPLÍCITA DEL CONTROL SOCIETARIO EN EL INFORME OLIVENCIA. C) PRESENCIA DE LOS GRUPOS EN EL INFORME ALDAMA, DE ACUERDO CON LAS FINALIDADES DEL MISMO: 1. *Premisa*. 2. *La mejora de la transparencia en las sociedades cotizadas*. 3. *Principio de seguridad y deberes de los administradores*: a) Deberes de lealtad; b) Deberes de diligencia. La temática del interés social. 4. *Otras referencias a los grupos en el Informe Aldama: el papel de los órganos sociales*. D) LOS GRUPOS EN LA LEY DE TRANSPARENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS: 1. *Sentido y alcance de la regulación establecida*. 2. *Las alusiones concretas a los grupos en la ley*: a) Los grupos en la LMV; b) Los grupos en la LSA. 3. *El conflicto de intereses en el seno del grupo*. 4. *La responsabilidad de los administradores por el ejercicio de la dirección unitaria*: a) La disciplina contenida en la versión inicial del proyecto de ley de transparencia; b) La responsabilidad de los administradores de hecho.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro», por AURORA CAMPINS VARGAS.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. JUSTIFICACIÓN DE ESTA MODALIDAD ASEGURADORA Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA MISMA.—III. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA FIGURA.—IV. COBERTURA DEL SEGURO. ESPECIAL REFERENCIA AL RIESGO DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDAD INTERNA Y RESPONSABILIDAD EXTERNA.—V. INTERESES SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO E INCIDENCIA DE LOS MISMOS EN LA COBERTURA DEL SEGURO.

«El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas», por JAVIER W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ.

SUMARIO: I. VIABILIDAD JURÍDICA EN ESPAÑA DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN POR INTERNET ENTRE SOCIEDAD Y SOCIO PARA EL EJERCICIO TELEMÁTICO DEL DERECHO DE VOTO: ESTADO DE LA CUESTIÓN, CON PARTICULAR REFERENCIA A LAS SOCIEDADES COTIZADAS, Y PROSPECCIÓN *LEGE FERENDA*: 1. EL INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE INFORMACIÓN EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS: RÉGIMEN Y PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS. 2. EL VOTO TELEMÁTICO: CONCEPTO, FUNCIÓN Y SITUACIÓN LEGAL EN

ESPAÑA. 3. LA JUNTA TELEMÁTICA: CONCEPTO, VARIANTES Y SU ADMISIBILIDAD LEGAL. 4. LA GESTIÓN TELEMÁTICA DEL PROCESO ELECTORAL: CONSIDERACIÓN COMO SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. ADMISIBILIDAD ACTUAL Y PERSPECTIVAS EN EL DERECHO SOCIETARIO E INFORMÁTICO.—II. ANÁLISIS DE VIABILIDAD LEGAL DE LA DELEGACIÓN TELEMÁTICA DEL VOTO EN JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. PECULIARIDADES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DEL VOTO SOCIETARIO POR PODER O DELEGADO (PROXY VOTING) Y CONSIDERACIONES SOBRE LA VIABILIDAD DE SU GESTIÓN TELEMÁTICA. 3. LA ESTRUCTURA SUBJETIVA DEL VOTO DELEGADO EN ESPAÑA: PAPEL EVENTUAL Y PAPEL REAL DESEMPEÑADO POR LOS INVERSORES INSTITUCIONALES EN LA GESTIÓN DEL VOTO SOCIETARIO. 4. EXAMEN COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE INVERSORES INSTITUCIONALES ESPAÑOLES, CON REFERENCIA A LAS CONOCIDAS EN ESTADOS UNIDOS: 4.1. *Empresas de inversión o intermediarios propios del mercado de valores* (art. 63 LMV y Decreto 867/2001, de 20-7). 4.2. *Entidades de crédito* (Decreto Legislativo 1298/1986, de 30-6; Leyes 26/1988, de 29-6, de *Disciplina e Intervención*; 13/1994, de 1-6, de *Autonomía del Banco de España*). 4.3. *Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión y otras Instituciones de Inversión Colectiva* (Ley 46/1984, de 26-12, y Decreto 1393/1990, de 2-11). 4.4. *Sociedades Gestoras de Planes y Fondos de Pensiones* (Ley 8/1987, de 8-6, y Decreto 1307/1988, de 3-9). 4.5. *Entidades aseguradoras* (Ley 30/95 de 8-11-1995, de *Ordenación y Supervisión*). 4.6. *Fideicomisos y operadores fiduciarios (trusts)*. 5. LA INTERVENCIÓN DE LOS DEPOSITARIOS, CUSTODIOS Y ADMINISTRADORES DE VALORES MOBILIARIOS EN ESPAÑA. 6. *LEX DATA* Y PERSPECTIVAS DE *IURE CONDENDO* SOBRE LA DELEGACIÓN TELEMÁTICA EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DE SERVICIOS DE LA INFORMACIÓN.—III. CONCLUSIONES.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 121 (Julio-Septiembre 2003)

«Intelectuales y política en América Latina. Breve aproximación a una ambivalencia fundamental», por H. C. F. MANSILLA.

SUMARIO: 1. PRELIMINARES.—2. LOS INTELECTUALES EN AMÉRICA LATINA.—3. LOS INTELECTUALES Y EL ACTUAL PROCESO DE MODERNIZACIÓN.—4. LOS INTELECTUALES Y EL PODER.—5. CAMPOS POCO INVESTIGADOS.—6. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

«Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas», por MANUEL HERRERA GÓMEZ, pág. 9.

SUMARIO: 1. SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN SOCIAL.—2. HABERMAS CONTINUADOR DE LA TEORÍA CRÍTICA DE LA SOCIEDAD.—3. ROL DEL LENGUAJE Y MISIÓN DE LA PRAGMÁTICA FORMAL.—4. LA TEORÍA PRAGMÁTICO-FORMAL DEL SIGNIFICADO.—5. EL CONCEPTO DE ENTENDIMIENTO Y DE ACTITUD ORIENTADA AL ENTENDIMIENTO.—6. LAS «ENERGÍAS DE INTEGRACIÓN» DEL LENGUAJE: O POR QUÉ EL USO DEL LENGUAJE ORIENTADO AL ENTENDIMIENTO PUEDE REALIZAR UNA FUNCIÓN DE COORDINACIÓN DE LAS ACCIONES.—

7. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL: ACCIÓN COMUNICATIVA *VERSUS* ACCIÓN ESTRATÉGICA.—8. MUNDO DE LA VIDA Y ACCIÓN COMUNICATIVA: DOS CONCEPTOS COMPLEMENTARIOS.—9. CONCLUSIÓN: LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA COMO BASE PARA UNA INTERPRETACIÓN DE LA SOCIEDAD MODERNA Y DE SUS CONFLICTOS.—10. BIBLIOGRAFÍA.

«Comunidad y género en Alexis de Tocqueville», por ELISA USATEGUI, pág. 71.

SUMARIO: 1. LA «CUESTIÓN FEMENINA» EN EL PENSAMIENTO TOCQUEVILLIANO.—2. TOCQUEVILLE Y LA DEMOCRACIA.—3. DEMOCRACIA: PODER *VERSUS* COMUNIDAD.—4. MUJER Y COMUNIDAD POLÍTICA.—5. CONCLUSIONES FINALES.—REFERENCIAS.

«Juegos simples e índice de poder de Shapley-Shubik», por RAFAEL AMER y otros, pág. 107.

SUMARIO: RESUMEN.—1. INTRODUCCIÓN.—2. JUEGOS DE MAYORÍA PONDERADA.—3. JUGADORES CON VETO Y DICTADORES.—4. UN EJEMPLO DETALLADO: PRIMERA PARTE.—5. EL ÍNDICE DE PODER DE SHAPLEY-SHUBIK.—6. CÁLCULO PRÁCTICO: EJEMPLOS.—7. UN EJEMPLO DETALLADO: SEGUNDA PARTE.—8. JUEGOS IMPROPIOS.—9. LECTURAS ADICIONALES.—REFERENCIAS.

«Derechos de los pueblos y derechos humanos», por LUIS NÚÑEZ LADEVÉZE, pág. 137.

SUMARIO: 1. POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO Y RECONOCIMIENTO DEL ESTADO.—2. NATURAL Y CULTURAL.—3. IDENTIDAD PERSONAL E IDENTIDAD CULTURAL.—4. IDENTIDAD Y DERECHOS HUMANOS.—BIBLIOGRAFÍA.

«Responsabilidad regia, memoria histórica y transiciones a la democracia en España», por MANUEL CONTRERAS CASADO, pág. 159.

SUMARIO: LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA II REPÚBLICA: PROCESO HISTÓRICO A LA MONARQUÍA.—LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA Y EL REY: EL *QUID PRO QUO* DE LA TRANSICIÓN.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 154 (Enero-Junio 2003). Sin sumario

«Un principio jurídico romano, de alcance supranacional, fundamento de la resolución de un contencioso del siglo xx: La regla *accessorium sequitur principale*», por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 9-72.

«Hacia un nuevo concepto de matrimonio y familia», por LUIS ÁLVAREZ PRIETO, págs. 73-115.

«Nuevas normas sobre la nulidad de la ordenación sacerdotal. Texto y comentario», por JOSÉ SAN JOSÉ PRISCO, págs. 117-139.

«Nuevas normas sobre la disolución del vínculo matrimonial no sacramental. Texto y comentario», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 141-169.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 16 (Mayo-Agosto 2003)

«Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas», por FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTRATOS DE OBRAS.—3. LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: CONCEPTO Y REGULACIÓN.—4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN.—5. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN.—6. CONTRATOS CON TERCEROS. FINANCIACIÓN PRIVADA E HIPOTECA DE LA CONCESIÓN.—7. EXTINCIÓN.

«El proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid», por JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO, pág. 57.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.—III. LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—IV. CONCLUSIÓN.

«Proceso Contencioso-Administrativo. Medidas Cautelares y Publicidad Registral: La anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo», por JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 57.

SUMARIO: I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL URBANISMO.—II. EL ASIENTO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA: CARACTERES GENERALES.—III. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: A) SU FORMULACIÓN POSITIVA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y EN LA JURISPRUDENCIA. B) LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO MEDIDA CAUTELAR. C) LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO ANOTACIÓN PREVENTIVA PUBLICITARIA. D) RÉGIMEN JURÍDICO: i) *Legitimación activa*; ii) *Legitimación pasiva: participación del titular registral en el proceso cautelar*; iii) *Momento de la solicitud*; iv) *Objeto del recurso: la determinación de las fincas*; v) *Tramitación*; vi) *Contracautelas: la prestación*

de caución; vii) Órgano jurisdiccional competente y título para la anotación; viii) Efectos de la anotación preventiva.

«¿Derogación tácita de los artículos 101 de la Ley 30/92 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa?», por FERNANDO LUQUE REGUEIRO, pág. 127.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA PRODUCCIÓN PROCESAL DE LA VÍA DE HECHO.—III. CRITERIOS DOCTRINALES.—IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92, DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEMÁS ARTÍCULOS CORCONDANTES (EL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN: 1. CRITERIOS INTERPRETATIVOS A UTILIZAR (LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEBE SER ATEMPERADA POR LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA Y LÓGICA). 2. EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO OTORGA A LOS CIUDADANOS UNA TUTELA JUDICIAL DEL MISMO NIVEL QUE EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL: AQUÉLLA ES TAN «ORDINARIA» COMO ÉSTA. 3. EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ES LA SEDE NATURAL DEL ENJUICIAMIENTO DE LA ACTUACIÓN MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. EXISTENCIA DE UN CAUCE PROCESAL *AD HOC* PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LA VÍA DE HECHO. 5. IMPRORROGABILIDAD Y EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA.—VI. CONCLUSIÓN: LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92, DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES.

«La Ley Penal y Territorialidad», por NATALIA REUS MARTÍNEZ, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ASPECTOS DETERMINANTES. VI. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.—PRINCIPIO DE PERSONALIDAD: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. LIMITACIONES. VII. CLASES. VIII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.—PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA. VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.—PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. INFRACCIONES INTERNACIONALES. VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 35 (Octubre 2003)

«Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», por EDUARDO DEMETRIO CRESPO, pág. 9.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.—III. FACTORES Y FASES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.—IV. EL PROBLEMA DE LA «RACIONALIDAD» DE LA DECISIÓN SOBRE LA MEDICIÓN DE LA PENA.—V. IMPORTANCIA Y REQUISITOS DE UNA TEORÍA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.—VI. PRINCIPALES MODELOS TEÓRICOS EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.—VII. CONCLUSIÓN.

«El sistema español de Derecho internacional privado en el actual contexto de integración europea», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA, pág. 35.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MODELO ESTATAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: A) PREMISA: UN MODELO CONSTITUCIONALIZADO. B) ¿UNA DESEABLE REFORMA DEL MODELO?—III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA: A) LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. *El Derecho internacional privado como instrumento clave en la consolidación del proceso de integración europea*. 2. *La incidencia del Tratado de Amsterdam sobre el Derecho internacional privado en Europa*. 3. *Proliferación de instrumentos normativos y descoordinación en las soluciones*. B) LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AUTÓNOMO: 1. *Límites derivados de los principios comunitarios*. 2. *Libertades comunitarias y Derecho internacional privado*.—IV. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE ORIGEN CONVENCIONAL: A) LA POLÍTICA CONVENCIONAL ESPAÑOLA COMO VÍA DE CRECIMIENTO DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. B) INTERACCIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CON LAS NORMAS DEL MODELO ESTATAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. C) COMPETENCIAS COMUNITARIAS Y DERECHO CONVENCIONAL.

«La protección legal de los Conjuntos Históricos en Castilla-La Mancha», por MIGUEL ÁNGEL GARCÍA VALERO, pág. 93 (sin sumario).

«Problemática jurídica de la contratación internacional en el Mercosur», por DANIEL GARGAIN, pág. 115 (sin sumario).

«La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. El derecho a no declarar contra sí mismo», por J. ALBERTO SANZ DÍAZ-PALACIOS, pág. 145.

ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Número 7 (2003)

«La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico», por ANA ABA CATOIRA, pág. 13.

- «El cauce y las orillas de los ríos públicos en Derecho Romano. Visión interdictal y jurisprudencial (D. 43,12,1,7 y D. 43,12,1,5)», por JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE, pág. 37.
- «*Ius commune* vs. Common Law en el siglo XVII: el caso de Arthur Duck», por FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS, pág. 63.
- «¿Computan las cotizaciones ficticias por edad para calcular en España el importe prorrateado de una pensión comunitaria de jubilación?», por ALBERTO ARUFE VARELA, pág. 105.
- «Reflexiones sobre el aseguramiento de la actividad del personal voluntario en la Ley Gallega del Voluntariado Social», por GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ, pág. 115.
- «Servicios públicos y ciudadanos: el usuario ante el nuevo servicio público», por GONZALO A. BARRIO GARCÍA, pág. 125.
- «Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo en materia de tutela del medio ambiente», por JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, pág. 155.
- «Sobre la eficacia en el proceso laboral de la presentación de escritos y documentos en las oficinas de Correos», por XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ, pág. 177.
- «Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales», por LUIS CASTILLO CÓRDOVA, pág. 183.
- «La posibilidad de un servicio de mediación familiar municipal en Galicia», por ROSANA CORRAL GARCÍA, pág. 197.
- «Sobre la propiedad (apuntes para un ensayo)», por ÓSCAR CORREAS, pág. 207.
- «Las libertades básicas en el liberalismo político. El alcance de una concepción “política” de la justicia», por LUIS M. CRUZ ORTIZ, pág. 233.
- «El daño moral. Intento de concretización de un concepto», por ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ, pág. 263.
- «La recepción del Derecho Romano en el movimiento de unificación del Derecho Privado y la Constitución Europea», por M.^a TERESA DUPLA MARÍN, pág. 271.
- «El derecho a no declarar las creencias: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente y de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación», por JUAN FERREIRO GALGUERA, pág. 289.
- «A acusación popular: Razóns en pro e en contra do seu mantemento», por XULIO FERREIRO BAAMONDE, pág. 315.

- «Posiciones metodológicas en el estudio del Derecho Romano: El pensamiento de M. Kaser», por JULIO GARCÍA CAMIÑAS, pág. 337.
- «La sustitución de la voluntad del incapaz en los actos de naturaleza personalísima (a propósito de la incapacidad del marido en la reproducción asistida homóloga)», por VIVIANA GARCÍA LLERENA, pág. 353.
- «El cómputo de los plazos fijados en meses y el reto de la claridad de las normas», por MARTA GARCÍA PÉREZ, pág. 379.
- «La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana», por LEOPOLDO GARCÍA RUIZ, pág. 389.
- «La venta del esclavo fugitivo: Recepción del Derecho Romano en una escritura notarial mirobrigense de 1621», por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, pág. 407.
- «Derechos y libertades de los extranjeros en España: El derecho a la reagrupación familiar», por SONIA GARCÍA VÁZQUEZ, pág. 439.
- «Las comisiones de investigación en el Parlamento de Galicia», por ANA GUDE FERNÁNDEZ, pág. 467.
- «Algunas reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones en Derecho Romano», por M.^a CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO, pág. 481.
- «La articulación de las relaciones entre la seguridad jurídica y la justicia: la cosa juzgada y algunos de los mecanismos procesales que permiten desconocerla», por ANA M.^a LOURIDO RICO, pág. 493.
- «Estudio comparado del proyecto portugués de Código del Trabajo de 2002 y de la legislación laboral española vigente en materia de restricciones a la celebración de contratos de trabajo a término», por JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 511.
- «El terrorismo internacional y los talibán», por LUIS MASIDE MIRANDA, pág. 521.
- «De *quaestiones disputatae* a concilia», por EMMA MONTANOS FERRÍN, pág. 535.
- «La libertad religiosa en la nueva Europa. Valoración macro-comparada», por GLORIA M.^a MORÁN GARCÍA, pág. 551.
- «Un acercamiento a Savigny», por MARTA MORINEAU, pág. 573.
- «Las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas en el sistema jurídico canadiense: el multiculturalismo como solución», por SUSANA MOSQUERA MONELOS, pág. 583.
- «La valoración del daño resarcible», por MAITA NAVEIRA ZANA, pág. 597.

- «Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002», por AGUSTÍN-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, pág. 617.
- «La autorización ambiental integrada: La integración horizontal de las autorizaciones sectoriales y su relación con otros mecanismos preventivos de protección ambiental», por JUAN JOSÉ PERNAS GARCÍA, pág. 623.
- «Evolución histórica de la figura del lucro cesante», por AZAHARA RODRIGO ALARCÓN, pág. 641.
- «Apuntes históricos en torno al protocolo con especial referencia a Galicia», por LUIS RODRÍGUEZ ENRÍES, pág. 653.
- «La actuación de la administración ante las adopciones internacionales en el marco del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993», por ELOY MIGUEL RODRÍGUEZ GAYAN, pág. 671.
- «Notas en torno al actual proceso de revisión y reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», por RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 685.
- «Nuevas claves del estado del bienestar», por JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 709.
- «El control por el Estado de sus nacionales», por LETICIA ROIS MADARRO, pág. 717.
- «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, ahora a propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 12 diciembre 2002», por RICARDO P. RON LATAS, pág. 727.
- «Las autorizaciones ambientales en Galicia: la nueva articulación competencial derivada de la Ley 16/2002, de Control Integrado da Contaminación», por FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, pág. 731.
- «La actualidad de las aportaciones de Salvador de Madariaga a la idea de Europa», por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 759.
- «Visión general sobre las resoluciones e iniciativas internacionales en materia de corrupción», por INMACULADA VALEIJE ÁLVAREZ, pág. 777.
- «La noción de “orden” o “mandato” en la Teoría General del Derecho del realismo escandinavo. Una nota sobre las limitaciones del análisis psicologista del lenguaje normativo», por ÓSCAR VERGARA LACALLE, pág. 815.