

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXI ° Julio-Agosto 1995 ° Núm. 629

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs

ESTUDIOS

«Publicidad inmobiliaria en el Derecho Mesopotámico antiguo», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1099
«Sobre la publicidad inmobiliaria en la Grecia clásica según Teofras- to», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1143
«La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones alternativas, con elección atribuida al acreedor», por ANGEL CRIS- TÓBAL MONTES	1161
«La eficacia de la publicidad registral mercantil. (Introducción histó- rica y Derecho comparado)», por ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN	1177
«Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo rela- tivo a las situaciones de cotitularidad en el Derecho de propiedad», por GEMMA A. BOTANA GARCÍA	1309

DICTAMENES Y NOTAS

«Acto de desagravio al principio de especialidad. (Crítica a las Reso- luciones DGRN de 16 de diciembre de 1994, 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1347
«Arrendamientos de local de negocio sujetos a la disposición transito- ria primera, apartado segundo de la LAU de 24 de noviembre de 1994», por LUIS DÍAZ DE OTAZU GUERRI	1363
«Anulación de una enajenación producida en un procedimiento de apremio fiscal. (Apuntes sobre un deslinde de dos órdenes jurisdic- cionales)», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	1375
«La actitud de los poderes públicos ante los derechos de autor y afines en España», por PILAR RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS ESPAÑA	1395

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1409
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1415
II. Resoluciones de la Dirección General, por EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO	1419
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Derechos Reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA	1441
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	1453
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	1463
4. Derechos Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	1471

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Escisión de una sociedad anónima», de FERNANDO CERDÁ ALBERO, por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1481
«Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad y la posesión. (Tomo III del libro <i>Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial</i>)», de LUIS DíEZ-PICAZO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1485
«El <i>ius commune</i> com a dret vigent: L'experiencia judicial d'Andorra i San Marino», de AQUILINO IGLESIA FERREIROS y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1488
«El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones», de LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO y GUILLERMO HERRERO MORO, por MANUEL CASERO MEJÍAS	1491
«Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. (Índice general, vols. 1-55)», de JOSÉ NILO DÁVILA LANAUSSÉ, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1496
«Codificación civil y Derecho comparado», de LUIS MOISSET DE ESPANÉS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1497

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	1503
---	------

ESTUDIOS

..

Publicidad inmobiliaria en el Derecho Mesopotámico antiguo

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO SUMERIO-ACADICO ANTIGUO: I. LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA SEGÚN LOS DOCUMENTOS DE VENTA (KUDURROS Y TABLILLAS).—III. ANEXO.

I. INTRODUCCION

En un artículo tan acertado como oportuno recientemente publicado en esta misma revista (1), Antonio Moro Serrano denunciaba la escasa atención prestada por nuestra doctrina a la Historia de la publicidad inmueble. Apenas gran cosa que reseñar desde los estudios pioneros de Ramos Folqués sobre los mojones del Ática (2) —los öroi— y sobre el Registro de la Propiedad Ptolemaico (3). Tanto interés demostrado, tanto entusiasmo desbordado por el Derecho contemporáneo comparado, contrastan dolorosamente con el aparente desdén de nuestros hipotecaristas por el Derecho histórico. Si en 1952 dos eruditos de Oxford se sintieron obligados a justificar el esfuerzo dedicado al estudio de textos jurídicos de civilizaciones muertas —me refiero, a G.R. Driver y a J.C. Miles en el prólogo a su clásico comentario sobre el Código de Hammurabi— hoy casi sentimos la necesidad de pedir disculpas por ocupar con lo que parecen disertaciones ociosas algunas páginas que posiblemente podrían ser dedicadas a cuestio-

(1) «Los orígenes de la publicidad inmobiliaria», *RCDI* 603 (1991), págs. 535-572.

(2) «Los mojones del Ática o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo», *RCDI* 254-255 (1949), págs. 417 y sigs.

(3) «El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia», *RCDI*, número del Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861 (1961), págs. 317 y sigs.

nes más provechosas. Es evidente que yo no lo creo así y me resisto a ese utilitarismo científico tan en boga.

Para avanzar en el estudio del Derecho comparado histórico de la publicidad inmobiliaria, como ya he sostenido en otra ocasión, se precisan estudios particulares de detalle sobre concretas civilizaciones y épocas. Cualquier esfuerzo en este sentido será bienvenido por la comunidad científica.

Faltaba en nuestra lengua algún estudio de detalle del Derecho mesopotámico antiguo. Aunque Ramos Folqués nos anunciara un trabajo sobre Mesopotamia y el Código de Hammurabi (4), tal trabajo no llegó a ver la luz y para conocer cuál sería allí y entonces el régimen de publicidad inmobiliaria, sólo disponemos de breves referencias en trabajos generales que desgraciada pero comprensiblemente, se centran en el período casita (5).

La elección del período histórico —las dinastías casitas se sucedieron en Babilonia después de Hammurabi— parece muy poco acertada: la época no es recomendable a causa de la oscuridad y la escasez de las fuentes contemporáneas («De todos los pueblos que han habitado la Mesopotamia antigua, los casitas son sin lugar a dudas los más misteriosos», dirá Georges Roux (6)). Por si fuera poco, todo induce a pensar que la irrupción de los pueblos casitas en la escena mesopotámica marcó un corte en la evolución histórica y hasta una regresión hacia formas socio-políticas más antiguas que parecían superadas (retroceso de la propiedad inmueble particular y triunfo de la propiedad colectiva de la tierra, por ejemplo y en lo que aquí interesa). Con todo, es explicable que sean los casitas y sus kudurrus (las piedras miliarenses con función similar a la de los mojones de Atica) los preferidos por nuestros hipotecaristas. No en vano el efecto de publicidad inmueble que merced a esos kudurrus se alcanzaba (el «ius publicitatis»; francés, «publicité»; alemán, «Publizität»), mereció la atención de los primeros historiadores del Derecho (7).

Mi contribución se limita al examen de las fuentes más antiguas y anteriores al período casita para lo cual he seguido el método que me

(4) En su artículo de la Revista de 1961 —el número del homenaje— pág. 321 en la nota 7 bis.

(5) Vid. especialmente: URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, «Los orígenes de la contratación escrita», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1948 y en Moro Serrano, op. cit., págs. 543 y sigs., especialmente las págs. 551 y siguientes.

(6) *La Mésopotamie Essai d'histoire politique, économique et culturelle*, Paris, 1985, pág. 221.

(7) Me refiero, por supuesto, a E. CUQ y sus *Études sur le droit babylonien*, Paris, 1929, págs. 85 y sigs. y también a P. KOSCHAKER, en *Neue keilschriftliche Rechtsurkunden aus der El-Amarna-Zeit*, Leipzig, 1928, pág. 178 y también en su *Über einige griechische Rechtsurkunden*, Leipzig, 1931, pág. 101.

propuse en mi libro sobre el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico y consistente, en suma, en un prudente examen directo de las fuentes y atención a la doctrina comparada. Este trabajo se divide en dos partes: la primera se dedica al bosquejo, ciertamente provisional, de los rasgos distintivos de la propiedad inmobiliaria en la antigua Mesopotamia y la segunda, más atenta a los textos, centrada en la publicidad inmobiliaria según los datos suministrados por los documentos jurídicos conservados.

Convendría saber qué se entiende por «publicidad inmobiliaria». A nuestros efectos, «publicidad inmobiliaria» es la actividad y el resultado de hacer cognoscible lo que no debe ser clandestino y referente a negocios y situaciones jurídicas inmobiliarias. Del término, como dice F. Pringsheim en un artículo famoso (8), se hace un uso tal vez abusivo y en todo caso equívoco. Debemos a K. Popper la demoledora crítica de esa pretendida pseudo-ciencia preocupada de la formulación de ciertas leyes o reglas del devenir histórico. No puedo compartir por ello la general creencia en una cierta evolución lineal en la publicidad inmobiliaria desde primitivos estadios de «publicidad-noticia» (la publicidad persigue exclusivamente la cognoscibilidad), hasta otras formas más elaboradas de publicidad probatoria, legitimadora, constitutiva etc... Desde los tiempos más remotos la publicidad busca de una u otra forma lo mismo: la seguridad jurídica en sentido amplio. Cambian, eso sí, los instrumentos de publicidad, siendo el registral el más moderno (aunque no el único) de los hasta ahora conocidos y cambia, desde luego y esto es lo fundamental, el sentido y función de la propiedad inmueble dentro de cada sistema socio-político de valores como argumenta agudamente F. Mesa Martín en un artículo magnífico sobre la publicidad inmobiliaria en la España medieval (9).

II. LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO SUMERIO-ACADICO ANTIGUO

La Historia, como es sabido, comienza en Sumer. En la época dinástica arcaica, la Baja Mesopotamia, el país de Sumer, era una región de apenas

(8) «Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque» en *RIDA*, 1951, pág. 163.

(9) «El registro territorial en la España medieval cristiana», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 999-1030.

30.000 kilómetros cuadrados —una extensión similar a la superficie de Bélgica— que contaba con no menos de 18 ciudades-estado de extensión reducida (50 a 500 hectáreas); territorios formados por la ciudad capital, los centros urbanos secundarios dependientes y los respectivos términos. El «principado» más vasto era el de Lagash que comportaría 16 núcleos urbanos y ocho ciudades principales de las que destacar Lagash-capital, Girsu, Nina y el puerto marítimo de Eninkimar. Otras ciudades-estado de norte a sur a lo largo de los dos lechos entonces existentes del bajo Eúfrates eran Sippar, Akshak, Kish, Marad, Isin, Nippur, Adab, Zabalam, Shuruppak, Uruk, Larsa, Ur, Eridu... En ese marco geográfico, a principios del III milenio comienza un ciclo de la civilización occidental que arranca con un marcado proceso de sedentarización de la población y el nacimiento de los primeros núcleos urbanos; el control hidráulico de los cursos de agua y la construcción de canales (10).

Todos los historiadores advierten una «manifiesta continuidad» entre la civilización pre-histórica y la propiamente histórica arcaica que delimitan el cuadro histórico de esta exposición, a través de los períodos de Uruk III (3000-2900 a.C.); Primer y Segundo Período Dinástico Antiguo (2900-2600 a.C.); Tercer Período Dinástico de Fara (III EDa: 2600-2450); Tercer Período Dinástico o Pre-sargónico (III EDb: 2450-2340); Período Sargónico (2340-2159) y el de la III Dinastía de Ur (2117-2008).

El período final de este ciclo histórico estaría representado por esa obra jurídica fundamental que es el Código de Hammurabi (c. 1700 a.C.).

El tema de la propiedad inmueble como tal problema jurídico es marginal en los mal llamados códigos mesopotámicos. En realidad, tales códigos no son sino una colección de disposiciones normativas sobre los problemas jurídicos más usuales sin pretensión de sistemática o de universalidad de tratamiento. Del llamado Código de *Ur-Nammu* (c. 2080 a.C), el más antiguo de los hasta ahora conocidos, apenas si quedan 24 disposiciones relativas al Derecho penal, a la recompensa por la devolución del esclavo huido al dueño y a la ordalía fluvial al acusado de brujería. Del segundo de ellos, el de *Lipit-Ishtar* (c. 1873 a.C.) se conservan hasta 43 artículos con escasísima repercusión inmobiliaria: sólo cabe reseñar lo relativo al cultivo de huertos (art.11-15) y lo referente al estatuto de los fundos gravados con cargas reales en

(10) Sobre la tan extendida como simplificadora tesis del nacimiento del estado en las «sociedades hidráulicas» puede verse con provecho el magnífico libro de PÉREZ LARGACHA, *El nacimiento del Estado en Egipto*, Aegyptiaca Complutensia II, 1993, págs. 2-10.

provecho del Palacio (art. 23). Contrasta con la extensión del Derecho familiar (económico-matrimonial/sucesorio: arts. 25 a 35). Entre los códigos acádicos anteriores al de Hammurabi hay que citar las llamadas *Leyes de Eshunna* erróneamente atribuidas al rey Bilalama anteriores en alguna centuria al Código de Hammurabi del cual son antecedente inmediato, y cuyo contenido casi se agota con el Derecho penal —mucho más benévolo que el de Hammurabi— y el de familia en sentido amplio. Resaltaré lo relativo al retracto gentilicio de bienes de familia (arts. 38-41) (11).

Si queremos evitar caer en fáciles anacronismos debemos evitar dejarnos seducir por esa idea de la propiedad inmobiliaria moderna que recibimos por herencia del Derecho romano clásico. Los antiguos habitantes de esas regiones explicarían de manera mitológica el concepto del dominio sobre los inmuebles como un resultado del plan divino de la creación.

Los primitivos mesopotámicos desarrollaron concepciones inusitadamente claras del orden del universo. Su cosmología, aunque todavía imperfectamente conocida (12), es sorprendentemente consistente (13). Según una explicación mitológica muy extendida, al principio de todo sería el caos, una masa informe de agua denominada Apsu o «mar primordial». De esa nada surgiría el cielo, An y la tierra, Ki, divinidades estrechamente unidas en una «montaña cósmica». De la unión de la pareja nacen los grandes dioses, los Annunaki, y especialmente Enlil. Enlil, nombre que evoca la inmensidad, el movimiento y la fuerza de los vientos y el soplo de vida sería el separador del cielo y la tierra. Enlil es el verdadero dios supremo de los sumerios, quien elige a los soberanos y mantiene el mundo en orden.

Del proceso generador de dioses resultaron ciertas divinidades con rasgos distintivos propios y entre ellas una que desempeña un papel fundamental: Enki o Ea que es el inventor y protector de las técnicas, de las ciencias y de las artes y el patrón de los magos.

(11) Vid. Émile Szlechter, «Les anciennes codifications en Mésopotamie», *RIDA* 4 (1957), págs. 73-93. Noticia bibliográfica extensa en «Introduction bibliographique à l'Histoire du Droit suméro-Akkadien», *RIDA* 3 (1956), págs. 41-81. Una muy útil introducción en la edición española de F. LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, 1982.

(12) El libro básico es el de KRAMER, *Sumerian Mythology*, New York, 1961, de cuya reconstrucción tomo estas notas.

(13) Vid. C.J. GADD, *The Cambridge Ancient History*, 3 ed., vol I, part 2, pág. 100.

Enki detenta los «*me*», concepto genérico que hace referencia a las nociones básicas de la civilización y que en un popular mito sumerio incluyen hasta un centenar de instituciones que representan el equipaje mental de esa civilización. Entre esos *me* ocupan un papel prominente los órdenes de gobierno (la realeza y la jerarquía social y política) y los términos técnicos.

Enki es quien aplicará las leyes de Enlil y a quien se debe la idea genial de la creación de la humanidad para que de esta suerte se realice el plan divino sobre la tierra. Para que los dioses no tuvieran que trabajar era necesaria la existencia de esas criaturas disciplinadas, herramientas al servicio de sus dueños.

Las ideas básicas a partir de las cuales construirían los antiguos su noción de dominio son las que expresan alegóricamente los mitos: propiedad de las ciudades-estado por los dioses protectores y patronos; la designación de un rey como viario de los dioses y para gobernar a sus súbditos en interés de aquellos; y una sociedad ordenada y disciplinada en cuyo beneficio el plan creador ha previsto la concesión de habilidades y artes diversas que son la fuente de especialización económica y estratificación social (14).

Esta explicación mitológica se aviene con los datos históricos y arqueológicos de que disponemos. En un primer momento es el Templo el núcleo de la vida social, económica y cultural. Como centro ritual y organizativo de las primeras comunidades urbanas el templo desempeñó un papel focal. Poco después de la mitad del Tercer Milenio a.C. en el período denominado Pre-sargónico es opinión muy extendida entre los eruditos que el control del estado y de la Tierra estaría centralizado en los templos. Esta explicación tradicional más válida en lo fundamental para el Sur mesopotámico (el país de Sumer) que para las regiones más al Norte (el país de Akkad), responde a lo que se denomina el Estado-Templo. En un sistema así la propiedad inmueble privada (entiéndase: privada familiar) tiene un carácter residual y muy marginal.

Al menos a partir del Período Sargónico (de Sargón de Akkad, el constructor del primer «imperio» mesopotámico) los reyes empezaron a acumular grandes superficies de tierra que distribuyeron entre sus seguidores y el proceso de centralización concluye con la III Dinastía de Ur en lo que muchos califican —anacrónicamente, es verdad— de «socialismo de Estado» (15).

(14) *The Cambridge Ancient History*, *op. cit.*, págs. 103 y sigs.

(15) Cfr. GEORGES BOYER, «La vente dans l'Ancien Droit babylonien», *RIDA* 1953. pág. 50.

Ya a finales del período, con el II Milenio empezado, la propiedad inmueble particular es una realidad insoslayable (16).

Para explicar los diferentes sistemas de explotación de la tierra seguiremos a I.J. Gelb que describe la Mesopotamia como un país de pequeñas ciudades-estado cada una con una plaza fortificada donde tiene su sede el gobierno central, de pequeñas ciudades con algunos centros administrativos, y una articulación de unidades domésticas o «casas» (*oikos* en griego; *familia*, en latín; *pr* (17) en egipcio) (18).

El término sumerio *é* (Ac., *bîlum*) presenta similar polisemia que su equivalente español «casa», pues significa a la vez cosas diversas: una casa-habitación; una familia o clan; una dinastía y una unidad económica y patrimonial. Tal respeto tenían al concepto los antiguos mesopotámicos que con frecuencia escribían «casa» con el determinativo «d» (sum., *dingir*) —^dÉ — como un elemento «divino» en nombres personales compuestos.

Los tipos de «casas» en el período que estudiamos son las siguientes:

1) Públicas

- a) El templo: de aquí, «*é+Nombre de la Divinidad*» es la «casa del dios N» y las tierras o propiedad son *é dingir*, es decir: de la casa del dios(es).
- b) La Corona, el Palacio, los centros administrativos «públicos». De aquí: *é-gal* es el Palacio; *é-sag-du* (*é+ profesión*), la casa del escriba-registrador etc...

2) Las casas «privadas».

El jefe de la casa —el «propietario»— recibía en sumerio el nombre de *lugal* o *en* y *šarrum*, *bêlum* o *ênum* en acádico; términos que denotan siempre la idea de supremacía. Bajo su mando y al servicio de la casa se dibuja desde los primeros tiempos una realidad social estratificada y muy jerarquizada que se explica en la neta distinción terminológica *bêlum/wardum* (señor/dependiente) (19). Esa realidad social está sustentada en un sistema de valores claramente «patriarcal» donde todos, desde el rey abajo en la escala social son «esclavos» (20). No en vano el primer esclavo es el

(16) Cf. J. Renger. «Interaction of temple, palace, and «private-enterprise» in the Old Babylonian Economy», en *State and Temple Economy in the Ancient Near East*, I, Leuven, 1979, págs. 249-256.

(17) Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*. Colegio de Registradores, 1993. págs. 59 y sigs.

(18) I. GELB en «Household and family in Early Mesopotamia», en *State and Temple Economy in the Ancient Near East*, I, op. cit., págs. 1-98.

(19) Cf. por todos, C.K. MAISELS, *The emergence of civilization*, London and New York, 1993, págs. 146 y sigs. y también en la pág. 273.

(20) C.K. MAISELS, *The emergence of civilization*, London and New York, Routledge, 1993, pág. 273.

monarca como siervo del dios nacional. Así, por ejemplo, en el Norte, en Assur, el rey era nombrado *išši'ak Aššur*, es decir: «el intendente o vicario de Assur» y el dios también llamado Assur como la misma ciudad, era el *lugal*, su verdadero dueño.

La propiedad de los templos

Desde la publicación de un famoso libro de A. Schneider en 1920, seguido luego por un artículo fundamental de A. Falkenstein sobre la ciudad sumeria y el sistema económico de explotación centrado en los templos —«Sumerische Tempelstadt», «Sumerian Temple City»— es habitual examinar la organización socio-económica paleomesopotámica del III milenio A.C. por referencia a la dicotomía Templo-Palacio; «Tempelwirtschaft» v. «Palastgeschäft».

La bibliografía fundamental que seguimos en la exposición debe comenzar con la cita de las dos obras en que se propone el modelo de la comunidad del templo: A. Schneider, *Die Anfänge der Kulturwirtschaft: Die sumerische Tempelstadt*, Essen, 1920 y el artículo de A. Falkenstein, *La cité-temple sumérienne*, en *Cahiers d'histoire mondiale* 1/4 (1954), p. 784-815 del cual existe una traducción inglesa: *The Sumerian Temple City, Monographs on the Ancient Near East III*, Los Angeles, 1974. Anterior en el tiempo y con referencia a las reformas de Urukagina es de citar el artículo pionero de Deimel, «Sumerische Tempelwirtschaft zur Zeit Urukaginas und seiner Vorgänger».

Una revisión marxista con ocasión del estudio del «modo de producción asiático» con estimaciones y cálculos muy discutibles en la obra I.M.Diakonoff sobre todo en el libro *Society and State in Ancient mesopotamia: Sumer*, Moscú, 1959 y también en la colección *Ancient Mesopotamia. A Socio-economic History. A collection of studies by Soviet Scholars*, Moscú, Nauka Publishing, 1969 y en el artículo «On the Structure of Old Babylonian Society» en el libro de H. Klengel, *Beiträge zur sozialen Struktur des alten Vorderasien*, Berlín, 1971, p. 15-31

Las aportaciones soviéticas ocupan un lugar preferente en la exposición desde la perspectiva antropológica de C.Keith Maisels, *The emergence of Civilization*, Rouledge, London and New York, 1993.

Por último, puede verse sobre el estado de la cuestión: I.J. Gelb, «On the Alleged Temple and State Economies in Ancient

Mesopotamia» en la obra colectiva *Studi in onore di Edoardo Volterra VI*, Milano, 1971, p.137-154. Una nueva versión en B. Foster, «A new look at the Sumerian temple state», *JESHO* 24, 1981, p. 225-241. También en S. Kramer, «The temple in Sumerian literature», *Temple in Society*, Eisenbrauns, 1988, p. 1-16.

El examen de los archivos del templo de la diosa Baba de la ciudad de Girsu datables del Período Dinástico Antiguo III B (c. 2.400 a.C) nos permite formular —siquiera provisionalmente— un cuadro relativamente coherente según el cual el Templo constituiría la unidad de explotación básica y el suelo de producción cerealística encuadrado dentro del mismo una pertenencia exclusiva de la divinidad tutelar.

Los templos desempeñarían una función «catalizadora» en el complejo proceso histórico de formación de las ciudades-estado en el albor del Tercer Milenio por la fusión de tres funciones: el templo como centro de culto a la divinidad titular; como aglomeración urbana y unidad económica.

El templo constituye un núcleo de población sedentaria resultado de «la afluencia a lo largo del segundo cuarto del III milenio a.C. de la población arruinada por guerras, calamidades naturales u obligada a emigrar de sus hogares por disputas con sus parientes» (21). Allí convergerían esas gentes desplazadas para acogerse al patronazgo de una «casa» más poderosa. Miembros del templo y servidores de él, la «casa del dios» se integra por una población libre y en menor medida servil, debidamente jerarquizada y con funciones económicas relativamente especializadas. Población que es alimentada en atención a su status con cargo a los recursos procedentes del templo.

La propiedad «colectiva» de las unidades familiares integradas en el templo cristalizaría en una concepción divina de la titularidad del patrimonio del templo. Concepción ésta que nos recuerda la medieval según la cual los monasterios y sus dominios serían propiedad del santo patrón.

Mucho se ha especulado sobre la posible existencia de una «democracia primitiva» (22). Lo más probable es que en el origen de la propiedad privada esté la propiedad colectiva de la tierra por la comunidad. Ésta asignaba la tierra en común en lotes a sus

(21) Cf. MAISELS, *op. cit.*, pág. 155.

(22) Cf. por todos, el artículo pionero de T. JACOBSEN, «primitive democracy in ancient Mesopotamia» en *JNES* 2 (1943), págs. 159-172. *Vid.* también: Henri Frankfurt, *Reyes y dioses*, en la traducción española de Revista de Occidente, Madrid, 1976, págs. 240 y sigs.

miembros para su explotación. En estas condiciones es lógico que toda la comunidad ostente derechos comunales sobre la tierra lo que se traduce en su participación en todo acto de enajenación según el sistema conocido en las economías de la zona de Oriente Medio con el nombre de *muša'* o propiedad «compartida» estudiado por los antropólogos (23).

El patrimonio del templo —de cada templo— es la «casa del dios»: *é-DN*. El templo cumpliría una función propia o de culto —alimentar y servir a los dioses— y de beneficencia y además desempeña un papel económico fundamental como centro de producción y redistribución de rentas.

Los ingresos del templo proceden de la explotación, directa e indirecta, de su dominio agrícola; de la cabaña ganadera del templo, de los recursos piscícolas (pesca fluvial y marítima) y de la elaboración «industrial» de productos manufacturados a partir de los primarios y del comercio (nada desdeñable es el papel desempeñado por los comerciantes, genéricamente designados como *tamkarum*, al servicio de las instituciones en tareas de distribución e intercambio de bienes).

El suelo es administrado por el templo en interés de su titular (la deidad) y permanece vinculado: el templo no puede enajenar los bienes afectos como «manos muertas» porque no son suyos sino del dios.

La tierra estaría dividida en tres partes. Una parte la constituye la reserva demanial del templo. Se trata del «campo del señor (dios)», *gán-en* ó *gán-níg-en-na*. En tiempos sargónidas y neo-sumerios, recibiría la denominación de «tierra de los bueyes» (*GÁNA-gud*) porque son los bueyes de la institución los instrumentos para su cultivo (24). El suelo reservado al dios era cultivado directamente por el templo por los agricultores vinculados a esas instituciones (*engar*). Todos los miembros de la comunidad política-«templo» estarían sujetos para con ella a deberes de cultivo y prestaciones obligatorias («corvéas») estacionales, como las derivadas de los trabajos de irrigación y canalización del agua (construcción y limpieza de diques y canales). Lo que se producía se guardaba en el almacén del templo. También los aperos y yuntas de bueyes y asnos que se usaban en las faenas agrícolas se guardaban en sus establos y almacenes eran suministrados por el templo, así como el grano para la siembra.

(23) Cf. FOSTER, *Administration and Use of Institutional Land in Sargonic Sumer*, Copenhagen, 1982, pág. 113 con cita de Gelb, *CRRAI 18* (1970) (=ABAW NF 75 (1972)), pág. 91.

(24) Cf. FOSTER, «Commercial activity in Sargonic Mesopotamia», *Iraq 13*, págs. 31-43; *Administration and Use of Institutional Land in Sargonic Sumer*, Copenhagen, 1982, págs. 111 y sigs.

El Templo necesitaba un considerable personal para la explotación de la tierra cultivable. De 1000 a 1200 personas constituirían el personal Baba (llamados colectivamente *lú-ba-ba*, «la gente de Baba»).

La posición en la cadena jerárquica determinaba el rango y el porcentaje de participación en las rentas pues el templo administraba un complejísimo sistema de reparto de rentas pagaderas en especie («ration-system») (25).

Denise Cocquerillat que ha estudiado las «prebendas patrimoniales» de los templos (26), ha demostrado que ya en la época babilónica los beneficios inherentes a los servicios religiosos en los templos eran transmisibles y permutables. La prestación de los servicios religiosos por los participantes en el culto, en el aprovisionamiento de los templos o en la gestión diaria de los mismos, daba derecho a «alimentos» consistentes en cierta fracción de las ofrendas rituales presentadas ante la divinidad y que luego revertían a los beneficiarios y en ocasiones a la posesión de «campos alimentarios» gravados con la carga del servicio religioso (27). Los campos eran transmisibles por herencia o adopción y podían ser vendidos con la carga o permutados por otros.

Como señala A.L. Oppenheim: «el acto de consumo ritual de la comida (ofrecida a los dioses)...representa el *mysterium* central que proporcionó la efectiva *ratio essendi* de la práctica del culto diario y todo lo que esto significó en los aspectos económico, social y político» (28). R.Marcel Sigríst, examinando cientos de documentos del templo de Ninurta en Nippur y datables del siglo XIX a.C., ha probado la esencial equivalencia entre las raciones de subsistencia (*šattukku*) ofrecidas a las divinidades de la ciudad de Nippur en la época paleo-babilónica y las rentas diarias de un gran número de sus servidores.

Otra parte del suelo estaría constituida por parcelas de tamaño variable cedidas para su explotación a ciertos colonos (o quizás mejor, enfiteutas) a cambio de una renta a pagar a la institución en especie y en una parte de la cosecha (en el período presargónico en Lagash, apenas 1/7 o 1/8 de la cosecha, frente a la 1/3 parte de tiempos de la III dinastía de Ur). Eran los

(25) Cfr. I. J. GELB, «The Ancient Mesopotamia Ration System» en *JNES* 24 (1965), págs. 230-243

(26) En «Les prébendes patrimoniales dans les temples à l'époque de la I dynastie de Babylone», *RIDA* 1955, tomo II, págs. 39 y sigs.

(27) Cfr. R.M. SIGRIST, en *RA* 71 (1977), págs. 117-124, en donde se demuestra la supervivencia del sistema de la economía del templo en su esquema de funcionamiento básico (ofrenda/reversión) en el período paleobabilónico.

(28) «The care and feeding of the gods» en *Ancient Mesopotamia*, 1964, pág. 191.

«campos de cultivo» o *gán-úru-lá* (el *eqlum erreshutum* de las fuentes acádicas).

Existía también una tierra-*kur* o *gán-kur*, la concedida como dotación o «prebenda» (el «beneficium» de las fuentes post-clásicas) a ciertos servidores públicos (dignatarios, funcionarios y empleados) a título de dotación y que está vinculada a la prestación de una función. Son los campos «alimentarios» o de subsistencia de las fuentes posteriores (*eqlum kurummatum*). En tiempos sargónidas y neo-sumerios el sistema se popularizó con el nombre de *shuku*. El servicio retribuido con el campo consistiría en el cultivo en el caso de los engar, o el servicio propio del cargo del titular.

La ciudad ciudad-estado comporta varios templos (y varias unidades económicas): el de su dios principal o tutelar de la ciudad (Nanna en Ur, Zababa en Kish, Shara en Umma, Ningirsu en Girsu...) el de su esposa y familia, y el de otras divinidades menores en número variable. La extensión del dominio de cada templo variaría, pues, en función del número de templos existentes y de la posición jerárquica de cada templo, resultado ésta de una compleja evolución histórica. En el principado de Lagash, por ejemplo, existía el templo de la diosa Baba (esposa del dios local), precisamente gobernado en su representación por su homólogo «terrestre», la esposa real del ensi, junto con otros templos a su vez gobernados por administradores o grandes-sacerdotes o *shanga*, todos bajo la dirección última del soberano.

El sistema inmobiliario que revelan las fuentes de esta época nos recuerda al de la propiedad infeudada con un «dominio eminente» o superior y teórico de la divinidad. Los templos administran las grandes propiedades inmuebles auténtico *ager publicus*. El rey, sus gobernadores y el «Palacio» controlan los administradores de los templos (los *shabra* y *sanga*) quienes, a su vez, tienen bajo sus órdenes una masa jerarquizada de funcionarios.

El Palacio

Dijimos que según la explicación «tradicional» una proporción inmensa del suelo (en la estimación de Diakonoff entre la cuarta parte y la mitad del principado de Lagash) sería explotada por los templos; pero queda una parte nada desdeñable de *ager publicus* no encuadrado en el templo sino bajo el control del «Palacio» y una propiedad «privada» (mejor, privada-familiar) que tendría una importancia marginal (pequeñas superficies y pequeño número de fincas «libres»: casas, huertas o jardines).

La posición del soberano en el sistema económico de la ciudad-templo es objeto de vivas discusiones. Parece fuera de dudas que ya desde los albores del período dinástico arcaico, existiría junto al jefe religioso (gran sacerdote o primitivo rey-sacerdote) un jefe secular que, de modo todavía

poco conocido, deviene el soberano del principado como «elegido» del dios de quien es mandatario. Pronto el soberano se hace con tierras y emprende una actividad económica a expensas posiblemente de la de los templos y en paralelo al sistema de explotación de la tierra por éstos. Otra parte de la riqueza inmueble de reyes y luego de nobles procede de la adquisición voluntaria o forzosa de las tierras privadas de los «clanes familiares» en mano común (el «private-communal» sector de Diakonoff: «community land in the hereditary possession of patriarchal extended families» (29)).

Una palmaria prueba de todo ello son las primeras leyes conocidas, las de «Reforma» del posiblemente usurpador rey Urukagina, último soberano antes de la Dinastía de Sargón de Akkad (c. 2350 a.C.) (30). Tales leyes describen una situación anterior a su reinado y marcada por la impiedad y la injusticia, que el monarca pretende corregir devolviendo las tierras a los dioses que habían sido despojados antes de ellas y volviendo a una situación tradicional, instituida «en días lejanos donde se pierde la memoria de los hombres».

Un texto muchas veces citado reza así: «En la casa del ensi de la ciudad, en los campos del soberano de la ciudad, (el rey Urukagina) re-instaló al dios Ningirsu como su señor». Y lo mismo se repite en favor de la esposa de Ningirsu, la diosa Baba y de los hijos de ambos esposos divinos.

Parece, pues, que el ensi habíase apropiado de tierras afectadas o reservadas al culto de los dioses. Luego se narra cómo éste se había servido de los bueyes del templo para cultivarlos; se confiscó las mejores yuntas de bueyes y asnos de los sacerdotes y se repartió el grano debido a ellos entre su «gente» (*erén*). El mismo texto legal denuncia las infracciones cometidas por funcionarios y sacerdotes contra la población: los sacerdotes extorsionaban a los fieles con diezmos inusitados por la celebración de ciertas ceremonias de culto como las que tenían ocasión con los funerales; el gobernador de la ciudad percibía una tasa de cinco shekels de plata por el registro de los divorcios y permitía al gran visir (*sukkal-mah-*) el cobro de una tasa adicional...

De las leyes de Reforma resulta con toda claridad que la población debía ser ya propietaria de tierras pues entre las ofensas descritas están las ventas de casas realizadas forzosamente en favor de altos funcionarios y por precio netamente inferior al real

(29) «The rise of the despotic state in Ancient Mesopotamia», *op. cit.*, págs. 176 y sigs.

(30) M. LAMBERT, «Les réformes d'Urukagina» en *RA* 50, 1956, págs. 169-184; «Recherches sur les réformes d'Urukagina», *Orientalia*, 44, 1975, págs. 22-51.

reconociéndose el derecho de los ciudadanos más humildes o más expuestos (se menciona a los pescadores, bateleros, granjeros y ganaderos) a un precio justo.

Es imposible saber cuándo se produciría esa hipotética separación entre templo y Palacio y que llevaría al soberano a habitar una residencia fuera del recinto del templo conocida como *é-gal* (el Palacio; *ekallum* en acádico). Como justificación a este fenómeno histórico se aduce una evidente especialización de funciones. el Palacio se ocuparía de las grandes obras públicas, de las «relaciones exteriores» (la guerra y la paz con los Estados vecinos y el comercio internacional) y de una cierta actividad «empresarial» propia (en Lagash, por ejemplo, la industria textil estaba bajo el control del Estado) (31). El Templo, del culto y ofrenda a los dioses, desde luego, y de las funciones de beneficencia (32) y la redención de cautivos (33); pero además constituía un formidable centro económico encargado, entre otras tareas, de la explotación del suelo agrícola cuyas rentas redistribuía entre la población dependiente.

En todo caso, el Palacio contaría con un notable personal especializado (como el personal del templo) que retribuiría de la forma habitual: «raciones» (rentas «salariales» derivadas de sus ingresos y en atención a la posición del beneficiario) o mediante campos dados en renta o en retribución a los servicios prestados, reproduciendo así el sistema de tenencia de los templos (34).

En el período neo-sumerio, por ejemplo, en Lagash, el Palacio contaba más de 400 funcionarios y personal masculino —gurush— y femenino —gemé— a su servicio: numerosos servidores designados con el vago término de «aquellos que están cerca del rey» (*lugal.ra.ús.sa*) bajo la responsabilidad de un funcionario superior o *shabra. é* (paralelo al *shabra*, funcionario superior de los templos).

La creación de un Estado-ciudad, de un reino o de un Imperio (si tomamos estos últimos conceptos con muchas reservas) sería el resultado de una compleja articulación: ciudad-territorio; ciudad principal-ciudades su-

(31) Puede verse los artículos de H. LIMET, «Le rôle du Palais dans l'économie néo-sumérienne», págs 235-248 y el de JOHANNES RINGER, «Interaction of temple, palace, and «private» enterprise in the Old babylonian Economy» ambos en *State and temple Economy in the Ancient Near East*, vol. I, Leuven, 1979.

(32) I. J. GELB, «The Arua Institution» en *RA* 66 (1972), págs. 1-32.

(33) I. J. GELB, «Prisoners of war», en *JNES* 32 (1973).

(34) Cfr. GEORGES ROUX, *La Mésopotamie*, Paris, 1985, págs. 156 y sigs.

bordinadas; ciudad-estado soberana-ciudades-estado vasallas y en última instancia de la economía del Templo y el Palacio (las «casas de dios» y de la Corona).

Así, ejemplo de sistematización administrativa, en la III dinastía de Ur, no habría más lugar que el de Ur y en donde los núcleos urbanos sólo eran centro de circunscripciones administrativas bajo las órdenes de un gobernador con el título de *ensi* o *shagin*: el primero representaba la más alta autoridad civil; el segundo, la más alta autoridad militar.

El ejercicio de los cargos por simples funcionarios al servicio de la Corona, atribuía derechos económicos sobre las demarcaciones gobernadas por sus titulares que se cobraban en «impuestos» (además de los remitidos a la Corona). Los gobernadores se ocupaban de recoger las ofrendas destinadas al rey y a los dioses y de la gestión económica del principado hasta en los más mínimos detalles interviniendo en la gestión de los templos y disponían de su propio personal subalterno perteneciente a la «casa del gobernador»: en Lagash, por ejemplo, la casa del ensi contaba con 62 escribas-registradores, 11 geómetras, 21 directores de pósitos, 213 obreros y 162 siervos dependientes del jefe administrativo superior o shabra.é junto a 132 gurush (hombres) y 53 gemé.

Dentro de cada ciudad, una gran parte de la tierra estaría encuadrada en los templos y sus funcionarios bajo el control del soberano a través de su representante que ejerce su autoridad poniendo el sello en numerosos actos realizados «por orden del gobernador» (*inim.ensí.ka ta*) o bajo la responsabilidad del gobernador (*giri.ensí.ka*). Al frente de cada templo había un gran sacerdote con el título de sanga o sabra, y un numeroso personal subalterno debidamente jerarquizado (35).

Existía una rigurosa división jerárquica del personal del templo según la ocupación de cada uno. Gelb (36) propone la siguiente descripción del personal de los templos de Lagash en la época de la III dinastía de Ur:

(35) Contamos con una documentación literalmente abrumadora de este periodo gracias a los archivos reales excavados de que disponemos. Hasta esta fecha se han publicado más de 18.000 tablillas y el número de las no publicadas es más elevado. Para la administración neo-sumeria son libros básicos el de T. B. JOHNS y SNYDER, J. W., *Sumerian Economic Texts from the Third Dynasty of Ur*, Minneapolis, 1961; S.T. KANG, *Sumerian Economic Texts from the Umma Archive*, Urbana, 1973, J. P. GRÉGOIRE, *Archives administratives sumériennes*, Paris, 1970.

(36) En su artículo, «Household and family in Early Mesopotamia», *op. cit.* págs. 14 y sigs.

a) Personal de alta dirección: categoría que incluye a los «mayores» o ab-ba-ab-ba-me a la cabeza de los cuales, administrando el patrimonio del templo, estaría situado el sumo sacerdote o sanga del templo o el administrador sabra; los oficiales de alta cualificación entre los que destacan los archivistas (GÁ-dub-ba); los sag-du₃, el supervisor del grano (ka-gur) y el jefe de los equipos de trabajadores y soldados (nu-banda er-in-na) y los oficiales de menor rango como escribas, tesoreros...

b) Capataces engar nu-banda gud-me o «jefes de los equipos de trabajo agrícola y ganadero».

d) Trabajadores y profesionales erín-me: cultivadores organizados en equipos bajo un supervisor, soldados, canteros, joyeros, artesanos, pescadores, mensajeros, y hasta comerciantes al servicio del templo (dam-gàra y ga-rash).

e) Ancianos, viudas, niños, pobres, vagabundos, lisiados etc... bajo el cuidado del templo como institución de beneficencia («The Arua Institution»).

Es significativo que el título de *lugal* con que gustan llamarse esos monarcas sumerios (la primera ocurrencia cierta data del 2700 a.C. y es referente a la ciudad de Kish) significa «gran hombre» e indica etimológicamente una relación de superioridad de rango o jerarquía que también se aplica a la propiedad sobre una cosa o un esclavo.

Jacobsen sostiene que, originariamente, el término «*lu-gal*» designaba al titular de la más alta potestad doméstica sobre la «familia» (la «casa») y el calificativo de «grande» se debía a su poder que se extendía a toda la «gran casa» o é-gal. Un poder que era realmente eminente porque incorporaba la potestad sobre su propia casa y sobre todas las otras casas subalternas, «his personal servants and retainers bound to him by exceptionally strong ties of dominance and obedience» (37).

En Derecho sumerio-acádico, donde no existe un concepto técnico de «propiedad» (38), y en donde la noción de dominio no ha sido al parecer objeto de elaboración doctrinal o jurisprudencial (no hay más que ver el Derecho positivo de los Códigos y el prototipo de todos ellos que es el de Hammurabi) la expresión *LUGAL* se traduce por «propietario» y en contratos y kudurrus el titular de la tierra es el lugal gán o su equivalente acádico *be-lu GÁN*, lit. el «señor de la tierra».

(37) «Early political development in Mesopotamia» en *Zeitschrift für Assyriologie*, Neue Folge 18 (52), pág. 119.

(38) Cfr. GUILLAUME CARDASCIA, «Le concept babylonien de la propriété» en *RIDA*, 1959, VI, págs. 19-32.

Existe una convicción generalizada entre historiadores y juristas según la cual es advertible un claro proceso de «secularización» de la propiedad inmueble en el ciclo histórico que arranca con el período de Uruk (nacimiento de la civilización, 3750-3150 a.C.) y sus reyes-sacerdotes «vicarios de los dioses» y que concluye con la afirmación rotunda del soberano en la época de Hammurabi (I dinastía babilónica) (39). Reyes y nobles irían forjando su patrimonio personal a costa del de los templos (los textos distinguen el patrimonio personal de la casa real y el de Palacio) y en su conjunto todo el sistema estaría dirigido por el soberano a través de una cadena piramidal de sucesivos derechos sobre las tierras.

¿Propiedad privada de la tierra?

Uno de los tópicos de discusión entre orientalistas es el relativo a la existencia de propiedad privada sobre los inmuebles pues la propiedad privada sobre muebles está desde siempre documentada (40). Con independencia del punto de vista que se adopte en relación a la supuesta primacía del Templo o de la Corona durante todo el III milenio, una convicción común de todos los estudiosos es la de que al principio del II milenio a.C. se produciría una modificación sustancial de la titularidad de la tierra: un gran número de documentos legales atestiguan sin lugar a dudas la existencia de tierras poseídas por individuos que las dan en pago, las gravan, compran o rentan de otros individuos.

En el esquema siempre provisional de la ciudad-templo sumeria, virtualmente toda la tierra estaría encuadrada en la administración de los templos.

El «sector-institucional» («público») de la economía estaría también representado por los dominios de la Corona o Palacio y los de ciertos nobles. En todos estos casos la tierra está bajo la administración de la corona, templo o nobleza cuyos representantes actuales la tendrían como «fiduciarios» y teóricamente como representantes del estado y por la duración del cargo.

Son muy notables las diferencias inter-regionales. Todo apunta a que en el lejano Sur mesopotámico (Uruk, Ur, Eridu y Larsa) la propiedad privada desempeñaría un papel residual: papel preemi-

(39) Cf. R. HARRIS, «On the Process of Secularization under Hammurabi», *JCS*, 15 (1961) págs. 117-120.

(40) Con carácter general puede verse en *Encyclopedia of Social Science*, New York, 1937, pág. 74, el artículo de C. BRINKMAN en la voz «Land tenure» para quien el concepto de propiedad privada individual (no vinculada al grupo) es noción reciente y no aplicable a la Mesopotamia del III milenio.

nente del Templo en la administración de las tierras; muy escasos documentos de venta de parcelas; extensión de parcelas compradas o vendidas muy inferior a la que aparece en los documentos del resto de Mesopotamia y como titulares, significativamente, una reducida elite (el rey o altos funcionarios laicos o de los templos).

La situación cambia considerablemente más al Norte (incluyendo aquí no solo Babilonia, Asiria y la región del Diyala sino también la zona en torno a Nippur). De esta zona tenemos mucha más documentación de propiedades privadas y con mayor extensión. Los templos desempeñan además un papel mucho menor que en la economía del lejano sur.

Debe advertirse, además, la existencia de una notable evolución histórica. Es posible que en el período presargónico, al menos en la Baja Sumeria, la gran parte de la propiedad inmueble estuviera encuadrada en el sistema de la ciudad-Templo; pero ya es indudable que a fines del período dinástico antiguo los monarcas dirigían de facto como titulares últimos todo el sistema económico evolución que culminaría con una centralización estatalizadora en la época de la III dinastía de Ur. En su conjunto, puede decirse que el sistema de reparto o «ration-system» sobre las rentas de los templos evolucionaría fuertemente a un sistema de explotación inmueble basado principalmente en la asignación de tierras a los particulares bajo el sistema de beneficios («feudos») o en arrendamiento, sistema muy próximo ya a la propiedad privada.

¿De dónde, pues, la propiedad privada del individuo o del grupo familiar? E. SZLECHTER ha formulado recientemente una hipótesis convincente (41). Según este autor, la propiedad privada es resultado de un proceso histórico de decantación progresiva o de formación a partir de las tierras vinculadas originariamente a los templos: las tierras dotacionales o en prebenda-kur (los beneficios concedidos como contrapartida de la prestación de un servicio o una función) y las tierras dadas en arriendo o colonato. El estado final de la evolución es posible conocerlo del examen de la propiedad en el período paleo-babilónico (época de Hammurabi).

Los titulares de esas funciones propias del personal de los templos se hacían acreedores —en algunos casos y en atención a

(41) «De quelques considérations sur l'origine de la propriété foncière privée dans l'Ancien Droit Mésopotamien», en *RIDA* 6 (1958), págs. 121-136. También puede verse del mismo autor «Le Droit de propriété et la possession (Codex Hammurapi)» en *RIDA* 36 (1987), págs. 11-23.

la jerarquía del sujeto beneficiario— a la entrega en disfrute de ciertas parcelas de extensión variable que las fuentes sumerias denominan «campos alimentarios». Son tierras de dotación de la función primeramente inalienables. Ocurre que las funciones ejercidas en los templos devienen si es que no lo fueron siempre hereditarias. La posesión de la tierra resultaría, en consecuencia y, dada la vinculación querida entre tierra y función, también hereditaria. El beneficiario adquiere un derecho de disfrute perpetuo y transmisible por herencia que es muy próximo al de propiedad.

Como los templos, también el Palacio retribuía a sus funcionarios con «campos alimentarios» dando lugar a algo parecido a «feudos». En el período sargónico aparece una nueva clase de tierra, la «tierra de la corona» o que sería distribuida a cambio de servicios a prestar a la corona y resultado muy posiblemente de confiscaciones del dominio de los templos y expropiaciones. Y a partir del período neo-sumerio (III dinastía de Ur) el Palacio se nos muestra en los documentos desempeñando un claro papel «secularizador». Reyes (lugal) y gobernadores (ensi) aparecen en las fuentes como titulares de fincas que explotan con colonos y lo mismo hacen muchos otros cargos respecto a fincas-«šukusu». Estas tierras, como las funciones y como las tierras dadas en prebenda a los funcionarios de los templos, tienden a devenir hereditarias y patrimoniales aunque el Palacio intentara a veces oponerse a su patrimonialización definitiva como muestran las medidas adoptadas por Hammurabi.

La regulación más completa del sistema de tierra beneficiaria —la contenida en los párrafos 26 y ss. del C.H y textos concordantes— nos recuerda grosso modo el sistema feudal, y responde a un esfuerzo consciente de parte del monarca de secularización y control estatal de la explotación de las tierras pertenecientes a la Corona. Ciertos servicios denominados *ilkum* y de la más diversa índole (profesionales, artesanales, militares, del Estado, etc...) eran retribuidos en tierras o feudos que también recibían el nombre de *ilkum*. Los feudos de ciertos titulares —el soldado, el marino o el de «portador de rentas» (un colono o feudatario-cultivador)— no pueden ser vendidos (&36) y en caso contrario, la venta es nula (&37). Estos mismos feudatarios no pueden entregar los bienes enfeudados a su mujer o hija (en donaciones esponsalicias o dotes), ni darlos en pago de deudas a sus acreedores (&38), también para evitar que el Estado se vea privado de los servicios que interesaron cuando se concedió la tierra gravada con la carga. Todo lo contrario ocurre con los bienes particulares no sujetos a

carga feudal y que son libremente transmisibles (&39). Tratándose de otros servicios distintos de los antes enumerados y a que se refiere el &36, parece que al Estado le sería indiferente quien los prestara, pues el &40 del C.H. permite la enajenación de los feudos de funcionarios religiosos, mercaderes y cualquier otro feudatario con tal que los servicios sean prestados por el adquirente. El Estado se reservaría el dominio eminente de la propiedad dada en feudo porque en ciertos casos revierte a la Corona, que puede proceder a su reasignación en favor de otros beneficiarios como ocurre en caso de comiso por incumplimiento de las órdenes reales (& 26) o abandono (&27 cuando el feudatario es hecho prisionero y hasta que vuelva) o por falta de cultivo durante tres años (&28) en cuyo caso en su derecho sucederá quien lo cultivó. Es de suponer que el feudo revertiría a la Corona cuando la casa queda extinguida y sin descendencia directa o colateral.

De cualquier modo que sea, desde la más remota antigüedad está documentada la propiedad inmueble particular: huertas, casas y hasta campos «pertenecen» a unidades domésticas bajo la jefatura de un pater-familias. No es éste el lugar para examinar el régimen jurídico familiar y económico matrimonial en la época arcaica de la cultura mesopotámica (cuestión muy compleja). Bástenos saber que es más bien la familia que el individuo quien ostenta titularidad sobre los bienes de la casa insertándose las unidades domésticas en otras «casas» más grandes que también ostentan derechos sobre los bienes adscritos (el Templo, el Estado representado por el lugal o el ensi, etc...).

El patrimonio de la casa de un individuo está vinculado al sostenimiento de la familia (mujer principal, concubina o concubinas, hijos de unas y otras y eventualmente de siervas y los siervos en general) y del culto doméstico. La enajenación de los bienes a extraños es la excepción y no la regla, y en los primeros tiempos sería necesario el compromiso de las diferentes ramas dinásticas que ostentan derechos sobre los bienes incorporados al patrimonio familiar, sea a título de co-propietarios (una propiedad indivisa) o como titulares de retractos gentilicios sobre los bienes troncales

El art. 38 de «las Leyes de Eshunna» (s.XIX a.C.) recoge con toda claridad el caso del retracto familiar de bienes en proindivisión al conceder al hermano del vendedor de una parte hereditaria el derecho de re-adquirirla sustituyendo al tercero vendedor previo pago a éste del precio satisfecho. El art. 39 por su parte recoge un cierto derecho de reversión gentilicia de bienes troncales: el dere-

cho de recuperar la cosa inmueble familiar cuando el propietario la pretende vender a un tercero (42).

Como dice Diakonoff (vid también infra.), «la tierra se vendía por el cabeza de la familia o por varios de sus miembros no en su capacidad de propietarios de la tierra sino en su condición de representantes elegidos (lu-sag-pad) de la comunidad familiar» (43). Fuera de estos casos, a la muerte del cabeza de familia o «dueño de la casa», sucedían por ministerio de la ley en la «propiedad de la casa paterna» —sum. *NÍG^{GA} É A.BA*; *Bab. makkūr bīt abim*— sus más próximos parientes consanguíneos, todo ello para evitar que la casa quede extinguida (la «casa extinguida» de las fuentes babilónicas (44)).

A la sucesión del padre eran llamados, por este orden (45): los hijos del padre no desheredados (la posición de las hijas es muy discutible, pero parece que lo que no recibieran por herencia lo recibían en dote al casarse y en todo caso es diferente la posición de las solteras y de las sacerdotisas (46)), aún los de esclava si eran

(42) Cfr. E. SZLECHTER, «Les lois d'Eshunna», *RIDA* 25 (1978), págs. 180 y sigs.

(43) *Op. cit.*, pág. 176.

(44) DRIVER AND MILES, *The Babylonian Laws*, I, Commentary, 1952, Oxford, pág. 330.

(45) Es evidente que no podemos aquí tratar, ni siquiera sumariamente, del Derecho de familia mesopotámico. Su exposición nos distraería de la línea argumental de este artículo centrado en la publicidad inmobiliaria de las transacciones sobre bienes que salen de la casa familiar. Existe, por lo demás, abundante bibliografía de recomendable lectura para los interesados. Citaré tan sólo: A. VAN PRAAG, *Droit matrimonial assyro-babylonien*, 1945; P. KOSCHAKER, «Eheschliessung und Kaufnach alten Rechten», *Ar. Or. XVIII-3* (1950), págs. 210-296. I. MENDELSON, «The family in the Ancient Near East» *Biblical Theologist* 11 (1948), págs. 24-40; J. KLIMA, *Untersuchungen zum altbabylonischen Erbrecht*, 1940; Id. «La position successorale de la fille dans la Babylonie ancienne», *An. Or. XVIII-3*, págs. 150-186 y también en su artículo sobre «Il diritto ereditario secondo le fonti giuridiche di Eshunna», *Iura* 4 (1953), págs. 192-197. Muy meritorio es el artículo de F. ALONSO ROYANO, «El contrato matrimonial en el Derecho paleobabilónico» en *Separata de Memorias de Historia Antigua*, Vol. XI-XII 1990-1991, págs. 9-21.

Es sabido que el Derecho de sucesiones y el familiar en general ocupan una parte importante del Código de Hammurabi. Para el conocimiento de estos temas puede leerse con provecho los estudios específicos sobre esa magna obra y en particular en este punto son recomendables el de Driver Miles tantas veces citado y el de Koschaker, *Rechtsgelehrte Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, Leipzig, 1917. Una extensa nota bibliográfica en español en Federico Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, *op. cit.*, págs. 77-82.

(46) Cfr. muy significativamente los artículos dedicados a la sucesión en las Leyes de Eshunna. Los artículos 16 y 38 presuponen la sucesión de hijos o hermanos en herencia indivisa de los bienes de la casa paterna (*nig.ga.é.a.ad da*, y los arts. 20 y sigs. tratan de: la sucesión en general (art. 20), la sucesión de hijas casadas (21), la de sacerdotisas (22), la de hijas no casadas (23) y de la dote el art.29. Muy similar estructura conceptual en el C.Hammurabi.

reconocidos, y por su falta, los colaterales. La posición de la mujer dependía en gran parte de lo que resultara de los pactos capitulares, pero por regla general parece que administraba la herencia como usufructuaria mientras no abandonara la casa del marido debiendo restituir los bienes a los hijos comunes a su fallecimiento. Los hijos premuertos son representados por sus descendientes en la herencia del ascendiente.

En principio, los hijos sucedían por partes iguales, pero la postestad paterna era poderosa: el padre podía desheredar a los hijos que cometen una falta grave y podía mejorar a los hijos y realizar en vida donaciones siendo muy frecuente que el primogénito llevara en la herencia una parte superior a la de sus hermanos.

No existía testamento, pero cumplían su finalidad por vía indirecta las adopciones ficticias (la adopción procuraba conseguir un sucesor) o reales (47).

LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA SEGÚN LOS DOCUMENTOS DE VENTA (KUDURRUS Y TABLILLAS)

En lo que hace a la venta de inmuebles; nuestras fuentes documentales son tablillas de arcilla y kudurrus de piedra relativamente abundantes en las épocas pre-sargónica y sargónica. De la III Dinastía de Ur sólo se conservan ventas referentes a casas y pequeños huertos, lo que ha sido interpretado como prueba de la inalienabilidad de fincas arables (48).

Tenemos la fortuna de que la materia esté suficientemente tratada en algunos libros «clásicos». El libro básico de referencia es el publicado por el Oriental Institute of the University of Chicago en 1991 bajo el título, *Earliest land tenure systems in the Near East Ancient Kudurrus* de I. J. Gelb, Piotr Steinkeller y R. M. Whiting.

Para la III Dinastía de Ur es fundamental el de Steinkeller, *Sale documents of the Ur III Period*, Stuttgart, 1989 y el de Émile Szlechter, *Tablettes juridiques et administratives de la III dynastie d'Ur et de la I dynastie de Babylone*, Paris, 1963. No se puede olvidar la obra de Pettinato, *Untersuchungen zur Neusumerische*

(47) ÉMILE SZLECHTER, «Des droits successoraux dérivés de l'adoption en droit babylonien», *RIDA* 14 (1967), págs. 79-106.

(48) I. J. GELB, «On the Alleged Temple and State Economies in Ancient Mesopotamia» en *Studi in onore di Edoardo Volterra VI*, Milano, 1971, págs. 146-153

Landwirtschaft, Istituto Orientale di Napoli, 1967 y la de L. LEGRAIN, *Business Documents of the Third Dynasty of Ur*, 1937-1947. Buena colección de textos en A. L. OPPENHEIM, *Catalogue of the cuneiform tablets in the Wilberforce Eames babylonien Collection in the N. Y. Public Library. Tablets of the time of the 3d. Dynasty of Ur*, 1948.

De la literatura soviética he consultado el artículo de I. M. DIAKONOFF, «Sale of land in Pre-Sargonic Sumer», en Moscow, 1954, *Papers presented by the Soviet Delegation to the 23th International Congress of Orientalists*. Para la época sargónica el estudio reciente de B. R. FOSTER, *Administration and use of Institutional Land in Sargonic Sumer*, Copenhagen, 1982 y para un examen de los documentos de venta de la época más antigua (Fara): Deimel, *Wirtschaftstexte aus Fara*.

Para las comparaciones con el período paleo-babilónico he seguido a M. DE J. ELLIS, *Agriculture and the State in Ancient Mesopotamia: An Introduction to the problems of Land Tenure*, Philadelphia, 1976 (49) y por supuesto, el clásico manual del Código de Hammurabi de G. R. DRIVER y J. C. MILES, *The Babylonian Laws*, Oxford, 1952-5. Muy superado, todavía útil a veces es el libro de E. CUQ, *Études sur le Droit Babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, 1929.

Elementos personales y reales

Elementos personales del contrato de venta inmobiliaria son los vendedores y el comprador. Es frecuentísimo que concurra una pluralidad de vendedores familiarmente vinculados y sobre una misma finca, lo que revela la existencia de situaciones de propiedad familiar en la que los diversos miembros y ramas de la familia ostentan derechos de importancia mayor o menor sobre el proindiviso.

En la época de Fara y Pre-sargónica ésa es la regla general con documentos que presentan un gran número de vendedores (hasta nueve). No se conservan documentos de venta con un sólo vendedor y, por lo tanto, no existe prueba de la existencia de una propiedad inmueble individual (por opuesta a la colectiva). Comparcen como vendedores el vendedor «principal», propietario

(49) Vid sobre esta obra la recensión crítica poco caritativa de F. R. KRAUS en *Bi. Or.*, mayo-julio 1977, págs. 147-153.

propriadamente dicho o jefe de la «casa» y varios parientes como vendedores «secundarios» y que invariablemente reciben —por la renuncia a sus derechos, es de suponer— regalos y pagos adicionales.

En la época de la Dinastía de Sargón de AKKad los documentos de venta contienen un número menor de vendedores que en los períodos anteriores —hasta cuatro— y empezamos a encontrar en número significativo —la mitad de los casos— un único vendedor. Hemos de concluir con Gelb cuya exposición seguimos aquí (50) que ésta sería una fase de transición con reconocimiento de una propiedad colectiva y familiar (sobre todo en Babilonia Norte con el ejemplo arquetipo del obelisco de Manishtushu) y otra suerte de propiedad individual.

El período culmina en la fase final del ciclo histórico estudiado. Aunque nuestra documentación crece abundantemente con la III Dinastía de Ur, faltan ventas de fincas como vimos y las únicas ventas inmobiliarias —las de casas y huertos— reflejan invariablemente un cuadro muy distinto: en la gran mayoría de casos se trata de ventas por un sólo sujeto y cuando concurren varios, decrece el número de intervinientes lo que es signo de propiedad colectiva de una familia no muy extensa (propiedad de familia nuclear).

En los contratos de venta con pluralidad de vendedores se distingue entre el vendedor principal que es el propietario o *LUGAL GÁN(-kam)* («dueño del campo»; en acádico, *bêlu eqlim*) que es quien recibe o «come» el precio (*lú-níg-šám-kú*); y los vendedores secundarios de su familia: los «hijos-dueños del campo», *dumu-gán-me*, y los «hermanos-dueños del campo» o *SES be-lu GÁN* (*ahu-bêlu eqlim* en acádico). Estos reciben regalos y precios suplementarios.

El *Obelisco de Manishtushu* que se conserva en el Louvre, procedente de las excavaciones realizadas en la capital elamita de Susa y de la época sargónica —del rey de Kish del mismo nombre— es posiblemente el monumento más conocido, ciertamente el kudurru antiguo más estudiado y el mejor ejemplo documentado de la existencia de una propiedad inmueble familiar (51).

(50) I. J. GELB, «Household and family in early Mesopotamia» en *State and Temple Economy of Ancient Near East*, I, Leuven, 1979, págs. 68 y sigs

(51) Bibliografía sobre este famoso documento en *Earliest Land Tenure systems in the Near East Ancient kudurrus*, op. cit., pág. 116

En piedra diorita negra, en sus cuatro caras denominadas por los eruditos «A», «B», «C» y «D» se recoge la adquisición por el rey y por venta (¿expropiación?) de fincas situadas en Dûr-Sin, Girtab, Marda y Kish. No menos de 98 vendedores aparecen en el texto para apenas ocho transacciones: tres en la cara A y C (las llamadas A1, A2 y A3; C1, C2 y C3); una sólo en la B y en la D. Las ocho parcelas vendidas totalizan 9.723 iku —medida de superficie— de tierra (≈ 3.430 ha).

Tomemos por ejemplo la transacción A1. Aquí estamos ante una venta de una finca situada en Dûr-Sin en una región denominada el «Campo de Baz». La finca —de 439 iku de tierra— se adquiere de una familia de descendientes de un ancestro común, un tal Mezizi (el «clan Mezizi»). Gelb ha podido reconstruir laboriosamente el árbol genealógico (*vid.* fig. 0).

No todos los vendedores están en igualdad de condiciones: además del precio en conjunto —1.463 y $1/3$ shekels de plata pagados en especie, en este caso cebada y 219 $1/2$ (un 15 %) de precio suplementario— las diferentes ramas de la familia reciben regalos en especie (telas) de diversa importancia: un «dueño del campo» que recibe un regalo imponente; tres «dueños del campo» con regalos menores y otros tres sin regalo; y los demás, como «hermanos-dueños del campo» sin regalos. Es claro que existen linajes de más peso y con mejores derechos.

Son *elementos reales* de la compraventa la cosa vendida y el precio pagado por ella. Los inmuebles son clasificados en tres categorías, según los documentos de la época: el *gán* o campo (superficie apta para el cultivo o tierra arable); *é*, casa y *gis-kiri*, o huerta. Precisamente los párrafos del Código de Hammurabi relativos a los inmuebles, se refieren a los campos, huertas y casas (Bab. *eqlum kirûm u bîtum*). La descripción completa de la finca consiste en la determinación de su extensión, localización y linderos. Ej.: «20 ikus de tierra arable al precio de 60 shekels de plata en las marismas de...y cuyo lado norte linda con la finca de N., el sur con la de N. y N., el oeste con N. y el sur con N.»

El precio a pagar de la finca incluye un «precio principal» —*šám* o *níg-šám*— y «precios accesorios o secundarios»: pagos en especie en exceso del precio de venta y que se satisfacen a vendedores «principales» y «secundarios», testigos y funcionarios intervinientes y como contrapartida de sus respectivos derechos o servicios prestados. Los «pagos adicionales» al «precio principal» son denominados a veces con el término específico *níg-ba* (Ac. *qishtum*); «regalo».

A estos «precios» se añade en ocasiones un misterioso «precio suple-

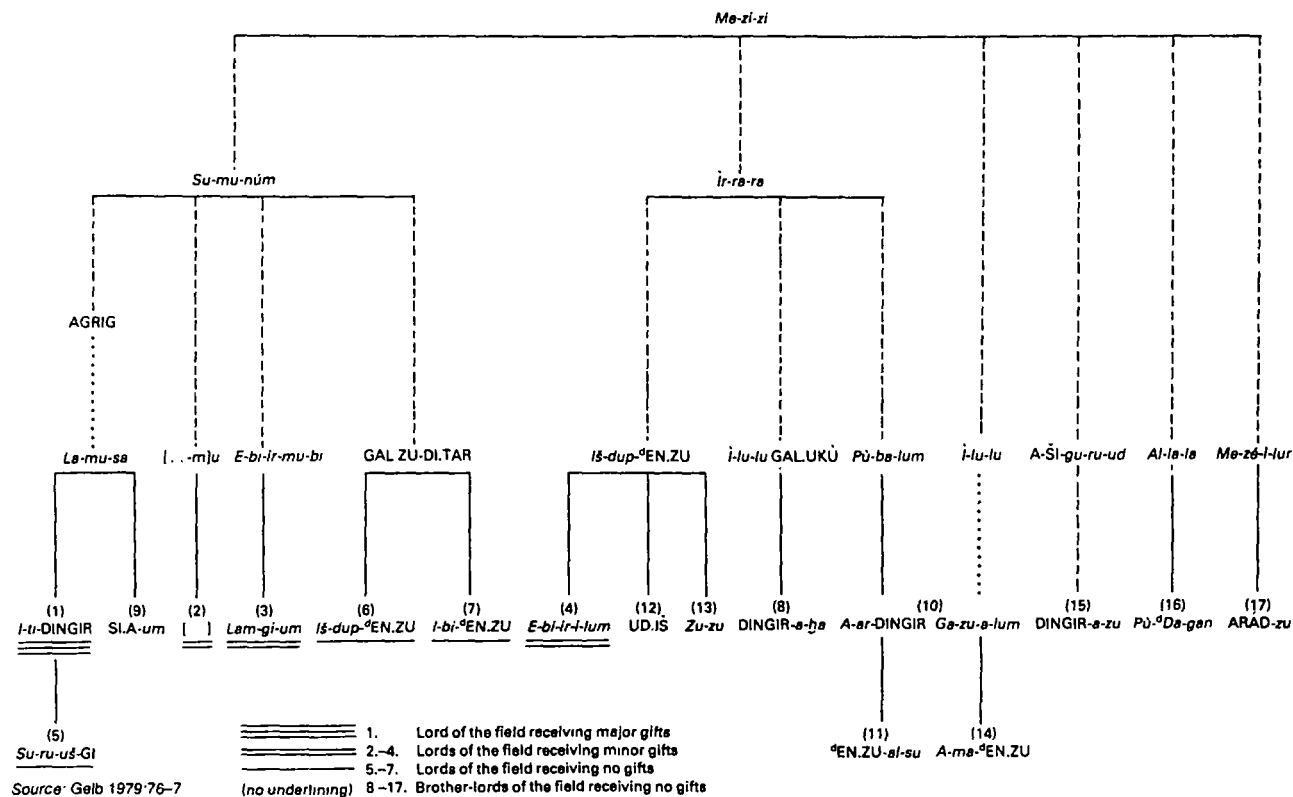


Fig 0. Relaciones familiares y posición de los miembros según el Obelisco de Manishhishu A₁.

mentario» (52) (*níg-dirig*, *NÍG.KI.GAR* o *iš-gán gán*), que según autores como Thureau-Dangin (53) o Krecher (54) sería la contrapartida del valor de los edificios o construcciones levantados sobre la finca vendida (un precio para el suelo y otro para el vuelo).

Todo ello contribuye a que los documentos estén redactados de forma un tanto pintoresca en donde entran y desaparecen personajes cada uno con su papel y su precio. Así, por ejemplo el documento conocido como Kudurru de Adab 32 recoge dos transacciones. Respecto a la primera de ellas el documento reza lo siguiente: «122 ikus de tierra (consistente) en el campo É-kas por el precio de 80 2/3 shekels de plata; el campo es de la familia de Munsub; N, N... (y así hasta nueve nombres personales) (hijos de) Mansub, como vendedores, reciben 1 tela y 5 libras de lana; N, N, . . (cuatro nombres personales) cada uno recibiendo una tela y N, N N, N...(hasta cinco nombres personales) reciben cada uno 5 libras de lana en concepto de «vendedores secundarios»; N, N, N (hasta 22) son testigos (de la familia de) Munsub» (55). Y la relación se complica tediosamente cuando como en la Piedra de Lummatu I 22 son cuatro las fincas vendidas por cuatro familias al tal L., hijo de Enannatum, rey de Lagash (56).

La forma. La tablilla de arcilla-dub

La transmisión de inmueble que no opera en virtud de la ley (como ocurre por ejemplo en la sucesión familiar, sin perjuicio de la eventual partición que estaría, obviamente, documentada) presupone la redacción y confección de un documento en arcilla, la tableta o dub que era grabada con el estilo o cuña en escritura cuneiforme (del latín *cuneus*) en la lengua de que se trate (en nuestro caso, sumerio o acadio).

La necesidad de la tableta en arcilla como requisito para solemnizar la transferencia inmobiliaria está acreditada por la abundantísima documentación que nos ha llegado de contratos sobre inmuebles desde las más lejanas épocas (son significativamente menos numerosos los relativos a objetos muebles) y por los propios textos legales. Es significativo, por ejemplo, que

(52) Vid. L. MATOUS, *An Or XXII* (1953), págs. 434-443.

(53) *RA* 6 (1907), pág. 154.

(54) *ZA* 63 (1974), pág. 157.

(55) *Earliest Land tenure systems*, op. cit., págs. 96 y sigs.

(56) *Ibid.*, págs. 74 y sigs.

siempre que el Código de Hammurabi trate de la transmisión de un campo, huerto o casa por cualquier título presuponga la tablilla sellada (Bab. *ku-nukkam ushêzib*).

Así el artículo 37 del C.H. cuando sanciona con nulidad la venta ilícita a terceros de finca, huerto o casa afectos a los servicios propios del «feudo» (la propiedad infeudada no era alienable) ordena que el comprador sufra que «su tablilla sea rota» y los art. 150 y 165 tratan respectivamente de las donaciones realizadas por el marido a la mujer y las donaciones inter-vivos del padre para mejorar a algún hijo (el «favorito») siempre exigiéndose la entrega de documento sellado. También se documentaban en tablillas las decisiones judiciales según el Código (cfr. art 5) y los préstamos a interés (art. 37).

Como es lógico la confección del documento se confía a un funcionario letrado (conocedor de las letras), es decir: un escriba DUB.SAR que da forma al texto y lo redacta normalmene siguiendo un formulario más o menos estándar y variable según ciudades. Como en Egipto, la civilización mesopotámica es una civilización amante de la escritura en donde los escribas desempeñan un formidable papel.

El notario autoriza la tablilla con la fórmula «N (es) el escriba» (N *dub-sar-pi*) o «N escribió esta tableta». A veces el notario recibiría regalos que se consignan en el documento y parece desempeñaría una función adicional de testigo con los demás testigos de la transacción.

Las tabletas de arcilla a veces portan sellos *kunuku* —de las partes, testigos o autoridad— y en ocasiones se «firman» por una incisión con la uña en la arcilla blanda (*supru*) o imprimiendo la franja del vestido (*sissik-tu*). Las tabletas se conservan en un estuche de arcilla a modo de «sobre» en cuya cubierta se reproduce el texto de suerte que de su contenido existe una «copia» (si se rompe la cubierta todavía se conserva dentro la tableta).

Las tabletas de arcilla se entregan al comprador en prueba de su derecho y éste las conservaría en su archivo (en una vasija generalmente). Existirían otras copias tales como las entregadas a la autoridad (registros públicos) y las que eventualmente conservara el vendedor.

En la Biblia, en Jeremías 32, se recogen las formalidades relativas a la compra de un campo por el profeta en los tiempos neobabilónicos (año 18 de Nabodonosor). En ese episodio bíblico, Yahvé dice al profeta: « He aquí que Janameel, hijo de Sellum, tu tío, vendrá a decirte: Cómprame el campo que tengo en Ananot, pues a tí te corresponde adquirirlo por razón de rescate». Aparece

aquí el retracto gentilicio de bienes troncales. La venta se hace por escrito: «Hice el contrato por escrito, lo sellé, tomé testigos y pesé la plata en la balanza y recibí el contrato de venta sellado y el acta de las estipulaciones abierta y se lo entregué todo a...en presencia de Janameel, mi primo, y de los testigos que habían firmado el contrato y de todos los judíos que se hallaban en el atrio de la guardia» (Jr. 32, 10-12). Y luego ordena Yahvé a Jeremías: «Toma esos documentos, ese contrato de venta, el sellado y el abierto, y mételos en un recipiente de barro cocido para que puedan conservarse largo tiempo. Porque así dice Yahvé de los ejércitos, Dios de Israel: Todavía se comprarán en esta tierra campos y viñas» (Jr. 32, 14-15).

Respecto a la eficacia de la forma documental no hay argumentos para defender que la tuviere constitutiva del negocio de venta —forma *dat esse rei*— por la sencilla razón de que no faltan documentos relativos a pleitos en que se admitió otros medios de prueba de los derechos sobre inmuebles, sobre todo, el testimonio de los testigos instrumentales, aunque sirviera la tablilla como medio privilegiado de prueba (57).

El juicio más citado y también el más estudiado, es el relativo a una pretensión de resolución de venta de inmueble por falta de pago del precio convenido. Se trata de un documento de la época de Ammiditana, uno de los últimos reyes de la dinastía de Hammurabi. La venta de una casa había sido solemnizada en tablilla sellada por la vendedora y en un acto realizado en presencia de testigos. Según parece, el documento indicaba que el precio había sido pagado. No obstante, la compradora pretendía lo contrario y reivindicaba la finca. Los jueces acordaron instar a la vendedora a que probara su derecho por testigos o mediante un título de crédito que acreditara el precio impagado, lo que ésta no pudo lograr perdiendo por ello juicio y casa.

La estructura más completa de un documento de la época que nos es conocida es la reconstruida por P. Steinkeller a partir de los contratos de venta de la III Dinastía de Ur y sería la siguiente:

(57) Vid sobre los efectos probatorios del documento en arcilla o «evidentiary purposes». Steinkeller, *Ur III sale documents*, op. cit., pág. 139. Ha demostrado convincentemente el carácter meramente probatorio del documento S. Greengus en *JAOS* 89 (1969), págs. 505-514 (las conclusiones referidas al contrato del matrimonio son válidas para la venta inmobiliaria) Puede verse también en G. BOYER, «Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien», *RIDA* 1953, págs. 54 y sigs.

1) Cuerpo del documento («Operative section»): que identifica la cosa vendida, el precio y las partes.

2) Cláusulas adicionales que incluyen otras tales como: la cláusula de «haber completado el pago del precio»; la cláusula de «haber completado la transacción» (es decir, las que recogen el hecho de que la transacción se ha consumado cuando el comprador ha tomado posesión de la cosa vendida contra entrega de su precio); cláusulas relativas a ciertos ritos o solemnidades (como la denominada *gish-gana...bala*); la cláusula de entrega; la cláusula de no oposición (el vendedor se desinteresa de la cosa vendida y se declara «lejos» de ella comprometiéndose a no reclamarla en lo futuro lo que se asegura mediante juramento por el rey o divinidad); la cláusula de evicción (si el comprador fuere privado de la cosa vendida por el *verus dominus* el vendedor le promete una indemnización o se somete a un castigo corporal); los juramentos promisorios; la relativa al peso del precio en plata por el funcionario que porta la balanza y las relativas a fecha y lugar de otorgamiento.

3) Las relativas a la intervención de testigos, escriba y funcionario público autorizante (las ventas son realizadas con permiso o por orden de una autoridad).

Los testigos lú-ki-inim-ma

Los testigos intervienen en notable número en las transacciones de inmuebles y aparecen designados con su nombre en los documentos.

El término *testtigo lú-ki-inim-ma* significa «persona que está presente en el acto» y son testigos los funcionarios públicos y otros llamados al efecto. Existen testigos del acto en sí y también de sus formalidades rituales como los testigos que acuden a la fiesta que celebra el comprador a sus expensas y donde «se come pan y bebe cerveza»; los que atestiguan la medición (*shiddatum*) del campo, etc...

Todo hace pensar que se buscarían testigos cualificados especialmente interesados en la venta: los de la localidad, los de mayor autoridad y probidad y, singularmente, los vecinos y colindantes y la familia del vendedor, titulares unos y otros de derechos de retracto o incluso, en el segundo caso, de derechos gentilicios (propiedad familiar colectiva).

En algunos documentos se habla de testigos del vendedor y testigos del comprador. Los propios dioses, invocados con juramento, son invitados a testimoniar el acto y a ser garantes del cumplimiento fiel de lo prometido.

Evidentemente, la función de los testigos es la de ser garantes del acto y en su caso poder testificar la realidad de la venta. En otros casos más que testigos, son titulares de derechos sobre la finca que comparecen para renunciar a ellos (es el caso típico de los familiares del vendedor).

Ceremonias rituales

La venta o transacción se rodea de solemnidades cargadas de simbolismo. Como acertadamente advierte Steinkeller refiriéndose a los documentos de Ur III aunque su apreciación es válida para toda la época objeto de examen: «the data in hand indicate that the Ur III sale was effected by the performance of certain ritual actions and the recitation of solemn declarations». Y luego añade: «The ritualistic character of transactions is a general feature of primitive law».

Ya hemos mencionado el festejo con que el vendedor celebra la adquisición agasajando a amigos y de paso granjeándose numerosos testigos que podrán declarar en el futuro sobre la realidad y legitimidad de la adquisición realizada. Compárese curiosamente con lo que dispone el Libro de los Fueros de Castilla, 203: «*Esto es por fuero: que (la) compra de heredad (se) debe probar con dos vecinos (de) derechos comportamientos y débeles dar a comer pan y vino*» (58).

El famoso Obelisco de Manishtushu registra con todo detalle en el lado C una transacción testimoniada por un gran número de personas: «52 hombres de Marda constituye el total de testigos del campo; 600 hombres comieron y bebieron pan y comida en Kazalu; 600 hombres un sólo día y otros seiscientos dos días consecutivos...».

En otros casos (y en todas las épocas objeto de estudio: paleobabilónica, especialmente, pero también presargónica —Adab y Nippur— y sargónica —Lagash—) tenemos documentada la venta solemnizada por un acto consistente en que el comprador arroje al suelo un bastón (bukkannu) lo que simboliza la toma de posesión por éste y la perfección de la venta y nos trae inmediatamente a la mente el papel desempeñado por la festuca romana en la reivindicación, o la misma festuca sálica arrojada como símbolo de renuncia de derechos (cfr. art. 46 de la ley Sálica, «Festucam in laisum jactare, rem alicui per festucam laesowerpire»).

Entre las cláusulas de los documentos de venta se destaca la llamada ì-bi zag (ab-) o de «ungir el lado de la casa» que recoge la constatación de la celebración del rito consistente en vertir aceite al objeto comprado para simbolizar la adquisición. El rito, al menos en los textos de Lagash, se realizaría por el vendedor o el pregonero, el primero tratándose de campos y el segundo cuando la venta de casas.

(58) Citado por JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, *Breviario de Derecho Germánico*, Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 106.

Especialmente interesantes son la confección y fijación de kudurrus y conos en las propiedades o en los templos y merecen mención aparte.

La proclamación pública. El heraldo-nigir

Celebrada la transacción, ésta sería exteriorizada de un modo público mediante edictos o proclamas. Entre los funcionarios intervinientes en los documentos de venta existentes desde el Período de Fara desempeñan un papel fundamental los «heraldos» (nigir) con una variada diversidad de títulos: el nigir-uru o nigir-sila, «pregonero de la ciudad»; el gal-nigir o «jefe de pregoneros». Todo indica que desempeñarían una función especializada y diferente de la de otros funcionarios en funciones notariales, registrales o de agrimensura, funciones complementarias porque sus titulares están citados en las fuentes conjuntamente.

El heraldo o pregonero se ocupa de la «proclamación» o «información», procedimiento que no era exclusivamente aplicable a las ventas de inmuebles./

Esta práctica está documentada en otras civilizaciones y tiene una completa regulación en las Leyes Asirias como veremos. La intervención del funcionario encargado de los pregones se acompaña en ocasiones de la de otro funcionario encargado de tareas de agrimensura y registro de transferencias.

La intervención del escriba agrimensor y la del escriba registrador

Advierten los eruditos la presencia en los documentos de venta de las más remotas épocas de funcionarios con diversos títulos encargados de tareas consistentes en la medición y fijación de lindes de los campos vendidos y de la publicidad de las transacciones. Entre estos funcionarios están documentados los GU.SUR.NUN, los ENGAR.US y el denominado SAG.DU. Estos funcionarios eran escribas (dub-sar) que aparecen mencionados en contextos relativos a la transmisión de inmuebles. A veces se constata en el documento la retribución de su función con «regalos».

Desgraciadamente, son muy pocos los datos relativos a los registros de transferencias inmobiliarias aunque de su existencia nadie duda. La misma evidencia arqueológica es concluyente: las excavaciones de Ur revelaron un edificio en ruinas llamado «el gran depósito de tabletas» (Sum. É-DUB-LAL-MAH), posiblemente uno de esos registros públicos.

La existencia de registros públicos donde se archivarían las tablillas que documentaban las transferencias inmobiliarias está perfectamente acredita-

da para una época posterior. Así, se nos ha conservado un epistolario del mismo Hammurabi (59) en el que se encuentran cartas dirigidas a altos funcionarios al cuidado de las tierras de dominio real concedidas en «feudo». Algunas de esas cartas se refieren a un registro de fincas. La carta n.15 de la colección está dirigida por el rey al alto funcionario real, Shamas-hâsi, r y en ella se le ordena poner fin a una usurpación de un beneficio territorial concedido a un tal Lipit-Ishtar. En ella se lee: «En la ausencia de Lipit-Ishtar, Lu-Ninshuburka, su compañero, hizo borrar el nombre de Lipit-Ishtar (de la tablilla) y luego puso su nombre al campo y lo hizo inscribir».

Es posible reconstruir el procedimiento administrativo de concesión de los derechos de explotación sobre las tierras dadas en «feudo» en el Derecho de Hammurabi. El beneficiario debe primero obtener del rey un título de concesión designado con el término general de kaniku o kaniktu (lit. «documento sellado»). Luego sería preciso la entrega del dominio al beneficiario (la entrega en posesión o nadâm): el beneficiario, provisto del título, debía dirigirse a las autoridades locales encargadas de darle posesión de la finca asignada; autoridades que incurrían a veces en retrasos de hasta ocho meses (carta n.1). La autoridad delimitaba la finca conforme al título de concesión y daba posesión de ella mediante un acto simbólico consistente en plantar una estaca (sikkata mahâsu). El campo entonces se dice en posesión (sibtu) del beneficiario que lo tiene «en su mano» (ina qâtishu bashu»). Las tablillas en que se hace constar la entrega de los campos se archivan en un registro público (carta n. 22 y n. 15).

Un poco después de la primera dinastía de Babilonia, en el período casita, la situación revelada por los kudurrus es sustancialmente similar en este punto —me refiero a la publicidad inmobiliaria— a la de épocas anteriores: en un texto hay referencia a la práctica de la proclamación oficial de la venta de tierras entre particulares al objeto de habilitar un plazo preclusivo para que terceras personas objetaran la licitud de la transmisión e hicieran valer su derechos (costumbre que también se conoce de la documentación conservada de las ciudades de Nuzi y Arrapkha donde se la denominaba «información»).

Compárese, en nuestro Derecho medieval con lo que dispone el Fuero de Cuenca ([capítulo XXXII, 4 (60)]): «Si alguien quiere

(59) Cf la traducción de Thureau-Dangin en *RA* XXI 1 y sigs.

(60) Citado por F. MESA en su trabajo arriba citado, pág. 999.

vender alguna cosa raíz, hágalo pregonar durante tres días... y si alguno de sus parientes quiere comprarlo, cómprelo por el precio caro que se dé de él. Transcurridos los tres días, véndase al que quiera».

Con todo, la información más completa del procedimiento de publicidad inmobiliaria se encuentra en las Leyes asirias [art. 6, tableta B según la traducción y comentario de Driver-Miles (61)].

El texto de referencia es clarificador y merece ser reproducido en su integridad (en la parte conservada):

«...(tomará) posesión por compra. Antes de que tome posesión del campo (y) de la casa por compra (si el campo o la casa están) dentro del término de la ciudad de Assur, él (el comprador) hará que el heraldo realice (allí) la proclama tres veces durante un mes completo; pero, (si están sitos) en el término de cualquier otra ciudad, hará que la proclama se realice (allí) tres veces en lo que hace a la adquisición pendiente de campo y casa diciendo: 'Voy a entrar en posesión por compra (del) campo y casa de tal, hijo de tal, dentro de los límites de esta ciudad'; que todos aquellos que pretendan tener algún derecho o pretensión a la posesión hagan valer sus títulos y los presenten delante de los registradores; que los presenten (sus títulos y) prueben su mejor derecho y (entonces) tomen posesión.

Aquellos que durante el mes completo (mientras) todavía hay tiempo para hacerlo sin falta, presenten sus tablillas delante de los registradores, (tal) persona será asegurada (en la posesión) de tal finca (y) tomará posesión (de ella).

Una vez realizada la proclama dentro del término de la ciudad de Assur, uno de los ministros cerca del rey, el escriba de la ciudad, el heraldo y el registrador real se sentarán en consejo (y en el caso) de cualquier (otra) ciudad en cuyo término hubiere de tomarse posesión de campo o ciudad, el alcalde (y) tres ancianos de la ciudad se sentarán en consejo; harán que el heraldo realice la proclama, harán escribir sus tablillas (y) las entregarán diciendo: 'Durante todo este mes completo el heraldo ha realizado la proclama en tres ocasiones. Aquel que no ha presentado su tablilla dentro de este mes completo delante de los registradores ha perdido todo derecho al campo y casa); los que han interesado la proclama del heraldo son libres de tomarlas (las tablillas)». Los jueces harán escribir tres copias de la proclama del heraldo, una de las cuales entregarán al registrador...».

(61) Vid. su libro: *Assyrian Laws*, 1935, págs. 311-320.

Aunque existen algunas dudas de interpretación (por ejemplo la aparente referencia a dos proclamaciones oficiales), parece claro el sentido del texto. El procedimiento varía ligeramente según donde radique la finca: la capital o «las provincias».

La proclamación oficial del propósito de venta tres jornadas consecutivas —los *tertiis nundinis* de las XII tablas y los pregones en día de fiesta o mercado de los fueros municipales (62)— es una invitación pública a que todo tercero que pretenda hacer valer mejor derecho sobre la finca cuya venta se propone, presente su título escrito (su tablilla) ante un consejo de magistrados de la ciudad. Dicho consejo se integra —en el caso de la ciudad de Assur, la capital— por el registrador (As. Kipûtu o qipûtu), el heraldo, un ministro del consejo real (lo que habla de la importancia concedida al evento) además del escriba de la ciudad posiblemente en funciones notariales (encargado de la redacción del documento y entrega de las copias). El consejo resuelve las reclamaciones que se presenten y según lo que proceda ordena otorgar los documentos de transferencia en los que se indica el cumplimiento de todas las formalidades. Como ocurriría en la *Gewere* del Derecho germánico, enajenante y adquirente efectuaban la investidura consistente en la desposesión del primero y la investidura del segundo, delante de los magistrados, obteniendo este último una posición inatacable.

Del documento de «investidura» se harían tres copias. Una de las copias se entrega al registrador, sin duda para su archivo en los registros públicos, y las otras copias se entregarían a los otros magistrados o como parece más probable al comprador y vendedor. La consecuencia del cumplimiento de todas las formalidades es clara: el adquirente adquiere de una manera firme e irrevocable purgando de defectos el título de su transmitente. Pesa sobre el que alegue tener derechos sobre la finca la carga de la oposición a la venta proyectada (algo semejante a lo que ocurre en nuestro Código, art. 615 C.C., a propósito del hallazgo de cosa mueble perdida por su dueño).

El valioso texto reseñado presenta tales paralelismos con los procedimientos de publicidad inmobiliaria existentes en las polis griegas según recoge el famoso texto de Teofrasto que nos conserva el *Florilegio* de Estobeo (*Floril. II* 166-8 xlvii 22) y que he estudiado en otro lugar, que es lícito preguntarnos si existió una recepción en Derecho griego. En mi opinión, no parece que la recepción sea la única explicación posible. De hecho, ordenamientos muy dispares como el indio (*Leyes de Kautiliya*, c. 300 a.C.)

(62) Cfr. por ejemplo el Fuero de Plasencia que estableció que quien quisiese vender una heredad «fágala pregonar por tres días en la ciudad» o el Fuero General de Navarra que dispuso el pregón, a toque de campana tres domingos consecutivos (Cap. XIV del tit. XII, del libro III del Fuero).

presentan sistemas muy similares al descrito y no es difícil advertir un lejano parentesco en el simbolismo de la *mancipatio* del Derecho romano.

Por lo demás, nuestro Derecho medieval nos suministra abundantísimos ejemplos en numerosos fueros municipales de sistemas similares de publicidad consistentes en la proclamación o «robración», en anuncios, pregones, «apellidos», alborques u otros medios para dar público conocimiento a las transacciones inmobiliarias y que son elementos típicos del Derecho germánico (63). Muy característica también es la intervención de consejos locales.

Kudurrus y clavos (la cláusula kag...dù)

Todas las formalidades cumplidas y los ritos debidamente realizados, todavía pareció necesario publicar la situación jurídica creada para que pueda ser conocida de todos los llamados a respetarla, de toda la comunidad política. Es evidente que las tablillas de arcilla que el comprador o el vendedor conservan en sus domicilios, no son sino soporte demasiado frágil; demasiado delicado... y poco «público». Tampoco bastan los ritos solemnes: la memoria colectiva de los actos y solemnidades realizados con ocasión de la venta no se perpetúa en la colectividad mucho tiempo; los testigos y vecinos antes o después fallecen. Es necesario arbitrar un mecanismo para que la posición jurídica del adquirente de la propiedad inmueble o del titular de un derecho sobre la misma quede a la vista de todos de una manera imperturbable, que venza al tiempo y sea resistente al fraude. Para ello nada mejor que la escritura monumental. Una vez adquirida la situación una forma fija que se gana con la redacción del documento escrito, es menester que alcance una segunda «inmovilización», la consistente en lograr su presencia inmutable (inalterable al paso del tiempo y al fraude) y a la vista de todos.

Desde que a principios de este siglo un erudito francés, E. Cuq, publicara un famoso artículo luego recogido en un también famoso libro —*Études sur le Droit Babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris, 1929— sobre ellos, los «kudurrus» han llamado la atención a los historiadores del Derecho antiguo como instrumento de publicidad inmobiliaria. En ambos casos se designa con el término «kudurru» a una piedra-límite, un mojón o millar.

Los kudurrus más conocidos —los estudiados por Cuq— datan de la

(63) Cf. E. DE HINOJOSA Y NAVEROS, *El elemento germánico en el Derecho español*, edición facsímil no venal de Marcial Pons, 1993, pág. 24.

época casita y post-casita y son piedras en forma ovoide o cónica en caliza negra, blanca o amarilla y de dimensiones variables. En la parte superior o en una de sus caras tales piedras llevaban grabados en varios registros, bajorrelieves de muy discutida interpretación, de naturaliza simbólica y mitológica que se correspondían con un texto repleto de imprecaciones y maldiciones divinas contra el que destruyere el monumento o contra «quienquiera que en lejanas épocas desconociere el derecho del adquirente».

No todos esos kudurrus se fijarían al suelo clavados en fincas y linderos, como corresponde a su etimología, sino que también, si no fundamentalmente, se depositaban en el templo. Efectivamente: es muy probable que los kudurrus «clásicos» casitas que se conservan en el Museo del Louvre y en el British Museum procedan del templo de Shamash en Sippar de donde se lo llevaron a Susa soldados elamitas invasores.

El propósito de la colocación del kudurru en un templo era doble: la finalidad publicitaria (dar a conocimiento la situación jurídica que se proclama en un lugar público y a la vista de toda la comunidad) y la consistente en impetrar la protección de los dioses, testigos garantes de la transacción y protectores del derecho del adquirente.

Los kudurrus «clásicos» normalmente reflejaban la donación de tierras por el rey a particulares y dejan traslucir un régimen de propiedad colectiva y tribal de tierras mal conocido y que en la opinión de los eruditos supone una cierta regresión histórica respecto a épocas anteriores en que se reconoció más cumplidamente cierta propiedad privada.

En tales piedras se immortaliza y sacraliza el tránsito, por la gracia real, de la propiedad colectiva a una suerte de propiedad privada del beneficiario.

Junto a esos kudurrus no faltan otros también llamados así y de épocas anteriores. Son los kudurrus *arcaicos* de forma distinta a aquéllos: losas de piedra de diversas formas (a veces en forma de animal) carentes aquí de esas maldiciones e imprecaciones presentes en los kudurrus posteriores y probablemente también depositadas en los templos o edificios públicos.

Los textos recogen en piedra el contenido de los documentos de venta en tablillas de arcilla de la época de los que serían copia «monumental». Todo parece indicar que el mismo acto o negocio se documentaba doblemente: en arcilla (en las tabletas y estuches que quedaban en posesión de compradores y también vendedores y autoridades públicas) y en piedra (el kudurru). Nuestros kudurrus pueden reflejar una o varias adquisiciones inmobiliarias entre particulares.

Nos vamos a detener en el aspecto publicitario de ciertas piedras cónicas llamadas «kag» en sumerio («sikkatum» en acádico) y en cierta ceremonia conocida por una fórmula que aparece en las tablillas de venta según la cual el vendedor (u otra persona o autoridad) «insertó el cono en la pared»: *N. kag-bi é-gar(-ra) bí/bi-du*. Tal ceremonia se acompaña en los textos de otra

consistente en «ungir de aceite el lado» y que simbolizaba la transferencia de la propiedad al adquirente.

El kag sumerio es en realidad una pieza cónica horadada por su eje de en torno a 60 mm de altura y 40 mm de diámetro atravesada por una estaca de madera (el «clavo» propiamente dicho). El cono se fijaba a la estaca con cuerdas o cintas de cuero y se insertaba —se clavaba literalmente— ceremonialmente a la pared o casa, o a la valla situada en la linde del campo en cuestión, dejando libre una parte expuesta al público cuya superficie grabada en cuneiforme reproducía el contenido del documento de venta recogido en la tablilla de arcilla que recogía la práctica de la ceremonia.

La ceremonia de «clavar el cono» se efectuaba por el vendedor principal o por un funcionario público (el heraldo) y se celebraba solemnemente acompañada de juramentos por el rey, de ritos como el del aceite, etc...

Que los clavos protegerían el título del comprador es claro de una cláusula de evicción de un documento que estipula que si el vendedor no es el verdadero propietario de la cosa vendida «con este clavo se le atravesará la boca».

Una aplicación práctica de la utilidad del rito está atestiguada en ciertos documentos elamitas de época contemporánea a la de Hammurabi y enteramente similar a los horoi de Atica para reflejar préstamos hipotecarios: en ciertos contratos de préstamos de cebada de Susa se nos dice que «sikkatum mahsat», «el cono fue clavado» por el acreedor en la casa, el campo o la huerta del deudor y hasta que éste pagara la deuda.

III. ANEXO

La Estela de Ushumbal (64) se conserva en el Museo Metropolitano de Nueva York y es antiquísima: data del Período Dinástico Antiguo I o II (2.900-2.600 a.C.). Los cuatro lados de la estela están cubiertos con representaciones de hombres y mujeres acompañados de inscripciones.

La escena «A» muestra un hombre con barba y pelo largo de pie y enfrente de una estructura urbana (¿un edificio público?). El individuo es el comprador y la leyenda le identifica como Ushumgal. Dicho sujeto ostenta el cargo de sacerdote de Shara (?) y sostiene un objeto que semeja una copa para libaciones, posiblemente para celebrar la adquisición en una fiesta ritual para solemnizar la venta de fincas (450 ikus de tierra localiza-

(64) Vid. A. PARROT, *AOF* 12 (1937-39), p. 319-324 y también en *Syria* 38 (1961) pág. 348; V.E. CRAWFORD, *Bulletin of the Metropolitan Museum of Art* 1960, pág. 245; GELB, STEINKELLER y WHITING, *Earliest Land Tenures systems*, op. cit., vol. I., pág. 43 y sigs.; STEINKELLER, *Sale document of the Ur III Period*, op. cit., págs. 238 y sigs.

dos en varias fincas) y ganado. Los nombres personales asociados a las fincas y ganado posiblemente representen a los vendedores y anteriores poseedores de las fincas, casas y animales adquiridos. El grabador ha tenido cuidado de representar el cono-kag hendido en la pared del edificio con una parte protuberante.

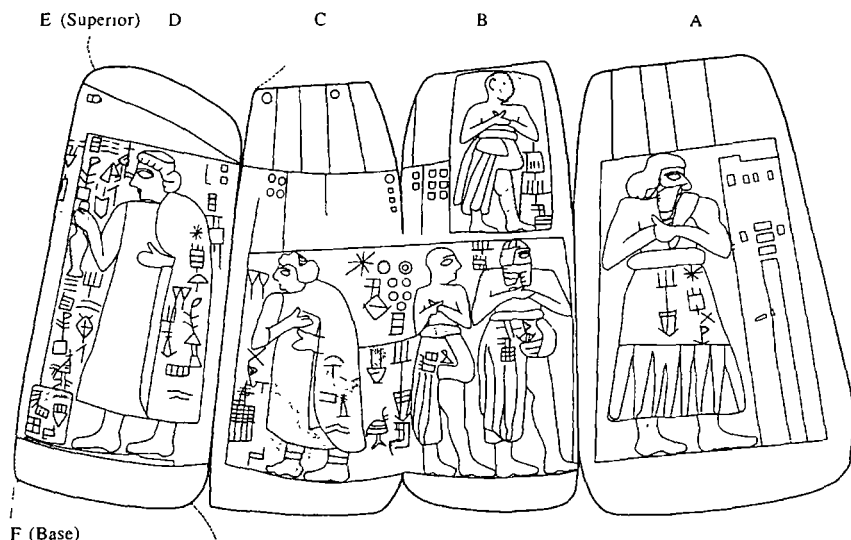
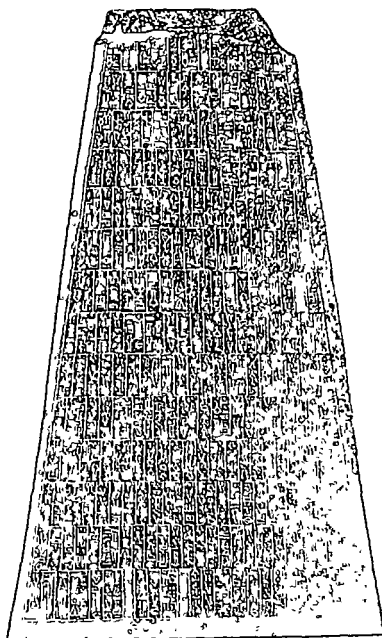


Fig. 1 La Estela de Ushumgal.

En el lado «D» se representa una figura femenina con copa y traje largo que se identifica como la hija de Ushumgal quien probablemente estuviere encargada de la preparación de la fiesta antes mencionada además de desempeñar el papel de testigo. La inscripción se completa con la transcripción de dos juramentos separados de dos sujetos y en relación a cierta finca denominada GILAGAB.

La cara «C» tiene un registro inferior en el que aparece una figura femenina identificada como «hija de Mesi» y cuyo papel se nos escapa.

La cara «B», por último, presenta dos registros. En el superior encontramos una figura menuda de un hombre calvo identificado como Ag, jefe de la asamblea. Debajo de su figura existen otras dos más: la primera, la de un individuo con barba, otra autoridad pública, pues ostenta el título de «superior de la asamblea». La otra figura es la de un heraldo mayor o pregonero (gal-nigir).



Cara D

Fig. 2 Cara «D» del Obelisco de Manishtushu.

Recogemos aquí la traducción propuesta en la obra tantas veces citada de Gelb, Steinkeller y Whiting.

Side D (= old Side B)

- (first three columns missing, here marked a, b, and c)
- | | | |
|---|-------------------------------|-------------------------------------|
| a | 1) [4(BÛR.GUNU) 4(BÛR) | [794 iku of land]; |
| | | 2(IKU) GÁN] |
| | 2) NÍG.SÁM-su] | [its price is] |
| | 3) [2646(GUR) 2(PI) 4(BÁN) SE | [2646.2.4 gsg of barley]; |
| | GUR SAG.GÁL] | |
| | 4) [NÍG.SAM] | [at the price of] |
| | 5) [1 GÍN KUG. BABBAR] | [1shekel of silver for] |
| | 6) [1 SE GUR.SAG.GÁL] | [1. gsg of barley], |
| b | 1) [KUG.BABBAR-su] | [its silver (equivalent) is] |
| | 2) [44 MA.NA 6 GÍN 2 MA.NA. | [2646± shekels of silver]; |
| | TUR KUG.BABBAR] | |
| | 3) [NÍG.SÁM GÁM] | [(this is) the price of the field]; |
| | 4) [17 GÚ 38±MA.NA SÍG] | [1058± pounds of wool]; |

- 5) [NÍG.SÁM] [at the price of]
 6) [1 GÍN KUG BABBAR] [1 shekel of silver for]
 7) [4 MA.NA SÍG] [4 pounds of wool],
 c 1) [KUG BABBAR-*si-in*] [its silver (equivalent) is]
 2) [4Ú SA MA NA 4 GÍN 2 MA
 NA.TUR KUG.BABBAR] [264æ shekels of silver],
 3) [NÍG.KI GAR GÁN] [(this is) the additional payment of the
 field];
 4) [1 *ki-li-lum* KUG.BABBAR] [1 silver wreath],
 5) [KI.LAL.BI x GÍN KUG
 BABBAR] [its weight is x shekels of silver],
 6) [1 TÚG.SU.DU₇.A.BAL] [(and) [TÚG.SU.DU₇.A.BAL cloth]
 7) [PN] [(for) PN]
 8) [DUMU DINGIR-GÁR] [son of I.],
 i 1) [DUMU] DUMU [*Da-tum*] [desce]ndant of D.;
 2) [1 *ki-li-lu*]m [1] silver 'wreath',
 KUG.BABBAR
 3) [KI].LAL.BI 'x' GÍN KUG.
 BABBAR its weight is 'x' shekels of silver,
 4) [1] TÚG.SU DU₇.A BAL (and) [1] TÚG.SU DU₇.A BAL cloth
 5) *Sag-gul-lum* (for) S.,
 6) '1' TÚG.SU.SÈ.GA [1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 7) [A]-*hu-mu-bi* (for) A ;
 8) [1] TÚG.SU.SÈ.GA [1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 9) *Pú-pú* (for) P.;
 10) [3 DU]MU *È-a-ra-bi* [(these are) so]ns of E ;
 11) [1] TÚG.SU.SÈ.GA [1] TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 ii 1) *Es₄-dar-al-su* (for) E.
 2) DUMU *Is-tu-tu* son of I ;
 3) 4 DUMU.DUMU *si A-pù-lum* (these are) 4 descendants of A ;
 4) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 5) *Is-má-DINGIR* (for) I ;
 6) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 7) *I-ri-DINGIR* (for) I.,
 8) DUB.SAR the scribe;
 9) 2 DUMU DINGIR-GÀR (these are) 2 sons of I.;
 10) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 11) *È-a-GÚ* (for) E.
 12) DUMU *Is-tu-tu* son of I.;
 iii 1) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 2) ARÁD-*zu-ni* (for) A.
 3) DUMU *La-mu-um* son of L.;
 4) 4 DUMU.DUMU *Da-tum* (these are) 4 descendants of D ,
 5) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 6) PÙ.SA-^d*Za-ba₄-ba₄* (for) P.
 7) DUMU *Mu-mu* son of M ,
 8) DUMU.DUMU *Ir-am-^d Ma-lik* descendant of I.;
 9) 1 TÚG.SU.SÈ.GA 1 TÚG.SU.SÈ.GA cloth
 10) *Nu-ra* (for) N.,
 11) GEMÉ.DINGIR the temple servant,

- | | | |
|----|---|--|
| | 12) DUMU.SAL PÚ.SA- <i>Nu-ni</i> | daughter of P., |
| | 13) DUMU.DUMU <i>Bu-um</i> | descendant of B., |
| iv | 1) MÁ.LAH ₄ | the boatman; |
| | (blank) | |
| | 2) Su. NIGÍN 2 <i>ki-li-lum</i> KUG
BABBAR | total of 2 silver wreaths, |
| | 3) SU NIGÍN 2 TÚG.SU.DU ₇ .A.
BAL | total of 2 TÚG.SU.DU ₇ .A.BAL cloths, |
| | 4) SU.NIGÍN 10 LAL 1 TÚG
SU.SÈ GA | total of 9 TÚG.SU.SÈ.GA cloths; |
| | 5) NÍG.BA GÁN | (this is) the gift of the field; |
| | 6) SU.NIGÍN 11 GURUS | total of 11 men, |
| | 7) <i>be-lu</i> GÁN | the "lords of the field," |
| | 8) KÚ KUG.BABBAR | the recipients of the silver; |
| | 9) 1 <i>Su-AD.MU</i> | 9 PNs, |
| | 10) DUMU <i>La-mu-um</i> | |
| | 11) 1 <i>l-da-tum</i> | |
| | 12) 1 <i>Su-ru-us-GI</i> | |
| | 13) 2 DUMU DINGIR- <i>su-GÁR</i> | |
| | 14) 1 <i>Zi-ra</i> | |
| v | 1) DUMU DINGIR- <i>dan</i> | |
| | 2) 1 <i>A-da-da</i> | |
| | 3) DUMU ⁴ KA- <i>Me-ir</i> | |
| | 4) 5 DUMU.DUMU <i>Da-tum</i> | |
| | 5) 1 <i>Su-Es₄-dar</i> | |
| | 6) DUMU ME- <i>Sá-lim</i> | |
| | 7) DUMU.DUMU KA-KA | |
| | 8) 1 DINGIR- <i>a-zu</i> | |
| | 9) DUMU <i>I-zu-GfD</i> | |
| | 10) 1 PÚ SA- <i>Il-la</i> | |
| | 11) DUMU <i>Ur-⁴Nin-kar</i> | |
| | 12) 2 DUMU.DUMU <i>A-pú-lum</i> | |
| | 13) 1 DINGIR- <i>ga-lí</i> | |
| | 14) DUMU <i>Í-lu-lu</i> | |
| | 15) DUMU DUMU <i>Ír-am-⁴Ma-lík</i> | |
| | (blank) | |
| vi | 1) Su.NIGÍN 10 LAL 2 GURUS | total of 9 men, |
| | 2) SES <i>be-lu</i> GÁN | the "brother-lords of the field"; |
| | (blank) | |
| | 3) GÁN.NINDÁ | the field's border |
| | 4) IM.MIR | to the north is |
| | 5) DUMU.DUMU <i>ku-ku</i> | (the property of) the descendants of K ; |
| | 6) GÁN.NINDÁ | the field's border |
| | 7) IM.U ₅ | to the south is |
| | 8) <i>sa-at Gu-lí-zí</i> | (the field?) of ox-drivers; |
| | 9) GÁN.NINDÁ | the field's border |
| | 10) IM KUR | to the east is |
| | 11) ME- <i>Sá-lim</i> | (the property of) M., |
| | 12) DUMU LUGAL | son of the king; |
| | 13) GÁN.NINDÁ | the field's border |

- | | | |
|-----|--|------------------------------------|
| | 14) IM.MAR.TU | to the west is |
| | 15) <i>Bar</i> ^{k1} | Bar; |
| | 16) <i>GÁn Ba-ra-az-EDIN</i> ^{k1} | (this is) the field of Baraz-EDIN, |
| vii | 1) <i>in kis</i> ^{k1} | (located) in Kish. |
| | (blank) | |
| | 2) 80 DUMU DUMU | 80 citizens of |
| | 3) <i>Kis</i> ^{k1} | Kish |
| | 4) <i>in Ga-za-lu</i> ^{k1} | in Kazalu |
| | 5) NINDA Í.KÚ | ate bread. |
| | (blank) | |
| | (vii 6 to xiv 16 = A x 22 to xvi 17 = 49 citizens of Akkade) | |
| | (blank) | |
| xiv | 17) <i>GÁn Ba-ra-az-EDIN</i> ^{k1} | Field of Baraz-EDIN, |
| | 18) <i>in Kis</i> ^{k1} | (located) in Kish, |
| | 19) <i>Ma-an-is-tu-su</i> | M, |
| | 20) LUGAL | king of |
| | 21) KIS | the totality |
| | 22) I SÁM | bought. |

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Sobre la publicidad inmobiliaria en la Grecia clásica según Teofrasto

INTRODUCCION

Hay tan pocos trabajos sobre los orígenes de la publicidad inmobiliaria en nuestra Patria (1) que cualquier nuevo estudio es de agradecer. A la publicación de este pequeño ensayo ha contribuido, en primer lugar, mi curiosidad histórica, pero también el deseo de hacer asequible al público no especializado una serie de estudios recientes sobre la materia. La metodología seguida ha sido la siguiente: comienza la presentación del texto de TEOFRASTO y de su traducción y luego de ésta se hace seguir un pequeño aparato crítico sobre los puntos, creo, son de mayor interés.

La elección del texto ha sido tarea fácil. De excepcional claridad, la excerta de la desaparecida obra de TEOFRASTO, conservada en otra muy posterior y helenística, nos ofrece un testimonio contemporáneo y singulárrimo sobre una materia en la que las otras fuentes —literarias y epigráficas— son tan escasas como controvertidas. Por otra parte, aunque tan importante texto era lugar habitual de cita de autores, no he llegado a encontrar, en español, traducción o comentario detallado. Para su traducción he seguido la clásica de DARESTE en su conocida obra del siglo pasado *Le Traité des Lois de Théophraste*, que he procurado verificar por helenistas amigos.

En cuanto al breve comentario crítico, he preferido poner énfasis en la claridad, evitando la confusión de la cita de textos epigráficos o literarios contradictorios o sobre cuya lectura o interpretación existe controversia. Sobre todo, he evitado, en la medida de lo posible, dejarme tentar por el sistema —o sistemas— registral helenístico del Egipto Ptolemaico y ello por dos motivos; porque su tratamiento puede encontrarse en otros lugares

(1) Muy meritorio el de nuestro compañero ANTONIO MORO SERRANO, «Los orígenes de la publicidad inmobiliaria», en *RCDI*, marzo-abril 1991, núm. 603, págs. 535 y sigs.

y en esta misma revista (2), y porque su somera exposición (si es que es posible una exposición más o menos sencilla, hurtando las enconadísimas discusiones científicas sobre la interpretación de los documentos conservados) sólo contribuiría a confundir al lector sobre lo que es el modesto propósito de este artículo: proporcionar la información suficiente para comprender el texto, objeto de breve análisis. La bibliografía examinada no es, obviamente, toda la existente, porque empieza a ser riquísima y de difícil obtención para no especialista. En nuestro idioma, prácticamente inexistente. Pido disculpas por las posibles malas interpretaciones que son culpa exclusiva de mi impericia. He procurado tener presente la más moderna doctrina, puesto que los estudios clásicos han sido en parte revolucionados por las brillantes contribuciones de PRINGSHEIM (y sus detractores), PRÉAUX y otros.

«Ciertas legislaciones quieren que las ventas sean proclamadas por un heraldo público y que sean anunciadas con varios días de antelación; otras exigen que éstas tengan lugar delante de un magistrado. Así, la Ley de Pittacos ordena que la venta sea realizada delante de un magistrado. Hay las que prescriben que la venta sea publicada en el sitio donde tiene su sede el magistrado durante al menos sesenta días, como en Atenas, y que el comprador pague la centésima parte del precio, para liberarse de todo aquél que venga a reclamar y a discutir su derecho, y que se sepa por el pago del precio cuál es el justo adquirente. En otras aún las ventas deben ser anunciadas durante cinco días consecutivos antes de ser confirmadas, al objeto de permitir a los interesados el tiempo de intervenir y de reclamar la propiedad o la casa...

Tales son las Leyes de Cyzique. Los Thurianos han suprimido todas estas formalidades y no publican las ventas en la plaza pública ni tampoco otros actos, pero obligan al vendedor y al adquirente a reunirse y dar a tres de los más próximos vecinos una pequeña pieza de moneda en memoria y testimonio de lo hecho. En el bien entendido que los magistrados en un caso y los vecinos en otros, deben ser tenidos por responsables si se niegan a recibir, o si reciben dos veces de la misma persona, o si, habiendo recibido, se niegan a indicar el nombre del comprador. Además, no conviene olvidar

(2) Puede verse, por todos, el trabajo pionero de RAMOS FOLQUÉS, «El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia», en *RCDI*, 1961, número del Centenario de la Ley Hipotecaria de 1861, págs. 317 y sigs., y el de WOLFF, «Control público de la legitimación de disposición en Egipto en la época ptolemaica-romana», en *RCDI*, 1962, págs. 290 y sigs. *Las conclusiones de estos trabajos, empero, no deben ser aceptadas sino críticamente*, pues existe ya una bibliografía riquísima, siendo las interpretaciones históricas y lingüísticas muy divergentes. A quien tenga interés, remito a C. PRÉAUX, *El mundo helenístico. Grecia y Oriente (323-146 a.C.)*, traducción por Labor, de la Nueva Clío, Barcelona, 1984. Allí encontrará información bibliográfica actualizada.

que los anuncios y proclamas y todo lo que concierne a las oposiciones, no son, en la mayor parte de los casos, sino expedientes empleados para remediar la ausencia de otra norma. En efecto, en todas partes donde está establecida la inscripción de las propiedades y de los contratos, es fácil saber por ella si los bienes son libres y sin cargas, y si el vendedor es realmente propietario porque el magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor.

Como quiera que a veces existen testafierros en las compras y las ventas, cuando alguien quiere enajenar sus bienes, conviene que existan normas sobre este particular. Hay en algunos pueblos donde existen previsiones para evitar este abuso, y al mismo tiempo para asegurar la publicidad del derecho de propiedad. Según estas normas, aquél que compra una casa debe sacrificar sobre el altar de Apolo que preside en su distrito, aquél que compra un campo debe sacrificar en la villa donde habita y jurar, delante del magistrado encargado de la inscripción y delante de tres habitantes de la villa, que él ha adquirido en justicia, sin fraude, ni simulación ni vicio de alguna clase. El vendedor debe jurar de la misma manera que él vende sin dolo. Quien no habitare en la villa, debe sacrificar y prestar juramento sobre el altar de Júpiter Agoraios. Los menesterosos pueden quedar libres del juramento con una ofrenda de perfumes. A falta de estas formalidades, el magistrado deniega la inscripción».

EL LICEO Y LA OBRA DE TEOFRASTO. LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA, MANIFESTACION DE LA KOINE JURIDICA

El texto cuyo estudio nos ocupa es un fragmento de una obra desaparecida de TEOFRASTO (ca. 372-288 a. de J.C.), el llamado «Tratado sobre las Leyes». Su conservación se debe al antologista del siglo V (d. de J.C.) JUAN ESTOBEO, que reunió en una famosa obra, *La Antología o Florilegio*, extractos de carácter educativo procedentes de toda la literatura griega, en especial, sentencias éticas. La autoría, a lo que se ve indiscutida, del discípulo de ARISTÓTELES no puede ser pasada por alto. Es precisamente TEOFRASTO, como escolarca del Liceo, quien sucede al Estagirita y quien continúa la gran obra compiladora del maestro. Todavía está por aclarar la exacta contribución del discípulo al *Corpus aristotelicum* (3), pero es sabido que, entre otras materias, se proyectó hacia el campo investigador de la Teoría aristotélica del Estado y de las constituciones de Grecia.

A diferencia de la Academia, preocupada principalmente por cuestiones

(3) Tomo los datos del *Diccionario de Filosofía*, de JOSÉ FERRATER MORA, Alianza Editorial, 5.ª reimpresión, Barcelona, 1986, voz «Teofrasto».

filosóficas a las que subordinó todas las demás tareas de investigación, el Liceo se caracterizó por ser un centro científico de las más diversas disciplinas. Otro importantísimo rasgo distinto fue la procedencia de muchos de los miembros de la escuela de los más diversos lugares de la Hélade. De aquí su preocupación por el comparatismo. Aunque en general era la escuela del Liceo, exquisitamente neutral en política, ello no impidió el progreso del estudio científico de la política orientado especialmente a la investigación histórica (muestra de ello es la gran empresa consistente en la recopilación de las ciento cincuenta y ocho constituciones griegas).

En este ambiente y marco de escuela, a la vez cosmopolita y enciclopédico, se sitúa la obra de TEOFRASTO a la que pertenece el fragmento.

El maestro —ARISTÓTELES— mostró su preocupación política en dos obras fundamentales: la Constitución de Atenas y la Política, esta última en ocho libros. En ella —Pol. VI 1321 b34, 1322 b34— al enumerar las funciones que debe desempeñar el Estado según la experiencia política, señala como magistratura especial aquella encargada del registro de los contratos privados y las resoluciones de los tribunales y en el resumen con que finaliza el capítulo y el libro no se olvida de mencionar el cargo del funcionario en el quinto lugar entre las seis primeras magistraturas políticas indispensables para el buen funcionamiento de un Estado (4). Esta información no se puede minimizar y es tanto más importante cuanto que, a lo que parece, por lo menos contemporáneamente, la polis ateniense carecía de una tal magistratura. Evidentemente, ARISTÓTELES no la había inventado y si señala al registrador como magistrado necesario del Estado es porque esta función estaba muy extendida entre las ciudades-estado de Grecia, si no de un modo universal, sí de un modo bastante generalizado.

En otro tiempo atribuido a ARISTÓTELES, el segundo libro de Económica nos muestra un antecedente lejano del registro en la Chios del siglo IV antes de Cristo (5). En el libro se nos narra cómo, en un momento de penuria, la ciudad se aprovechó de la ley que exigía la inscripción de las deudas para sustituirse en el lugar de los acreedores mediante la inscripción a su nombre de los créditos, para de este modo hacerse pagar el capital de los mismos a cambio del interés que la ciudad pagaría a los primitivos acree-

(4) Puede verse sobre esa magistratura (arkhé) encargada de hacer inscribir (anagrafesthai) los contratos y las resoluciones judiciales, STELLA GEORGIOUDI, *Manieres d'archivage et archives de cités*, en la obra bajo la dirección de MARCEL DETIENNE, «Les savoirs de l'écriture en Grèce Ancienne», en *Cahiers de Philologie*, Presses Universitaires de Lille, págs. 244 y sigs. También en LOUIS GERNET, «Sur l'obligation contractuelle dans la vente hellénique», en *Rev. Int. Dr. Ant.*, 1953, tomo II, págs. 234 y sigs.

(5) LOUIS GERNET, *op. cit.*, pág. 234.

dores. Existen todavía precedentes más antiguos: a mediados del siglo v a.C. una Ley de Halicarnaso nos habla del oficio público consistente en la conservación de actos inmobiliarios (6).

El sistema, algún sistema de publicidad/registro de ciertos negocios inmobiliarios es cuestión perteneciente a la Koiné jurídica del mundo helénico. Por ello no debemos dejarnos llevar por la aparente diversidad y heterogeneidad de los sistemas de publicidad existentes en la Grecia clásica. Ya en 1882 DARESTE, famoso historiador francés del Derecho griego, elaboró una lista de instituciones de publicidad o registrales (7). Hasta tal punto era costumbre la publicidad en el tráfico jurídico que se pactaba en las convenciones y tratados internacionales como nos muestra POLIBIO a propósito del primer tratado entre cartagineses y romanos (8). Por eso DION CRISÓSTOMO, retórico y filósofo cínico, y por ende, no especialista en Derecho, llamaba la atención sobre las operaciones que tienen lugar «en público» y respecto de las cuales el interesado «pone a la ciudad por testigo». El filósofo expresa la opinión pública de su tiempo común en la parte oriental del Imperio, según la cual los «registros de la ciudad» asegurarían una «validez» de tal suerte, añade el autor, «que no es desde luego posible invalidar sus efectos, ya se trate de una venta, de la liberación de una carga, de un préstamo o de una donación» (9). Otro ejemplo más de otro retórico —el pseudo-DEMÓSTENES— (10) ilustrará lo que digo: el orador trata en un momento de su discurso de probar que Protos es propietario de un barco de calidad. Desde el primer momento resulta ser su poseedor, sin embargo para el orador la cosa carece de especial trascendencia. La defensa de la propiedad de su cliente se funda en tres circunstancias, a saber: que es Protos quien ha comprado el barco; que la cosa está registrada en una oficina pública a su nombre (la aduana, en este caso) y, en fin, que el precio ha sido pagado. Esta convicción social se expresa en términos de mayor rigor

(6) LOUIS GERNET, *op. cit.*, pág. 236, nota 19

(7) BCH VI (1882), págs. 241 y sigs. También en *Nouv. Et. d'His. du Dr.*, págs. 105 y sigs.

(8) El texto está en Polibio, III, 22. Se trataría del primero (?) de los tratados romano-cartagineses. En él se prohibía a los romanos —salvo casos de fuerza mayor— navegar más allá del cabo Calón y toda operación mercantil permanente. En cuanto a los comerciantes de paso, se reconoce a las operaciones realizadas por vía de heraldo o por ante registrador, la «garantía pública» de sus deudas. Vid. LOUIS GERNET, *op. cit.*, págs. 229 y sigs. También en *The Cambridge Ancient History*, vol. VII, Part. 2, *The rise of Rome to 220 B.C.*, II edición, págs. 520 y sigs.

(9) Dion Chrys, 31, 50 y sigs. Cf. LOUIS GERNET, *Droit et société dans la Grèce Ancienne*, París, 1964, págs. 223 y sigs.

(10) C. Zenoth., XXXII, 18. Vid. JOSSE DEMEYERE, «Le contrat de vente en droit grec classique: les obligations des parties», en *Rev. Int. Dr. An.*, tomo II, 1953, pág. 216.

jurídico en un famoso pleito conservado en el Egipto de los Lágidas. Allí encontramos a un tal Hermias reivindicando la propiedad de una casa. Su abogado, en un momento del interesantísimo proceso minuciosamente estudiado por WILCKEN (11) alega la existencia de una ley según la cual «los contratos egipcios no inscritos en el Registro son sin valor». La expresión ἀχρησά ἐίναί parece indicar que los contratos no registrados no constituyen título hábil para hacer valer en juicio, un efecto, por cierto también típico de nuestro Derecho hipotecario histórico.

M. WILCKEN sugiere que la ley invocada en el proceso de Hermias es precisamente la de Ptolomeo Filométor; objeto de una preciosa circular ministerial remitida por un Registrador a un colega: «Paniskos a Ptolomeo, saludos. Hemos recibido la carta en la que nos pedías explicaciones sobre el nuevo sistema de registro de los contratos egipcios en (la región) de Peritebas. Me preguntabas, también, si como ordena Ariston, son los funcionarios locales quienes autorizan con su visto bueno los contratos y a partir de cuándo ha sido establecido el servicio. Por lo que se refiere a las formalidades, éstas serán cumplidas según las instrucciones de Ariston, quien ordena que se copie el contrato otorgado por el notario, que nos debe ser presentado; que se registre los nombres de las partes, la naturaleza del convenio, y, además del nombre de las partes, el nombre de sus padres; luego que extendamos una nota al pie del contrato probando haberlo registrado, en la que se indique la fecha de tal nota, la de la presentación y la del contrato mismo. La circular es de fecha primero (del mes) de hathyr. El registro ha funcionado desde el 9 de choiak. Te damos estos detalles para tu instrucción. Que estés bien. Año 36. Decimotercero de tybi».

TEORIA DE LA PERFECCION DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISION DOMINICAL EN TEOFRASTO

«El contrato de venta es perfecto en lo que concierne a la propiedad cuando el precio es pagado y son cumplidas las formalidades legales, como son la inscripción, el juramento o la convocatoria de los vecinos».

(11) U. WILCKEN, *Urkunden der Ptolemäerzeit*, núm. 162, col. IV, 11.14-15. Una referencia crítica en CLAIRE PREAUX, *L'Economie royale des Lagides*, Bruxelles, 1939, págs. 322 y sigs. También en el libro de esta última, *El mundo helenístico. Grecia y Oriente (323-146 a.C.)*, tomo II, Nueva Clio, trad. española de ed. Labor, Barcelona, 1984, págs. 364 y sigs.

El texto, cuyo comentario necesariamente breve nos ocupa, ha sido lugar común de cita de historiadores, filósofos y juristas de todos los tiempos. El mismo GROTIUS en su «*De jure belli ac pacis*», lib. II, c. 12,15 acudía en apoyo de su teoría iusnaturalista de los riesgos en la compraventa (*res perit domino*) a la indiscutible autoridad de nuestro autor. Tal atención está perfectamente justificada por la ausencia de otra complementaria información tan completa, fiable y extensa entre los autores griegos contemporáneos e incluso posteriores (helenísticos), y por la escasez y heterogeneidad de las fuentes epigráficas y papirológicas. Por lo demás, el fragmento parece no extrapolado y su contenido fiable sin que puedan menospreciarse los inconvenientes derivados del método filosófico-enciclopédico del autor en la composición de la obra.

El artículo 1.583 del Code Civil francés establece un sistema rigurosamente consensual en lo tocante al régimen de transmisión dominical. Separándose de la tradición romana y romanista —que tan trabajosamente había elaborado con materiales dispersos la teoría, nuestra teoría, del título y el modo— se prescribe que la venta sería perfecta desde la existencia de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no hubiese sido entregada ni el precio satisfecho. El Code ha querido señalar por la expresión «perfecta» que el contrato produce por sí mismo la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. En efecto, en el mismo texto se dispone que la propiedad se adquiere de derecho por el comprador del vendedor: la mutación jurídico-real deviene como efecto directo e inmediato del contrato, fuente de las obligaciones. La doctrina científica no pudo dejar de advertir la sustancial diferencia que existía entre este sistema y el romano, en donde, según el Código —de pactis, lib. II, tit. 3,20— «traditionibus et usucapionibus domina rerum, non pudis pactis transferentur». La insistencia de los textos romanos sobre la necesidad de tradición —sin perjuicio de admisión de formas más o menos ficticias y simbólicas— hizo pensar a la escuela francesa de Derecho griego del siglo XIX en la posibilidad de que los juristas romanos pretendieran de este modo reafirmar la singularidad del sistema propio frente a un pretendido sistema consensualista anterior griego, que sería el antecedente primero del francés. Y como no podía ser menos volvieron la atención al texto de TEOFRASTO.

Fue DARESTE el primero que en su *Tratado de las Leyes de Teofrasto* (12) expuso su interpretación consensual del sistema de transmisión dominical. Según dicho autor, «en Atenas, como entre nosotros hoy, la propiedad se transmitía por efecto de las obligaciones, es decir, por el solo consentimiento de las partes. Si la propiedad no pasaba al comprador sino

(12) En *Revue de Législation Ancienne et Moderne Française et Etrangère*, 1870-1871, págs. 262-294.

después del pago del precio, ello era en virtud de una convención tácita por la cual el vendedor se reservaba la propiedad hasta el pago». En una carta dirigida a CAILLEMER (13) completa esta opinión: «creo como usted que el contrato de venta en Atenas es puramente consensual y perfecto por el solo consentimiento; sólo he querido decir que la propiedad no se transfiere, incluso entre las partes, sino por el cumplimiento de las formalidades de publicidad». Para DARESTE el *anagraphe* griego correspondería a la «transcripción» en los registros de hipotecas francesas. Sin embargo, existiría la siguiente diferencia: en el Derecho francés la transcripción no es necesaria sino en relación a terceros, mientras que en Derecho griego las formalidades de publicidad eran consideradas como esenciales al contrato y la propiedad transmitida sólo tras su cumplimiento. La inscripción cumpliría una función constitutiva, curiosamente, en un sistema consensual.

CAILLEMER en su estudio *Le Contract de Vente à Athènes* (14), se separa de la tesis consensualista de DARESTE precisamente en lo que hace a la publicidad. Según este autor las diversas formas establecidas para la publicidad en la venta de inmuebles no son esenciales a la perfección del contrato. Cuando TEOFRASTO dice que «el contrato de venta es perfecto en lo que concierne a la propiedad cuando el precio es pagado y las formalidades legales son cumplidas, como son la inscripción, el juramento o la convocatoria de los vecinos», distingue entre la transmisión de la propiedad y la perfección del contrato. El autor coloca a la publicidad en un mismo lugar que el pago del precio y, según el autor, nadie ha pretendido que el pago del precio sea una condición esencial para la perfección del contrato. En consecuencia, habría que distinguir entre dos aspectos: el aspecto de las relaciones inter-partes y el de la transferencia *erga omnes* a «vis-à-vis des tiers». Entre las partes el contrato es perfecto por el solo consentimiento. Así ARISTÓTELES presenta la enajenación como resultado del solo hecho de la venta y, más explícito aún, POLLUX señala que el comprador de inmuebles del Estado tiene acción contra el tercero poseedor del inmueble (15), con lo que es evidente que no contempla la traditio para la transferencia dominical.

En cuanto al precio, la ley presumía que el vendedor tenía voluntad de transmitir la propiedad cuando le hubiera sido pagado el precio. Pero un derecho inmobiliario así, solo consensu, sólo sería oponible a tercero bajo reserva de cumplimiento de las formalidades legales prescritas por TEOFRAS-

(13) Carta de 9 de noviembre de 1871 citada en nota por CAILLEMER, en *Revue de Législation Ancienne et Moderne Française et Etrangère* 1870-1871, pág. 635.

(14) *Op cit*, págs. 631-671 del año 1870-1871, y págs. 5-41 en la revista del año 1873.

(15) *Onomasticon*, VIII, 59.

to para su publicidad. Y en cuanto a los muebles todo apuntaría a la ausencia de publicidad para su transmisión.

De igual opinión que CAILLEMER era BEAUCHET (16) para quien la transmisión de la propiedad no sería necesario recurrir al cumplimiento de formas o solemnidades de publicidad. Citaba el caso notable de una inscripción de MYLASA en la que se relata el acto por la cual un vendedor había, delante de testigos, entregado el inmueble a los representantes de la divinidad adquirente. La intervención de testigos y esa toma solemne y sacramental de posesión no serían sino requisitos para la oponibilidad *erga omnes* de la nueva titularidad dominical.

No procede aquí tratar de las discusiones que siguieron a propósito de temas tan controvertidos como la función del precio y de las arras en la transmisión de la propiedad y en la formación del contrato. Desde la famosa obra de F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale* (17), es generalmente admitido que en Derecho griego clásico la transmisión de la propiedad exigiría como *conditio sine qua non* el pago del precio. Cuestión más discutida es la referente a la perfección del contrato hasta el punto de que el vendedor estaría desprovisto de acción para reclamar el pago contra el comprador a crédito (18); para sus detractores —entre ellos, señaladamente, J. DEMEYERE— (19) habría que distinguir entre perfección del contrato (desde que exista acuerdo de voluntades sobre cosa y precio) y la transferencia de la propiedad que requeriría el pago del precio. Pero en lo que hace a la función de la publicidad inmobiliaria parece existir un cierto acuerdo en la doctrina (LIPSIUS, LOUIS GERNET, WEISS, PRINGSHEIM, DEMEYERE, HOETINK...): el cumplimiento de rigurosas, aunque diversas, según las polis, formas de publicidad sería requisito de la oponibilidad *erga omnes* de la adquisición de fincas (y, no tan claro, de esclavos) (20). Esta función se discierne claramente en el episodio del cuento de Chariton, tal como elegantemente cuenta PRINGSHEIM (21): en el caso de que el precio del esclavo haya sido pagado y la propiedad del mismo, en principio adquirida, el registro del contrato de venta permite barrer toda reivindicación de otros posibles adquirentes.

En un magnífico artículo sobre el testimonio en la Grecia y Roma

(16) *Histoire du droit privé de la république athénienne*. IV, pág. 105.

(17) *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950

(18) Una recensión del libro en LOUIS GERNET, «Le droit de la vente et la notion du contrat en Grèce d'après M. Pringsheim», en *Rev. Histor. de Dr. Franç. et Etr.*, 1951, págs. 573 y sigs.

(19) «La formation de la vente et le transfert de la propriété en droit grec classique», en *Rev. Int. Dr. Ant.*, I, 1952, págs. 215-266.

(20) Tan sólo Dareste —*ut supra*— defendía el carácter constitutivo de la inscripción para la transmisión de la propiedad *inter partes* y *erga omnes*

(21) *Op. cit.*, pág. 241.

arcaicas (22), PRINGSHEIM señala lo que debe entenderse por publicidad. A su juicio, la publicidad tiene una significación jurídica que se puede aprehender desde tres ángulos diferentes. En primer lugar, la publicidad se opone a clandestinidad, la publicidad puede limpiar el negocio de toda sospecha de fraude, de todo reproche de deshonestidad: la transmisión se produce a la luz de todos, a resguardo de toda sospecha de robo o delito. En segundo lugar, publicidad quiere decir publicación, comunicación o notificación, la publicidad puede suscitar las protestas de terceros interesados en el acto realizado, contra el cual pueden deducir oposición y en caso contrario, en ciertas condiciones, perder sus derechos. En fin, la publicidad puede significar para los que intervienen una cierta garantía o compromiso con la bondad del acto frente a la comunidad: los dioses, la asamblea del pueblo, los consejos locales, los testigos, la autoridad pública que recibe, controla o interviene en el acto, todos, de alguna manera son «fiadores» o garantes del éxito de la transmisión que se produce en su presencia y bajo su conocimiento.

Siempre ha existido «un principio de publicidad» en la Grecia clásica. Tanto da que las formas de publicidad hayan sido más o menos arcaicas, que la propia Atenas se haya rezagado en la creación de un registro público estatal cuando tal registro inmobiliario existía en muchas ciudades de la Hélade (23), recibiendo la institución coronación con la obra legislativa de los Lágidas en Egipto; la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es tan común en Derecho griego como ausente en Derecho romano.

Tanto el Derecho romano como el griego han superado la fase primitiva

(22) «Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque», en *Rev. Int. Dr. Ant.*, 1951, págs. 11-175

(23) V. KAHRSTEDT señala el año 403-402 a.C. como hito fundamental en la historia registral de Atenas: en ese año se crean «los archivos del Estado ateniense» (das athenische Staatsarchiv) en el Métrôon del Agora. Es más que dudoso, no obstante, que existiera un único archivo público en la Atenas clásica. Sin embargo, es cierto que el Métrôon desempeñaría un papel evidente en la conservación de los escritos públicos (*demósia o koina grámmata*) aunque no todos los documentos públicos, como nos confirman fuentes más tardías. Parece que la función del archivo central estaría reservada al depósito y guarda de las leyes y de los decretos, es decir, desempeñaría las veces de archivo del Consejo y de la Asamblea. A su lado existiría la costumbre de depositar los más diversos documentos en poder de magistrados e instituciones religiosas. Sobre todo esto, *in extenso*, en E. POSNER, *Archives in the Ancien World*, Cambridge, Mass., 1972, *passim*; KAHRSTEDT, «Untersuchungen zu athenischen Behörden», en *Klio*, 31, 1938, págs. 25-32, y STELLA GEORGOUDI, *op. cit.*, págs. 221 y sigs. Se ha afirmado reiteradas veces la originalidad negativa de Atenas que desconocería en época clásica la existencia de la publicidad registral en las transacciones inmobiliarias, tan común en otras ciudades de la Hélade (*vid.* sobre el particular LOUIS GERNET, *Sur l'obligation contractuelle...* *op. cit.*, pág. 241, y ALBERTO MAFFI, «Ecriture et pratique juridique dans la Grèce Classique», en *Les savoirs de l'écriture...* *op. cit.*, pág. 205).

del formalismo ritual (24), sin embargo se orientan por soluciones distintas. En Derecho romano las formas y solemnidades que rodean ciertos modos de transmisión (la *mancipatio*, la *in iure cessio*) no purgan al negocio transmisivo de los posibles vicios que le aquejen. *Nemo dat quod non habet*. Si el transmitente no fuere titular de los bienes adquiridos, el adquirente no deviene propietario porque en principio es contrario a Derecho romano todo sistema de adquisiciones *a non domino*. Para que el adquirente tenga una posición absolutamente inatacable es necesario que se le ponga en posesión de la cosa transmitida y que esa posesión se prolongue el tiempo suficiente para su adquisición por usucapión. Para probar esa posesión prolongada, según la regla del *usus auctoritas* de las Doce Tablas, son preciosos los testigos concurrentes a la *mancipatio*: ellos pueden dar testimonio de esa posesión, base material de la adquisición, y cuando con la evolución se exige *bona fides*, la presencia de ésta en el adquirente. Los testigos o las formalidades que intervienen en los modos de transmisión jamás garantizan en Derecho romano la propiedad al adquirente. Parece ser pacífica la opinión de que el Derecho romano, modelo para tantas cosas y ejemplo de todos los Derechos, ignoró un principio de publicidad inmueble.

Si del romano pasamos al Derecho griego clásico, observamos en primer lugar la ignorancia de la institución de la usucapión. En contra existen pruebas documentales y epigráficas que apuntan al reconocimiento del juego de la adquisición *a non domino*. En ciertas condiciones —cumplidas todas las rigurosas exigencias de publicidad— el adquirente de buena fe deviene *ipso iure* propietario de finca transmitida por quien no era verdadero titular. Esto explica la necesidad de rodear al negocio transmisivo de una exhaustiva publicidad que implica una auténtica proclamación a la comunidad, y en algunos una investidura solemne por autoridad o magistratura.

Desde otra perspectiva se nos presenta con toda claridad la diferencia entre el Derecho romano y el griego. En Derecho romano la posesión juega un papel fundamental en la transmisión y constitución de derechos reales. La *traditio* es uno de los elementos necesarios para la transmisión dominical, la posesión, con la protección pretoria de la *actio publiciana*, es *imago domini* la manifestación externa, y por ende pública, del dominio, la apariencia sensible de la propiedad. Sin embargo el Derecho griego no atribuyó especial significación a la posesión. El pago del precio en las compraventas era el requisito imprescindible para que el desplazamiento de propiedad

(24) Estas conclusiones sobre las diferencias entre el sistema romano de transmisión dominical y el griego son un resumen de las avanzadas por J. Demeyere, *La formation de la vente et le transfert* ., op. cit., págs. 253 y sigs., y PRINGSHEIM, *Le témoignage dans la Grèce* ., op. cit., págs. 173 y sigs.

operara. Y faltos de la publicidad que la posesión encierra y al objeto de proteger los derechos de terceros, se preocuparon por organizar sistemas más o menos perfectos de publicidad de las transmisiones, sistemas que abocaron a la más moderna organización registral de la Antigüedad, la egipcia de los Ptolomeos.

El éxito de la publicidad inmueble en Grecia es una manifestación más del espíritu griego: como con acierto señalara VINOGRADOFF (25), en el Derecho griego se produce una sorprendente combinación del «más completo desenvolvimiento de la iniciativa privada y la libertad de decisión con la constante intervención del Estado». La transferencia inmobiliaria implica una vocación a la colectividad de los ciudadanos integrados en las *polis* y la exigencia de la «cooperación de la ciudad o del Estado». El Estado actúa junto con la colectividad como garante de la bondad y firmeza de la adquisición. En ciudades como en Rodas o en Alejandría existen suficientes pruebas de la importancia decisiva del aspecto fiscal en toda esta cuestión. La publicidad es una garantía de que las transferencias serán conocidas de la Administración que puede por ello percibir el impuesto indirecto sobre las transmisiones y además obtener una base catastral de la propiedad inmueble para una más eficaz actuación del Estado en todos los órdenes (el recaudador, por supuesto). A su vez, el impuesto se justifica como «contra-prestación» de la función pública garantizadora de la adquisición debidamente formalizada. Y junto a esta finalidad pública, los particulares obtienen la certeza de las relaciones jurídico-inmobiliarias.

LA KATAGRAFE Y LA ANAGRAFE. SISTEMAS DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

El texto de TEOFRASTO es claro en lo que hace a los dos puntos sustanciales de la teoría de la publicidad inmueble en Derecho griego:

1. Que, no obstante, la diversidad de las formalidades, existe una misma función de publicidad. El elemento que reviste de autoridad pública las convenciones privadas de manera que sean oponibles *erga omnes* es la *Katagrafé*.

2. Que, en aquellas legislaciones es donde es conocida la inscripción en Registros públicos, la *Anagrafé*, sobran los demás sistemas de publicidad, al ser éste el más perfecto.

La venta de los inmuebles puede ser oponible a los terceros, merced a la *Katagrafé*. Los efectos y la naturaleza de la *Katagrafé* son objeto de

(25) *Outlines of Historical Jurisprudence*, II, pág. 264.

numerosos estudios que han llegado a conclusiones diversas. Esto en parte se explica por la penuria y la heterogeneidad de nuestras fuentes. En el IV Congreso Internacional de Papirología, M. E. SCHÖNBAUER (26) califica las teorías modernas sobre la naturaleza de la *Katagrafé* en tres grupos: la *théorie diplomatique*, según la cual la *Katagrafé* es el instrumento mismo de venta, que por sola voluntad de las partes puede hacerse valer a terceros, con lo que la *Katagrafé* es cuestión de Derecho privado; la *théorie de l'enregistrement* que asimila la *Katagrafé* a la conservación del título del comprador en un registro público; y, en fin, la *théorie du protocole*, según la cual por la *Katagrafé* la venta se inserta en el Derecho público, revistiéndola de una autoridad que la hace oponible a todos, y si la *Katagrafé* es esa operación que, frente a terceros, consagra en el nombre del rey la convención privada, el impuesto que grava las transmisiones es desde entonces la consecuencia de ese servicio real.

No vamos a discutir la bondad de estas teorías (27). Bástenos saber que los griegos llegaron a un notable grado de abstracción teórico al descubrir en la diversidad de procedimientos de publicidad, una unicidad de propósito y de función. Por eso TEOFRASTO señala claramente que «el contrato de venta es perfecto en lo que concierne a la propiedad desde que se paga el precio y se cumplen las formalidades legales, tales como la inscripción, el juramento o la apelación a los vecinos». Por eso los textos legales y epigráficos son elocuentes al poner en el mismo plano diversos sistemas más o menos primitivos. Ya hemos visto cómo el Tratado entre romanos y cartagineses que nos conserva POLIBIO pone en la misma situación la publicidad de heraldos y la intervención del funcionario registrador. En Delos, por ejemplo, la situación es muy similar: las adjudicaciones de dominios sacros deben ser publicadas por heraldos, mientras que las deudas y las garantías eran objeto de una doble duplicidad: inscripción y publicación en piedra. De hecho, como veremos, es característico del Derecho griego la doble operación, designada por el mismo verbo: anágrafo («inscribir») es tanto registrar un documento en un archivo público como su transcripción en una estela de piedra u otro soporte durable para su exposición al público.

Y es que el mundo griego conoció una diversidad de medios o «formalidades» para publicar las transmisiones de inmuebles. Tenemos en primer lugar el sistema de la *prokrisis* o publicación-proclama. Mediante edictos, proclamas o heraldos públicos se hace saber a la comunidad o *polis* la celebración de un acto o negocio inmobiliario. Ya hemos señalado a lo

(26) «Zur Frage des Liegenschaftserwerbes im Altertume: das Recht der Katagrafe», en *Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia*, 1936, págs. 435-468.

(27) Una bibliografía sobre el tema en C. PRÉAUX, *L'économie royale des Lagides*, op. cit., pág. 325.

largo de este texto algunos ejemplos. TEOFRASTO, como buen doxógrafo, trae aquí a colación una autoridad: uno de los «Siete sabios de Grecia», PITACO DE MITILENE, quien habría decretado la intervención de autoridad o magistrado público en las ventas. La función de la magistratura, funcionario público es harto diversa según las ciudades: testigos cualificados, recaudadores de contribuciones o impuestos sobre las ventas, registradores y notarios depositarios de documentos públicos...

De los testigos y su función en Derecho griego se ha ocupado PRINGSHEIM en un brillante artículo (28). En los orígenes no debieron existir testigos privados. En la *Iliada* los dioses son los mejores garantes de las convenciones. Los dioses del olimpo homérico intervienen como «vigilantes», «guardianes de los juramentos», «árbitros y garantes»... Su invocación o conjuro permite mediante su intervención sellar solemnemente una transacción de la que, de alguna manera, la divinidad se convierte en fiadora y el incumplimiento, un sacrilegio. Luego serán los testigos privados, ciudadanos de la *polis*, quienes, invitados a participar activamente en las transacciones y empleándose ellos mismos en el negocio, garantizarán su ejecución. Su intervención no se reduce a suministrar prueba de la celebración de un acto y de la ausencia de vicio o violencia en los contrayentes. TEOFRASTO no deja lugar a dudas sobre la responsabilidad de los vecinos-testigos que cooperan a la compra de fincas en Thurii y reciben una pequeña pieza de plata y análoga función parece existir en el Derecho municipal de Alejandría. Los vecinos deben ser considerados responsables cuando se niegan a aceptar la moneda (y prestar testimonio) o cometen fraude, testimoniando en doble venta o falso testimonio contra el comprador verdadero. Existe el deber de estar dispuesto a testificar en interés del comprador. Aparentemente la moneda no es como en otros sistemas un símbolo de obligación con el vendedor. Es relativamente frecuente en el Derecho griego la presencia de jueces o magistrados como asistentes o participantes, testigos cualificados, en actos jurídicos prestando con su testimonio garantía de su ejecución y correcta celebración con arreglo a las leyes y formalidades prescritas.

Atenas carecía de un sistema de registro de contratos, al menos en la época clásica, pero la publicidad inmueble se articulaba merced *al sistema de la «prografe»*: la comunicación mediante anuncios expuestos en lugares públicos, un plazo necesario de antelación (seis días y no sesenta como corrigen los historiadores) (29). Y ello además de la necesidad de formalización

(28) *Ut supra*

(29) Esta corrección, propuesta por SCHWAHN en «Des Hauskauf in Athen», en *Hermes*, LXIX (1934), pág. 120, tiene apoyo en un texto de PLAUTO (en su obra *Trinismus*): Lesbonikos ha hecho publicar la venta de la casa paterna durante la ausencia de Kallikles durante seis —y no sesenta días—, y tal espacio de tiempo ha bastado para cumplir las formalidades. En el Egipto ptolemaico parece que también se contempló un

ante magistrado y el pago por el comprador de la centésima del precio. PARTSCH ha deducido que la finalidad de los plazos no es otra que permitir al propietario real deducir las reclamaciones contra la validez del acto a celebrar (30). De lo contrario caducaría su derecho y purificaría la adquisición realizada por el comprador de quien no era verdadero propietario.

El sistema más perfecto de publicidad inmueble es el consistente en la inscripción o «anagrafé». En realidad, esta operación —del verbo «anagrafo»— expresa dos realidades distintas. En dos capítulos sustanciales de su obra *Griechisches Privatrecht* (31), E. WEISS ha estudiado estos dos órdenes de prácticas que él refiere a los que denomina «principio de publicidad» (Publizitätsprinzip) y «de archivo» (Archivwesen). La inscripción-publicidad es aquella operación que consiste en la proclamación mediante la exposición de lo escrito, en hacer público y conocido de todos un derecho real inmobiliario: «la inscripción garantiza la adquisición de la propiedad y puede en principio garantizarla *erga omnes*: ella (la inscripción-publicidad) es una prolongación, la consagración o el sustituto de esos procedimientos de publicidad que nos da a conocer TEOFRASTO en sus formas elementales —y persistentes— que él menciona junto a aquélla». La inscripción-archivo consiste en la conservación por una oficina o magistratura más o menos especializada de los documentos que contienen transferencias inmobiliarias. Ambas formas de *anagrafé* utilizan materiales distintos: la inscripción-publicidad se sirve de la piedra o estela generalmente expuesta en un lugar señalado al efecto (en templo o recinto sacro, por su condición de lugar sagrado para obtener la protección de los dioses que de esta manera se invocan; en el *ágora* o plaza pública para que su contenido sea conocido de todos los ciudadanos de la *polis*; en el campo o fundo afectado para así publicar la carga o servidumbre real de una manera aparente y sensible, como es el caso notorio de los mojones hipotecarios —*oroi*— de Atica) (32). La inscripción-archivo utiliza las tablas o tablillas o el pergamino (de suerte que lo que se archive sea el propio instrumento original de transmisión, una

plazo de seis días para la publicación por vía de proclamas de las ventas de tierras del dominio real (Pap. Trasl. Inv. 297).

(30) *Festschrift für O. Lenel*, pág. 101.

(31) *Griechisches Privatrecht*, Leipzig, 1928, págs. 394 y sigs.

(32) Como es sabido, en Atenas y ciudades de su entorno era costumbre la colocación de mojones —*oroi*— sobre la finca hipotecada para advertir de su condición de gravada. Sin embargo, no constituyeron un «sistema de publicidad» propiamente dicho ni garantizaron, a lo que parece, la eficacia constitutiva o la publicidad *erga omnes*. Vid. por todos, RAMOS FOLQUÉS, «Los mojones del Atica o la publicidad hipotecaria en el siglo IV antes de Jesucristo», en *RCDI*, julio-agosto de 1949, núms. 254-255, págs. 417 y sigs. Por lo demás, se engañaría quien creyere que es la primera suerte de publicidad de la historia: la publicidad mediante colocación de hitos era conocida y practicable por babilonios (los «kudurrus» Kasitas) y egipcios (las estelas con este propósito).

copia de él, o que el instrumento propiamente dicho se confeccione con la intervención del funcionario encargado de su custodia). Parece históricamente demostrado que la inscripción-publicidad es anterior en el tiempo a la inscripción-archivo, aunque, luego amparadas por una misma denominación, felizmente convergen con el paso de los tiempos.

Según MARCEL DETIENNE (33), ya para el año 600 a.C., la publicidad no es una idea nueva. «En su doble acepción de realidad que pertenece a la colectividad, y en su cualidad de lo que se tiene por público, es un dato constitutivo del Estado-ciudad». Entre los años 650-600, la escritura es un gesto político del cual son conscientes los propios legisladores que en seguida se aprestan a publicar las leyes y decretos. De aquí que la redacción por escrito y la exposición pública de las leyes de Atenas sea, en el programa político de SOLÓN, una acción homóloga a la de liberación de la tierra de las cargas y a los hombres de la esclavitud. Y es lógico que pronto, al lado de esa publicidad «mayor», surjan formas «menores» de publicidad: la de los matrimonios, de la presentación de ciudadanos a las *phratias*... de las ventas y negocios sobre inmuebles. En la mayor parte de las ciudades, la función de publicidad de decretos y actos jurídicos que se quieren públicos se logra mediante su exposición en uno o dos santuarios, bajo la protección de la deidad titular. En Mileto, Apolo ocupa el primer rango y su santuario, el Delfinion, reúne los tratados con otras ciudades, los decretos honoríficos, los decretos atribuyendo derecho de ciudadanía, las leyes sagradas... En Argos, el santuario de Apolo Lykeios recibe los decretos que atribuyen ciudadanía a benefactores extranjeros. En Efeso (34), bajo la advocación de Artemisa, en su templo, se publicaban las transacciones y participaciones inmobiliarias, debiendo cuidar los pontífices de que el archivero tuviera una copia del anuncio para comunicarlo a cualquier persona que tuviere interés.

Posiblemente, el origen del oficio u oficina pública de archivo de los contratos (*khreofulakion*), que pronto se extiende en Grecia, sea la costumbre de depositar una copia del contrato, debidamente firmado por las partes y testigos y sellado, en poder de un tercero imparcial en quien las partes ponen su confianza (*pistis*), práctica que nos relata DEMÓSTENES (35). De esta manera el contrato no puede ser alterado, «haciendo fe» de lo convenido. A partir de entonces el documento no puede ser reiterado unilateralmente sin el consentimiento de la otra parte. Para hacer valer el contrato

(33) «L'espace de la publicité: ses opérateurs intellectuels dans la cité», en *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, op. cit., págs. 37 y sigs.

(34) MORELL Y TERRY en su clásico *Legislación hipotecaria*, tomo I, 2.^a ed., pág. 51, notas 2 y 3. tomó ésta con otras referencias de las obras de DARESTE —véase *supra*—, y desde entonces son lugar común de cita.

(35) Demóstenes XXXIII, *Contra Apatourios*, 36 También en Isócrates XVII, págs. 19-23.

ante los Tribunales es necesario solicitar la autorización de la contraparte (*próklesis*) para que el depositario haga entrega del mismo a quien deba dar lectura en juicio. Pues bien, si el depósito del contrato en posesión de tercero inspira a las partes confianza, esta *pistis* deviene más sólida y permanente cuando el encargado de guardar los contratos es un servicio de la ciudad, y el documento se encuentra bajo la salvaguarda pública (*demo-sía pistis*). Por doquier surgen en todo el dominio cultural griego magistraturas encargadas de la custodia y archivo (*phulaké*) de los documentos o escritos originales (*grámmata*) y de la producción de copias. Incluso en Atenas, y ciudades bajo su influencia, siempre tan reticente a la inscripción y archivo, surge la costumbre de depositar los documentos en poder de un tercero que resulta ser un magistrado, pero que actúa a título gracioso y no desempeñando una magistratura regular.

Un ejemplo de la práctica de registro de documentos bastará y éste de una inscripción helenística de Paros recentísimamente publicada por WORRLE (36). Las copias de los documentos en original se venía realizando en los archivos del santuario de Pythion. Parece que ciertos de estos documentos se habían encontrado falsificados o dañados. Para no correr el riesgo de la guarda de un ejemplar único, la ciudad de Paros decidió hacer copias de los *grámmata* en rollos de papiro. Responsables de esta operación, los *mnémones* tendrían la obligación de entregar cada vez las copias a los *arkontes*, que a su vez las entregarían a los *apodektes*, una suerte de Registrador, que depositaba las copias, en presencia de los *arkontes* en los archivos del santuario de Hestia, donde las guardaba en un cofre. El acceso al archivo era público y se establecía un procedimiento detallado para el examen de las diferencias entre el original y las copias.

En algunas ocasiones, los documentos serían redactados directamente por el funcionario encargado del archivo u otro funcionario público y, si hemos de creer el testimonio de CICERÓN (37), parece que los funcionarios del archivo ejercerían una especie de derecho de examen para su custodia.

Como señala LOUIS GERNET (38), si puede distinguirse entre un «principio de publicidad» (*Publizitätsprinzip*) y el «Archivwesen», es decir: «entre

(36) W. LAMBRINOUDAKIS-M. WÖRLE, «Ein hellenistisches über das öffentliche Urkundenwesen von Paros», en *Cheiron* 13, 1983, págs. 283-368.

(37) Pro Flacco, 30; citado por URSICINO ALVAREZ, «Los orígenes de la contratación escrita», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, Madrid, 1948, págs. 60 y sigs.

(38) *L'obligation contractuelle...*, op. cit., pág. 235.

la garantía pública de los derechos reales en materia inmobiliaria y la conservación de los documentos que interesan a los contratantes, es evidente que ambas nociones convergen: el nombre *anagrafé* se aplica tanto a la una como a la otra». Es más: numerosas inscripciones terminan en efecto por una doble orden: se prescribe, por una parte, la transcripción en una estela de piedra u otro material duradero para su exposición pública, y, de otra, el archivo en un registro público.

TEOFRASTO concibe el sistema de *anagrafé* como el más perfecto y completo de los sistemas de publicidad inmueble. Mediante la inscripción, el comprador puede saber en todo momento si la cosa pertenece a quien dice ser su propietario y si está libre de cargas. Es interesante remarcar que el autor habla de dos tipos de registros: «el registro de propiedades» y «el registro de contratos». Sobre el «registro de propiedades» existen dos líneas de opinión: la de aquellos autores que sostienen estaría organizado por el sistema del folio-real (registro por fincas o *registre foncier*) (39) y las de los otros que defienden su organización por personas o folio-personal (40). Es imposible decidirse por una u otra solución, dado nuestro estado actual de conocimientos. Y es más que probable que las soluciones fueran diversas según las ciudades. En cuanto al «registro de contratos» posiblemente se trate de esas listas públicas de actos y transacciones inmobiliarias ordenadas cronológicamente como la que nos conserva la famosa inscripción de Tenos [se trata de cuarenta y seis extractos de inscripciones de la isla, fechadas entre el año 267 y el 334 a.C. y que pueden verse publicadas en IG XII (5),872].

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

(39) HOFMANN, *Beitrage zur Geschichte der griechischen und römischen Rechts*, pág. 95; BEAUCHET, *op. cit.*, III, pág. 320; SCHÖNBAUER, *Beitrage zur Geschichte des Liegenschaftsrecht*, pág. 128.

(40) KUNKEL, según cita de J. DEMEYERE, *La formation de la vente...*, *op. cit.*, pág. 265.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones alternativas, con elección atribuida al acreedor

SUMARIO: 1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.—2. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL ACREEDOR.—3. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL DEUDOR.

1. NOCIONES INTRODUCTORIAS

Aunque en las obligaciones alternativas la elección de la prestación a ejecutar corresponde normalmente al deudor, puede estar también atribuida al acreedor cuando así lo hayan dispuesto las partes o resulte de las circunstancias del vínculo. Como dice el artículo 1.132 del Código Civil, «la elección corresponde al deudor a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor», precepto que debe interpretarse con las cautelas y previsiones pertinentes y que excluye, desde luego, la necesidad de que el «expresamente» se entienda en su estricta literalidad, ya que, como bien dice ALBALADEJO, basta con que utilizando los medios normales de interpretación se puede averiguar con seguridad que hubo efectivamente voluntad de que eligiese al acreedor (1).

Como se trata de una materia que no plantea mayores problemas, con la mención de la misma en el artículo 1.132 hubiera bastado, tal como ocurre en la generalidad de los Códigos Civiles. Curiosamente, empero, el codificador español, que tan parca, fragmentaria y conflictivamente ha contemplado la variedad obligatoria que nos ocupa, se sintió compelido a reproducir la norma en el poco afortunado párrafo primero del ar-

(1) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XV-2, Madrid, 1983, págs. 155-156.

título 1.136, a cuyo tenor «cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor».

El precepto es de escasa utilidad y conveniencia, no sólo por el carácter reiterativo del mismo, en un punto, además, como el de la concesión expresa que, sabido es, hay que entender con toda ponderación y laxitud, sino porque incluye unas precisiones de dudosa oportunidad y rigor, no resolviendo ningún problema en la esfera de la alternatividad prestacional y sí, en cambio, contribuyendo a generar algún equívoco o malentendido.

En efecto, la frase «la obligación cesará de ser alternativa» no tiene justificación dogmática y encierra un sensible desconocimiento de la sustancia de la alternatividad. Cuando tiene lugar la elección de la prestación a ejecutar por uno u otro de los sujetos de la relación obligatoria, lo mismo que cuando resultan imposibles todas las prestaciones debidas menos una, a pesar de que es frecuente que las normas civiles hablen de conversión de la obligación alternativa en simple (*ad exemplum*, art. 1.193 del *Code* o art. 1.289 del *Codice*), lo cierto es que no tiene lugar transmutación alguna ni se produce ningún cambio de naturaleza, porque la originaria conducción de alternativa continuará afectando, con una u otra incidencia, al vínculo nacido de esa manera hasta el momento mismo de su extinción.

Si así no fuera, difícilmente tendrían sentido las reglas que estamos considerando en relación a las diversas situaciones en que pueden encontrarse las obligaciones alternativas. Es por ello que aunque en diversos supuestos pueda hablarse de que la obligación alternativa se conforma o se considera como simple, conviene excluir la idea de conversión o cambio de la *substantia iuris* del vínculo porque la misma encierra una patente incorrección dogmática.

Parecida equivocación se padece cuando, tal como hace el artículo 1.136 de nuestro Código Civil, se dice que la obligación «cesará» de ser alternativa porque, en realidad, no existe tal cese, como se encarga de constatar el resto del contenido de dicho precepto en las distintas hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación que contempla, correspondiendo la elección al acreedor; y no existe semejante cese porque la naturaleza de una obligación no es algo que se adquiera y se pierda en función de determinadas contingencias, sino que constituye una caracterización que, con una u otra fuerza, acompaña al vínculo desde el nacimiento a la extinción. Algo, pues, que impide aceptar literalmente la afirmación de ALBALADEJO de que «acaba la especialidad de la obligación alternativa desde que se efectúe la concentración, bien por medio de la elección, bien por cualquier otro procedimiento» (2).

(2) *Ibid.*, pág. 183.

Resulta también innecesaria y conflictiva la segunda parte del precepto que se comenta, relativa al cese de la alternatividad «desde el día en que aquélla (la elección) hubiera sido notificada al deudor», tanto porque semejante circunstancia ya había sido establecida de manera genérica y con mejor dicción jurídica en el artículo 1.133 del Código Civil («la elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada»), como porque no resulta correcta la expresión legal «desde el día», ya que las particulares consecuencias de la elección se producen *desde el momento* de su notificación (3).

2. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL ACREEDOR

La primera de las dos hipótesis que procede considerar en el supuesto de que el *ius electionis* resulte conferido al acreedor es la de que él mismo haya procedido a tornar imposible una de las prestaciones alternativamente adeudadas. Los Códigos Civiles, excluidos el italiano de 1942 y el mexicano, no la contemplan de manera expresa, quizá bajo el prejuicio que en su día expresara GIORGI de que se trata de un caso rarísimo, por no decir imposible, sobre el que las leyes callan, precisamente porque «quod raro evenit, praetereunt legislatores» (4). Cuando lo cierto es que, aunque no frecuente, tampoco resulta insólito que la culpa del acreedor pueda determinar la exclusión de una de las prestaciones, por más que a él le corresponda la facultad de elegir.

Acaecido el evento que se considera, cabe enfocar la situación resultante bajo ángulos diferentes. Sobre la base de un texto de JAVOLENO que parece arrebatat la facultad electiva al acreedor cuando haya incurrido en culpa (en realidad, la fuente contempla específicamente la mora *accipiendi*) (5), diversos autores clásicos consideraron que la circunstancia apuntada debía determinar que el acreedor culpable ya no pudiera escoger, de manera tal que habría de considerarse satisfecho con aquella de las prestaciones que había hecho imposible y el deudor resultaría liberado desde el momento en que se produjo el hecho impeditivo.

Sobre la base del pensamiento de DEMOLOMBE, GIORGI argumentará en este sentido que no resulta admisible que el acreedor conserve, no obstante su culpa, el derecho de opción y pueda en base al mismo reclamar la cosa que subsiste, puesto que el deudor puede encontrar, precisamente, su pleno

(3) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, pág. 365.

(4) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, IV, Madrid, 1911, pág. 450.

(5) D. 45,1,105.

resarcimiento en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida; por lo que estima que si semejante pretensión aparece de manera concreta en el caso oportuno, será difícil que el Juez rechace la demanda del deudor y no lo declare eximido (6).

El parecer del clásico civilista italiano descansa en la idea de que si el deudor tiene derecho al resarcimiento por la actuación del acreedor, puede considerar que la reparación consista en que no se le obligue a realizar la prestación que subsiste; curiosa forma de reparación que no es *in natura* ni por equivalente y que encierra la paradoja de estimar que el deudor pueda encontrar su resarcimiento «en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida», cuando lo cierto es que ni éste puede obtener satisfacción alguna con algo que ya ha desaparecido ni la reparación del deudor consistiría en ello, sino, a lo sumo, en que frustraría la posibilidad de que el acreedor, no obstante su culpa, pudiese obtener la prestación residual.

Cabe también una segunda posición, que consistiría en considerar que, a pesar de su acción destructiva, el acreedor mantendría incólume su facultad de elección, pudiendo optar entre la prestación que subsiste, con el aditamento de tener que indemnizar al deudor por la pérdida de la otra, y el reclamo del valor de la cosa desaparecida. Postura de difícil defensa porque encierra el contrasentido, de imposible superación, de que alguien al que resulta imputable la pérdida de un determinado objeto pueda proceder, empero, a exigir su precio, ya que lo ordinario es lo opuesto, esto es, que quien tiene derecho a recibir una cosa pueda reclamar su valor (*rectius*, la indemnización de los daños y perjuicios causados), cuando el deudor provoque voluntariamente su destrucción o pérdida. Mantener a ultranza el *ius electionis* del acreedor pese a su reproable proceder supone una visión de dicha facultad electiva demasiado «sacramental», que entra en conflicto con otros intereses legítimos superiores y que no encuentra justificación desde la óptica estricta de las consecuencias que se mueven en el seno de las obligaciones alternativas. Como ha resaltado RAMS ALBESA, la tesis que se comenta resulta inaceptable en cuanto antepone a todo otro derecho la facultad de elección, algo que implica sacar de su contexto el derecho de elegir, que no pasa de ser un mecanismo jurídico orientado a la determinación de la presentación que habrá de ser cumplida por el deudor (7).

De CRESCENZIO ha sostenido que en el supuesto de imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones por causa imputable al acreedor, correspondiendo al mismo la facultad de elegir, la obligación alternativa queda concentrada en la prestación que sobrevive y, en consecuencia, no existe otra salida que la recepción de ésta por parte del acreedor y la correspon-

(6) *Ibid.*

(7) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 383.

diente indemnización al deudor por la pérdida de la primera. La prestación subsistente opera *in obligatione et in petitione* y sobre ella quedan circunscritas todas las posibilidades operativas de la obligación alternativa (8).

Se ha objetado a esta tesis que se fundamenta en la interpretación de la obligación alternativa más mecanicista posible al entender que la pérdida de uno de los contenidos de la prestación concentra ésta sobre lo que resta de ella (9), sin querer advertir, quizá, que éste es el juego normal del vínculo disyuntivo. Cuando en él una de sus prestaciones deviene imposible (no uno de los contenidos de la prestación, algo que supone trasladar como factor de caracterización de las alternativas lo que es simple elemento estructural de la prestación), lo natural y obligado es que se concentre en la otra, pero no por matiz mecánico alguno, sino sencillamente porque, al margen de la culpa del deudor o del acreedor, la obligación alternativa debe subsistir mientras sobreviva alguno de sus originarios objetos.

Lo único que sucede es que aquí es el propio acreedor-electo el que mutila sus posibilidades de elegir al hacer imposible por su culpa una de las prestaciones. ¿Deberá ser suficiente semejante circunstancia para excluir que pueda reclamar la prestación que subsiste? Si se considera que al corresponderle la facultad de elección siempre habría podido ignorar la prestación que imposibilitó y que su culpa, por ello, escasamente tiene algo que ver con la determinación de obtener la otra de las prestaciones, no parece que quepa formular mayores objeciones a la tesis que se comenta. Eso sí, como resultaría injusto e incoherente que el deudor perdiera a un tiempo la primera de las prestaciones por culpa del acreedor y la segunda por reclamación del mismo en base a la concentración producida en la obligación alternativa, es natural que si realiza esta última deba ser indemnizado por la detracción de la otra.

El Código Civil mexicano se inclinó por la tesis que hemos expuesto en primer lugar al disponer en su artículo 1.974 que si la elección es del acreedor y una de las cosas debida se pierde por su culpa, «con la cosa perdida quedará satisfecha la obligación». Privación, pues, al acreedor de la facultad de reclamar la cosa que subsiste y exclusión de la subsistencia de la relación obligatoria no obstante continuar existiendo uno de sus iniciales objetos; punto de vista un tanto radical y singular, habida cuenta de que estamos en la hipótesis de que el *ius electionis* corresponde al acreedor y de que no se aprecia razón suficiente para que el mismo resulte excluido *in radice*, aunque su actuación culpable haya determinado la desaparición de una de las prestaciones, precisamente porque en base a él siempre podría

(8) DE CRESCENZIO, «Obbligazione», en *Enciclopedia giuridica italiana*, XII-1, Milán, 1923, pág. 258.

(9) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*. op. cit., pág. 383.

haber eludido la recepción de la misma. En el fondo, suena como justificación de tan extrema postura la vieja y excluible aseveración de GIORGI de que «el deudor puede encontrar, precisamente, su pleno resarcimiento en obligar al acreedor a contentarse con la cosa destruida» (10); cuando no es eso de lo que se trata ni resulta posible el contenido de semejante afirmación.

La hipótesis que se considera no había sido prevista por el Código Civil italiano de 1865, pese a que la doctrina, como se ha visto, se la plantea. El inciso primero del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* de 1942 la ha recogido plenamente a través de la fórmula de que «cuando la elección corresponde al acreedor el deudor quedará liberado de la obligación si una de las dos prestaciones se hace imposible por culpa del acreedor, salvo que éste prefiera exigir la otra prestación y resarcir el daño». Fórmula ecléctica que intenta conciliar el parecer clásico de extinción de la obligación con la exigencia lógica de que el acreedor pueda todavía reclamar la prestación subsistente si está dispuesto a indemnizar.

RUBINO estima que en el caso de estudio la ley presume, salvo prueba en contrario, que el acreedor elige la prestación devenida imposible, por lo que el deudor resulta liberado de la obligación por imposibilidad no imputable a él del objeto debido. Pero el acreedor puede, por el contrario, elegir la otra prestación que subsiste posible; en cuyo caso queda obligado a resarcir, por ilícito extracontractual, los daños ocasionados al deudor por la sobrevenida imposibilidad de la primera prestación. Mientras en las hipótesis de elección del deudor la ley, no obstante la imposibilidad de una prestación, conserva la elección al deudor como sanción a la culpa del acreedor, aquí, en cambio, aunque la culpa sea del mismo titular de la elección, ésta se mantiene igual en base a la circunstancia de no perjudicar sustancialmente al deudor, el cual, o resulta liberado de la obligación, o consigue al menos el resarcimiento del daño sufrido. Ciertamente que, reconoce, hubiera sido posible la otra solución de sustraer la elección al acreedor y extinguir automáticamente la obligación, tal como se sostenía por parte de la doctrina (GIORGI, POLACCO, THIBAUT), bajo el Código Civil de 1865 y ante el silencio del mismo (11).

Creo que se trata de una interpretación excesivamente apegada a la letra de la ley. Pretender que en la hipótesis del inciso primero del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice* la norma establece una presunción *iuris tantum* de extinción de la obligación, en base a considerar que, de todas maneras, dicho acreedor puede decantarse por la otra prestación que

(10) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, op. cit., pág. 450.

(11) RUBINO, «Delle obbligazioni», en *Comentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1957, pág. 110.

subsiste, no es una construcción lógica ni verosímil, ni responde a la realidad de las cosas.

Del hecho de que el precepto italiano no haya sido excesivamente claro en su formación no cabe derivar, según pretende RUBINO, unas conclusiones que se aproximan peligrosamente a la *contradictio in adiecto*. En efecto, resulta contradictorio decir que, en principio, la obligación se extingue, salvo que el acreedor prefiera la otra prestación porque esta última posibilidad se encuentra, cuando menos, en el mismo plano de operatividad teórica que la primera, en cuyo caso difícilmente cabe considerar el supuesto de una presunción *iuris tantum*, supuesto que necesariamente ha de reflejar para tener semejante catalogación jurídica la idea de normalidad, de que eso sea lo ordinario, de que tal situación es lo que naturalmente ha de ocurrir.

Si del plano teórico descendemos a la realidad de las cosas, la explicación de RUBINO todavía se torna más increíble, porque ¿tiene sentido considerar que en una obligación alternativa con elección conferida al acreedor, éste se decantará normalmente por la prestación devenida imposible por su culpa?, o ¿será más razonable pensar que si dicha prestación fuera su preferida no la habría hecho imposible? El simple hecho de la destrucción de una de las prestaciones debe llevarnos a considerar como hipótesis ordinaria que el acreedor prefiere la otra y que, en consecuencia, la reclamará aunque tenga que soportar el pago de resarcimiento del daño irrogado al deudor.

Si esto es así como irrefragable dato emanado de la realidad de las cosas y si a ello no se opone, pese a su defectuosa dicción, la norma contemplada, parece que la conclusión no puede ser la que defiende RUBINO. El acreedor-elector que por su culpa torna imposible una prestación continúa teniendo dos posibilidades, en el mismo plano de igualdad: o considerar extinguida la obligación o reclamar la otra a indemnizar. ¿Es ello injusto o desmerece excesivamente al deudor? De ninguna manera, pues no hay que olvidar que el *ius electionis* corresponde al acreedor y él bien podría haberse inclinado por la prestación devenida imposible por su culpa, posibilidad de elección que no debe perder por más que se haya restringido *de facto* el campo de actuación de la misma.

La comparación que establece con la hipótesis antecedente no es correcta, pues en ella la elección correspondía al deudor y la culpa es del acreedor, pudiendo aquél sancionar a éste precisamente porque a él estaba atribuida la facultad de elegir. Ahora no tiene sentido, en el supuesto negado de que ello pueda considerarse *stricto iuris* como sanción, contemplar castigo alguno por la actuación del acreedor, porque a él corresponde el *ius eligendi*, y esta circunstancia es la que marca la pauta en el sesgo de las obligaciones alternativas. Si con algún otro supuesto debería ser comparado es con el de elección y culpa en el deudor, y aquí la diferencia de trata-

miento, de claro *favor debitoris*, queda patente, pues mientras en dicho supuesto la obligación alternativa «se convierte» en simple, en el caso de elección y culpa en el acreedor no ocurre lo mismo, cuando, quizá, a lo mejor no sería tan anómalo que la ley hubiera ensayado el mismo tratamiento (*similia, similibus*)

Con todo, el tratamiento del Código Civil italiano en el supuesto que se contempla (dando por buena la dudosa interpretación de RUBINO) todavía le parece a RAMS ALBESA excesivamente benévolo para el acreedor, pues estima que si en el artículo 1.278 del *Codice* se sanciona la mora en la elección del acreedor transfiriéndola al deudor, «sería lógico que una agresión patrimonial acarree como mínimo igual perjuicio para quien la infiera», pero no ocurre así, y «ni siquiera la presunción contenida en la primera parte de la solución queda elevada a la categoría de presunción *iuris et de iure* (12).

Se trata de cosas diferentes. Ciertamente que el artículo 1.278 arrebata la opción al acreedor que no hace uso de ella, pero el mismo precepto se le arrebata también al deudor inactivo; por lo tanto, de predicarse un tratamiento similar a lo que ocurre en este campo, parece que la solución no debería ser la que propugna RAMS ALBESA, sino exactamente la contraria, esto es, si con culpa y elección del deudor la obligación alternativa resulta simple, con culpa y elección del acreedor el resultado debería ser el mismo, mientras, como se ha visto, no ocurre así y existe un trato claramente favorable al deudor. Lo que sucede es que el punto que nos ocupa poco o nada tiene que ver, al objeto de extrapolar soluciones, con el relativo al no ejercicio del *ius electionis* por su titular. Aparte de que no acaba de entenderse bien que el autor citado lamente que la culpa del acreedor no acarree la pérdida de la facultad electiva y que ni siquiera la supuesta presunción que la ley establece sea *iuris et de iure*, pues ¿acaso si dicha presunción tuviese tal carácter no equivaldría ello a negar al acreedor toda posibilidad de elección?

Como sabemos, el caso que se está considerando no tiene regulación expresa de nuestro Código Civil, ya que el artículo 1.136 del mismo relativo al supuesto de que la elección corresponderá al acreedor no lo contempla; no debe extrañar, por tanto, que la doctrina no le dedique excesiva atención. Con todo, MUCIUS SCAEVOLA sostuvo para nuestro Derecho la misma solución del artículo 1.974 del Código mexicano (extinción de la obligación), «porque el que con culpa pierde la cosa que se le debía, se considera que se ha hecho pago», aunque no parece estar muy convencido de esta tesis cuando a continuación afirma que «no sería un desatino que el acreedor reclamase la cosa restante, satisfaciendo la indemnización corres-

(12) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 384.

pondiente a la pérdida de la primera» e, incluso, «quizá se satisficiera más la lógica de éste que del otro modo» (13). También para RAMS ALBESA en este tipo de supuesto es donde debe jugar su papel dentro de las alternativas el principio del *favor debitoris* y, en consecuencia, «el hecho del acreedor extingue la obligación y libera al deudor plenamente» (14).

Ya hemos visto que no se trata aquí del juego del criterio de *favor debitoris*, sino del desarrollo coherente y lógico de lo que supone la facultad de elegir en las obligaciones alternativas, con indiferencia de que corresponda al acreedor o al deudor. Es, debe ser, tan determinante esta circunstancia que cuando dicha facultad está atribuida al acreedor, el hecho de que la culpa del mismo provoque la imposibilidad de una de las prestaciones no tiene por qué suponer su pérdida. Por tanto, no es que la ley presume que el acreedor elige la prestación imposible, sino que el mismo, ante la situación de que no queda más que una de las prestaciones debidas, puede optar entre dar por extinguida la obligación, con la consiguiente liberación del deudor (que en esto consiste realmente su supuesta elección de la prestación devenida imposible), y reclamar al deudor la prestación residual. Claro está que como en este último caso el deudor sufriría el doble e injusto perjuicio de la pérdida de ambas prestaciones, tendrá derecho a reclamar del acreedor el rescimimiento (*ex art. 1.902*) del daño que le produjo la desaparición culpable de la primera. Esta, creemos, es la solución que corresponde en nuestro Derecho Civil ante la ausencia de previsión legal y en acatamiento de los dictados que emanan de la sustancia y función de las obligaciones alternativas.

3. IMPOSIBILIDAD IMPUTABLE AL DEUDOR

Resta por considerar la hipótesis de que correspondiendo la elección al acreedor una de las prestaciones debidas se haga imposible por causa imputable al deudor, supuesto que tradicionalmente ha sido recogido por los Códigos Civiles. Así, a tenor del artículo 1.194 del *Code*, «si el deudor está incurso en culpa, el acreedor puede exigir la cosa que quede o el precio de la que haya perecido»; y en los mismos términos el artículo 1.181 del Código Civil italiano de 1865. De acuerdo al inciso segundo del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* de 1942, «si de la imposibi-

(13) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XIX (2.^a edición, revisada por MARÍN PÉREZ), Madrid, 1957, pág. 384

(14) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 384. En los mismos términos. DE LA CUESTA, «Las obligaciones alternativas», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 23.

lidad debe responder el deudor, el acreedor puede elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño»; y según dispone la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil español, «si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido».

Práctica coincidencia, pues, entre las distintas normas civiles. Sólo el Código Civil mexicano rompe esta armonía al establecer en su artículo 1.969 que «si la elección compete al acreedor y una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios», prescripción interesantísima, según luego tendremos ocasión de ver, pues a diferencia de lo que ocurre en las otras normas el acreedor que opta por el cumplimiento de la prestación que subsiste puede reclamar también la indemnización de los hipotéticos daños y perjuicios que semejante limitación de su facultad electiva le haya producido.

Que cuando la elección corresponda al acreedor y el acto culpable del deudor determine la imposibilidad de una de las prestaciones, pueda el primero optar entre la prestación que sobrevive y el equivalente económico de la que desapareció, parece algo tan lógico y natural dentro de la configuración y juego de las obligaciones alternativas que escasamente necesita justificación. Así lo estimó siempre el pensamiento civil clásico, que por boca de LAROMBIÈRE advertirá que la previsión legal se acomoda a «la más perfecta justicia» (15), y en el decir de GIORGI se trata de «una disposición consagrada en todas las legislaciones y tan racional que no requiere explicación» (16).

Como se observará, los Códigos latinos del siglo pasado hablan de que el acreedor puede elegir entre la cosa que pervive y el «precio» de la que haya desaparecido. No hace falta ahondar demasiado para percatarse de que el pago por el deudor del precio o valor de la cosa parecida, entendido literalmente, podría suponer para el acreedor un perjuicio injustificado, ya que la forzosa exclusión de dicha cosa (*rectius*, de la prestación hecha imposible) puede ocasionar a aquél un determinado detrimento patrimonial superior a la estricta estimación pecuniaria de la cosa según el mercado; y sin que ello pueda neutralizarse aduciendo que siempre puede el acreedor inclinarse por el cumplimiento *in natura* de la prestación que subsiste, porque tal cosa supondría desequilibrar el juego igual de los dos brazos de la opción. No debe extrañar, por tanto, que ya LAURENT advirtiera que puede el acreedor demandar, a título de daños y perjuicios, el precio de la cosa

(15) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, pág. 17.

(16) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, IV, op. cit., pág. 449.

que ha perecido (17); y mucho más recientemente, y entre nosotros, LACRUZ ha indicado que por «precio» ha de entenderse en este lugar la indemnización de daños (18).

En realidad, no puede ser otro el correcto sentido dogmático de la defectuosa expresión legal en la hipótesis que se contempla, pues en ella las cosas ocurren de la siguiente manera: una de las prestaciones debidas subsiste tal como fue configurada y la otra ha devenido imposible por culpa del deudor; la primera puede ser objeto de cumplimiento *in natura*, mientras que la segunda, al no liberarse el deudor de responsabilidades por resultar imputable a él la imposibilidad sobrevenida, sólo podrá ser objeto de realización *in genere* o por equivalente. En consecuencia, por más que la ley hable de «precio» de la cosa perdida, es obvio que, rectamente, no puede referirse más que al *id quod interest*, pues la no ejecución culpable de la prestación debida no se subsana con el pago de su estricta valoración pecuniaria de mercado, sino que da lugar «a la indemnización de los daños y perjuicios causados» (art. 1.101 CC) (19).

No es éste el parecer de HERNÁNDEZ-GIL, para quien la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil ofrece las novedades de introducir en el objeto de la obligación alternativa el precio correspondiente a la prestación perecida por culpa del deudor, con lo que el perecimiento modifica el derecho de elección pero no lo restringe, y de que en el régimen del Código Civil «haya de tenerse en cuenta precisamente el precio de la prestación, lo cual significa que no ha de estarse a la lesión patrimonial experimentada, sino al valor objetivo atribuido a la prestación» (20).

Que nuestro Código Civil hable de «precio» de la cosa desaparecida por culpa del deudor no constituye novedad alguna, pues se limita a reproducir la expresión, al igual que los restantes Códigos latinos salvo el italiano de 1942, que en su día utilizara el *Code Napoléon*. Lo que sí supone novedad importante es que HERNÁNDEZ-GIL estime que el eludido término debe entenderse en su estricta acepción literal, algo que, como se ha visto, ha sido rechazado desde el primer momento por lo más calificado de la civilística y que, además, resulta de imposible encaje dogmático.

En efecto, según acabamos de resaltar, la justificación conceptual de que el acreedor pueda reclamar al deudor determinada suma cuando por culpa de éste una de las dos prestaciones alternativamente debidas devenga imposible, no es otra que la de que estamos ante un supuesto de imposibi-

(17) LAURENT, *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas-París, 1878, pág. 257.

(18) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, pág. 43.

(19) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, págs. 73 y sigs., y 234 y sigs.

(20) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 154.

lidad imputable al deudor, en el que, como dice correctamente GIORGIANNI, no se extingue la obligación originaria, «sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño» (21). Ahora bien, cuando tal ocurre, la única salida que el Derecho Civil contempla es la de que el deudor culpable indemnice al acreedor los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación le ha irrogado; y no se alcanza a ver la razón para que esto no ocurra también en la hipótesis de la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil, ni se entiende por qué el uso de la palabra «precio», que se sabe de dónde proviene y se conoce la forma en que ha sido considerada en su propia fuente, vaya a suponer entre nosotros nada más y nada menos que establecer una excepción insólita en el régimen general del incumplimiento de las obligaciones por imposibilidad de la prestación imputable al deudor.

Con una dificultad adicional. Aunque el Código Civil hable del precio de la «cosa» perecida, se sabe sin objeción alguna que estamos ante una de las tantas incorrecciones técnicas de nuestro Código, pues es obvio que se está refiriendo a una de las prestaciones de la obligación alternativa que devino imposible, tal como ha rectificado adecuadamente el Código Civil italiano de 1942. Ahora bien, si lo perecido, desaparecido, destruido o hecho imposible no es una cosa sino, *in genere*, una prestación, ¿cómo podrá hablarse del «precio» de ésta en todos aquellos casos en que su contenido no consista precisamente en la entrega de una cosa corporal? No parece, por tanto, que pueda dudarse de que el precio de la regla segunda del artículo 1.136 del Código Civil no es otra cosa que el resarcimiento del daño que al acreedor le haya causado la imposibilidad de que pueda ejecutarse una de las prestaciones de la obligación alternativa.

Trátase, como dice RUBINO, de que la fórmula legal debe ser susceptible de abarcar también a la prestación de hacer (y a la de no hacer), pero sobre todo de resaltar que aun en la prestación de dar el resarcimiento no se limita siempre y necesariamente al valor objetivo de la cosa o, desde luego, de la prestación, es decir, el ulterior de aquel determinado acreedor por no haber obtenido la cosa (o la prestación) *in natura* (22).

Esto es lo correcto, pues por más que se trate de la entrega de una cosa, la imposibilidad de proceder a la misma por culpa del deudor debe generar un tipo de responsabilidad que no puede agotarse en el pago del precio de aquélla, sino que ha de comprender la indemnización de todos los daños y perjuicios que la no recepción de la cosa haya originado al acreedor, es decir, resarcimiento de los daños directos e indirectos y abono de las razonables y demostrables ganancias que el incumplimiento impidió obtener, ya

(21) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1959, pág. 159.

(22) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 113.

que no existe razón válida alguna para que no opere aquí también el juego del daño emergente, en cuanto disminución de una utilidad ya integrada en el patrimonio, y del lucro cesante, como privación de una utilidad no poseída, pero que sí habría sido poseída sin la violación del vínculo (23).

En el caso que nos ocupa, elección del acreedor y culpa del deudor, a pesar de que una de las prestaciones debidas ha resultado imposible por hecho imputable al obligado, el juego típico de la alternatividad se mantiene vivo, en cuanto el acreedor pueda continuar eligiendo entre una u otra actuación del deudor, por más que ahora una de éstas consista en el resarcimiento del daño producido por el evento que se comenta. Este ha sido y es el parecer dominante en la doctrina que se ocupa de la materia; así, RUBINO habla de que «el acreedor manifiesta su elección en un sentido o en otro» (24) y, entre nosotros, HERNÁNDEZ-GIL considera que el perecimiento de una de las cosas debidas por culpa del deudor «modifica el derecho de elección, pero no lo restringe» (25).

Curiosamente, empero, RAMS ALBESA sostiene que no puede hablarse de conservación de la facultad de elección, al menos en el sentido que debe darse a esta locución en el ámbito de las obligaciones alternativas, «puesto que el ejercicio de la facultad de elección queda referido para los contenidos de la prestación alternativa *in natura*, lo que en el supuesto que nos ocupa ya no es posible». En su sentir, los autores italianos que hablan de la conservación del *ius electionis* lo hacen inducidos por la defectuosa dicción del párrafo segundo del artículo 1.289 del *Codice Civile* («elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño»), cuando, obviamente para él, no se trata de elegir, sino, como dice nuestro Código Civil, de «reclamar» la otra (26).

Creo que se trata de una inadecuada apreciación de las cosas. Cuando en una obligación alternativa una de las dos prestaciones debidas resulta imposible, puede suceder, tal como se ha tenido ocasión de ver, que el acreedor no ostente otra posibilidad ni pueda ser sometido a otra actuación que la de recibir la prestación que resta (caso de elección y culpa del deudor). La ley habla entonces, incorrectamente, de que la obligación alternativa «se convierte» en simple, aunque, en realidad, no suceda tal, sino simplemente que en adelante las cosas van a ocurrir como si el vínculo obligatorio disyuntivo tuviera esa consideración. Pero puede suceder también, cual ocurre en tres de los cuatro casos típicos, que la imposibilidad de una de las prestaciones, por más que afecte al contenido de la elección,

(23) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1948, pág. 469; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento...*, op. cit., págs. 234 y sigs.

(24) RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pág. 113.

(25) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 154.

(26) RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, op. cit., pág. 371.

no suponga la desaparición de la misma, ya porque el deudor pueda optar entre la liberación y la ejecución de la otra prestación más el resarcimiento, o bien porque el acreedor esté facultado para escoger entre la liberación del deudor y exigir la prestación restante resarciendo el daño, o pueda discernir entre la prestación viva y la reparación del daño, que es la hipótesis que nos ocupa.

Que en algunos de ellos pueda dudarse de que, por más que se mantenga la posibilidad de elección, estemos en presencia de la típica alternatividad prestacional, no empece para que en la hipótesis en estudio resulte claro que no hemos salido del campo operacional propio de ésta. Pretender, como intenta RAMS ALBESA, que de facultad de elección sólo cabe hablar mientras subsistan las prestaciones *in natura* no resulta adecuado, porque tan prestación debida es la conducta del deudor originariamente contemplada como su equivalente económico en caso de incumplimiento, ya que en otro caso difícilmente cabría hallar título jurídico suficiente para reclamar el resarcimiento del daño. Cuando en una obligación alternativa y por hecho imputable al deudor una de sus prestaciones cambia de contenido y pasa a ser indemnizatoria, el originario carácter de la misma continúa y la posibilidad de optar que ostenta el acreedor es *sic et simpliciter* la genuina facultad de elección que desde el principio le correspondía. Que una de las prestaciones debidas pueda ser cumplida *in natura* o *in genere* no cambia en nada la naturaleza alternativa de la obligación y, por ende, no desvirtúa ni impide el juego del inicial *ius electionis*, pues ¿cómo cabría sostener lo primero, tal como admite RAMS, si se afirma que lo segundo no tiene lugar?, o ¿acaso cabe hablar rectamente de alternatividad cuando ha desaparecido el básico y caracterizador derecho de elección?

Por lo demás, frente a lo que pretende el autor citado, tampoco los términos legales predeterminan una u otra dirección. La facultad electiva que sigue ostentando el acreedor no descansa en que el Código Civil italiano hable de «elegir» ni en que el nuestro emplee el verbo «reclamar», porque resulta claro que tanto uno como otro término se refieren no a la elección en sí, sino a la posibilidad que ostenta el acreedor de exigir la realización de la prestación que sobrevive; la capacidad de elegir, la facultad de que el acreedor opte en una u otra dirección prestacional, según los preceptos que se comentan, no se encuentra en esas palabras, sino en la conjunción disyuntiva «o», que en ambas normas se encuentra presente e implica la existencia y subsistencia de la alternatividad (*aut... aut*).

Antes reseñábamos que, de acuerdo al artículo 1.969 del Código Civil mexicano, en la hipótesis que estamos considerando (elección del acreedor y culpa del deudor), «puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios», y que la prescripción resultaba en extremo interesante. Efectivamente, si el acreedor se decide

por la prestación que subsiste puede verse subjetivamente perjudicado frente a lo que habría supuesto poder obtener la otra prestación que ha devenido imposible por culpa del deudor; que en este caso puede reclamar el resarcimiento del daño que se le produzca parece justo y razonable, sin que constituya elemento obstativo el que también pueda optar por la indemnización del perjuicio que le ocasionó la desaparición de la otra prestación, porque ello nos sitúa en perspectiva diferente y no viene al caso.

¿Sería posible en el Derecho Civil español una conclusión similar? Ante la ausencia de expresa previsión legal no parece posible su adopción, pues no existe forma de aditamentar el reclamo del acreedor cuando se haya decidido por la prestación residual. En efecto, no cabe contemplar en este supuesto la indemnización de daños y perjuicios como sustitución de la prestación debida porque ésta subsiste y, precisamente, es reclamada *in specie*, y no cabe tampoco considerar un hipotético resarcimiento del daño por ilícito extracontractual, ya que el hecho del deudor que ha determinado la imposibilidad de la otra prestación y en el que se hallaría la fuente del daño no implica ataque injusto a un bien ajeno, sino destrucción voluntaria de una posibilidad de actuar propio que a lo único que puede dar lugar es a que su responsabilidad indemnizatoria se configure como sustitutoria de la prestación devenida imposible.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho comparado)

SUMARIO: I. INTRODUCCION HISTORICA: A) EL CARÁCTER CORPORATIVO Y PÚBLICO. B) SUPERACIÓN DE LA FUNCIÓN CORPORATIVA DE LA PUBLICIDAD. C) LA PUBLICIDAD COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LAS SITUACIONES QUE SE REGISTRAN. D) LOS REGISTROS MERCANTILES CENTRALIZADOS Y LA SISTEMATIZACIÓN DE LA EFICACIA PUBLICITARIA.—II. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO DE COMERCIO FRANCES.—III. LA EFICACIA PUBLICITARIA DEL REGISTRO MERCANTIL ALEMAN.—IV. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO ITALIANO DE LA EMPRESA.

I. INTRODUCCION HISTORICA

La exposición y el estudio de la situación actual del tratamiento de la eficacia de la publicidad registral mercantil en los sistemas básicos del Derecho comparado no puede prescindir de una referencia a su evolución histórica en cuanto que ésta justifica en gran parte el porqué de la situación presente.

La eficacia de la publicidad registral, tal y como hoy se contempla, es el resultado de una lenta evolución en la que se han ido perfilando tanto los institutos que hoy la tienen encomendada —los Registros Mercantiles— como los que son sus manifestaciones de carácter sustantivo —los efectos—. La exposición de esta evolución a través de una serie de fases, caracterizadas por una distinta y peculiar concepción de la finalidad y de la función de la publicidad, sólo puede hacerse bajo el entendimiento de que nunca hubo efectivamente una clara y absoluta separación entre las mismas. Toda fase lleva consigo restos de la anterior y contiene el germen de la siguiente, y su acotamiento sólo se hace en función de una mejor aprehensión de la construcción técnica, pero nunca con una finalidad de dividir en

compartimentos estancos la evolución histórica de la figura de la eficacia registral mercantil.

El desarrollo de estas fases conformadoras de la actual situación del tratamiento de la eficacia de la publicidad registral mercantil ha tenido una doble influencia: De un lado, una influencia de carácter netamente proveniente del campo mercantil, que transcurre desde principios de la Baja Edad Media hasta el momento actual y que es la que con grandes dificultades ha servido para la configuración del efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito. Y de otro, una influencia de carácter esencialmente hipotecarista que ha contribuido no sólo a ampliar el abanico de los efectos registrales en el campo mercantil al traspasar efectos acuñados en el terreno del tráfico inmobiliario (fundamentalmente las presunciones de exactitud, veracidad y legalidad de lo inscrito), sino también a perfeccionar el desenvolvimiento del efecto típico de la eficacia registral mercantil de la inoponibilidad de lo no inscrito. Y esta influencia de los Registros inmobiliarios o se ha materializado en los textos de Derecho positivo que los han recogido (así en el régimen jurídico de la publicidad legal del Registro Mercantil español) o se han intentado introducir a través de la doctrina y de la jurisprudencia mediante una interpretación, a veces desmesurada, de los preceptos que constituyen los respectivos sistemas registrales (así en los Ordenamientos italiano y esencialmente alemán). Si bien no todos los Ordenamientos los hayan acogido ni legal ni doctrinalmente, probablemente debido al hecho de la técnica propia de los Registros inmobiliarios de estos países que se basan esencialmente en el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito y que dan muy limitada relevancia al alcance de los efectos presuntivos (así en Francia). Lo que, indudablemente, condiciona la evolución de los respectivos Registros Mercantiles.

El desarrollo de la eficacia publicitaria puede, con las salvedades indicadas, dividirse en las siguientes fases (1):

- a) El carácter corporativo y público de la publicidad.
- b) Superación de la función corporativa de la publicidad.
- c) La publicidad como elemento constitutivo de las situaciones que se registran.
- d) Situación conformadora de los Registros Mercantiles centralizados y de sistematización de la eficacia publicitaria.

(1) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., habló en su momento de «solución corporativa», «solución negocial» y «solución registral», estableciendo una división que se toma como punto de partida. «Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros Ordenamientos europeos. Curso de conferencias sobre Derecho comunitario europeo (1975)». Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1976, págs. 58 y sigs.

A) EL CARÁCTER CORPORATIVO Y PÚBLICO DE LA PUBLICIDAD

Los primeros antecedentes sobre los que se puede hablar con alguna certeza como origen remoto de la eficacia publicitaria van directamente ligados al nacimiento de las ciudades. El auge y desarrollo de los comerciantes y artesanos como elemento fundamental para el mantenimiento de los núcleos ciudadanos en cuanto sujetos intermediadores entre el campo y la ciudad, a la vez que productores de los medios indispensables para la vida cotidiana y su participación en el ejercicio del poder político en las ciudades, van a ser la causa de una serie de consecuencias directamente ligadas al nacimiento de lo que podría considerarse el embrión de la actual publicidad registral.

La necesidad tanto de establecer un cierto control público sobre las relaciones de intermediación entre los productores y los consumidores, como un movimiento de defensa de sus intereses corporativos por parte de este núcleo de origen fundamentalmente burgués y ciudadano van a dar una nota esencialmente corporativista a estos antecedentes publicitarios al enmarcarlos dentro del afán proteccionista y de control del ejercicio del comercio en beneficio de sus afiliados que, de alguna forma, conlleva necesariamente el control monopolístico del mercado (2). Sin que esto signifique que estas construcciones corporativistas sólo supusieron un efecto retardatorio, sino que, por el contrario, en cierta medida, también constituyeron un logro en la construcción de nuevos cauces legales de expresión.

La participación directa de los comerciantes en los órganos administrativos de las ciudades a través de sus consejos municipales, la no clara distinción entre el interés general y el del comercio de una forma tal que muchas veces se mezclan en los estatutos de las ciudades las que hoy denominaríamos normas de verdadero carácter administrativo con normas genuinamente de naturaleza privada mercantil y la tendencia a una cierta equiparación entre las organizaciones de los mercaderes y el poder consular (3) pone de relieve una conexión innegable entre el nuevo orden económico y el político y jurídico.

Los gremios fueron las organizaciones que con diversos nombres (artes, colegios, asociaciones de oficios, etc.) encauzaron aquellas finalidades (4)

(2) MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 58.

(3) PAVONE DE LA ROSA, A., *Il Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 4 y sigs.; REHME, P., *Historia universal del Derecho Mercantil* (traducido por GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1914., pág. 102; WEBER, M., *Economía y sociedad*, t. II, México, 1969, págs. 970 y sigs.; GOLDSCHMIDT, L., *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1981, págs. 159 y sigs., y 169 y sigs.

(4) WYSA, G., *Les effets externes de l'inscription au Registre du commerce*, Lausanne, 1950, págs. 10 y sigs.

y cuyo origen más claro se da en las ciudades italianas (Pavía, Florencia, Milán) de los siglos XII-XIII, mientras que el desarrollo gremial en el centro y norte de Europa se produjo en una fase más tardía y con una menor importancia (5).

Con independencia de aceptar o no las tesis de carácter absolutamente publicista mantenedoras de la idea de los gremios como una creación de los poderes públicos hecha con la finalidad de control e inspección de las incipientes relaciones comerciales (6), lo que sí es posible afirmar es la gran incidencia de los gremios en las decisiones de los asuntos que afectaban a la ciudad y la finalidad de protección que cumplían con respecto a los afiliados inscritos en las listas de sus respectivas matrículas.

Las ideas sobre el poder municipal, el poder de los gremios y el proteccionismo de los agremiados se mezclaron hasta constituir un todo difícilmente deslindable.

La adscripción de los comerciantes y de los artesanos a sus respectivos gremios se efectuaba mediante su inscripción en las listas de sus respectivos Registros —las matrículas— que tenían las diferentes Corporaciones (7). Y es en esta inscripción en donde se ha querido ver el origen remoto de los actuales Registros Mercantiles y de su función publicitaria (8), si bien sólo con grandes reservas se puede partir de este supuesto.

Aunque la inscripción en las respectivas listas de matrícula fuera obligatoria para los comerciantes (9), la cualidad de comerciantes no proviene de su adscripción a un gremio, sino del mero ejercicio de la actividad comercial. Y la falta de inscripción tenía unas consecuencias de carácter básicamente sancionador y llevaba consigo la imposibilidad de valerse de los privilegios propios de su estatuto (10). De otro lado, no hay que olvidar que el gran comercio interlocal aparece casi siempre emancipado de cualquier ordenación profesional (11).

La inscripción de los comerciantes y de los artesanos no puede deslindarse del relieve publicista de los gremios y de su función en las organi-

(5) RINTELEN, M., *Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregister*. Bei-lageheft zu Bd. 75 ZHR, 1914, págs. 2 y sigs.; RHEME, P., *ob. cit.*, pág. 103.

(6) Sobre el tema vid. PIRENNE, H., *Historia económica y social de la Edad Media*. México, 1970, pág. 132; GARCÍA VALDEAVELLANOS, L., *Historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1970, pág. 285.

(7) PUGLIATTI, S., *La Trascrizione*, Milano, 1957, pág. 185.

(8) Así se admite de forma bastante generalizada desde los estudios de LASTIG, G., *Entwicklung und Quellen des Handelsrechts*, Stuttgart, 1887.

(9) SAPORI, A., *Le matricole della arti nel secolo XIII-XIV e l'attuale registro delle imprese*, Rev. Soc., 1956, t. I, pág. 636.

(10) SAPORI, A., *ob. cit.*, pág. 636; PAVONE DE LA ROSA, A., *ob. cit.*, pág. 5.

(11) RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 81.

zaciones municipales y en la nueva organización política (12). Y ésta, desde luego, no era la de proteger a los terceros mediante la presentación de situaciones jurídicas en las que pudieran confiar y ni tan siquiera la de brindar de forma general un posible examen público de sus libros (13). O por lo menos no fue así durante un gran período de tiempo.

Es realmente dudoso el ver en el fundamento del nacimiento de los gremios y de las matrículas un claro antecedente de lo que es la función de la actual publicidad registral mercantil. La inscripción no tenía otra función que la de ser un instrumento de control de la producción y de protección de la competencia frente a los agremiados, «pero respondiendo fundamentalmente a finalidades de Derecho público» (14).

A pesar del señalado carácter publicista de los Registros de los comerciantes es posible afirmar que a partir de los siglos XIII-XIV se desarrollan unos efectos que permiten sostener la existencia del germen de una visión privada de la publicidad superadora de ese originario carácter marcadamente publicista y corporativo (15).

El desarrollo de las relaciones comerciales llevaba consigo, lógicamente, la necesidad de que los comerciantes quisieran individualizarse en el ejercicio de su actividad a efectos de concurrencia y delimitar su sometimiento a sus propios tribunales y, de otro lado, el que los terceros presionaran en aras de obtener una mayor información sobre la organización del comerciante con el que se relacionaban (16) en torno fundamentalmente a la clarificación de las relaciones de responsabilidad y representación. No obstante, no aparece con claridad todavía la trascendencia del contenido de los libros a conocimiento público ni tampoco el de su eficacia más allá de constituir un principio de prueba entre comerciantes y a su favor frente a terceros (17).

Esta doble presión tuvo como consecuencia, por un lado, una introducción paulatina por parte de los gremios y de los consulados de una cierta publicidad formal de sus libros frente al carácter secreto y meramente interno con el que se venía desenvolviendo, y de otro lado, el nacimiento

(12) Esta vertiente pública de los Registros en las matrículas y su relativa eficacia de naturaleza privada fue resaltada en su momento por MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 59.

(13) AFFERNI, V., «Registro delle Imprese. Cenni storici e di Diritto comparato», *Novissimo Digesto Italiano* V. XV, Torino, 1968, págs. 168 y sigs.

(14) REHME, P., *ob. cit.*, pág. 128. Esta construcción eminentemente pública de las matrículas y el relativo alcance de su eficacia privada fue resaltada por MENÉNDEZ, A., *ob. cit.* pág. 59.

(15) MOSSA, L., «Albori del registro di commercio nel libro della comunità dei Mercanti Luchesi di Brugia», *NRDC*, año 1953, pág. 192; PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 7. En contra, AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.

(16) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 7.

(17) AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 186.

de múltiples Registros (sociedades, poderes, etc.) (18) que si bien en un primer momento iban dirigidos en muchos casos a proteger más el interés del comerciante inscrito que el del tercero posible interesado (19), pronto se convirtieron también en un instrumento de protección de terceros (20).

Al lado de las tradicionales matrículas de los comerciantes se desarrollan, pues, Registros de sociedades, de marcas, de poderes, etc., que eran tenidos o por las mismas Corporaciones, o por los Municipios, o por los Tribunales de Comercio, garantizando al que inscribía en los términos de la inscripción (por ejemplo, garantizando al comerciante en los términos del poder y en su cancelación). Paralelamente se va desarrollando una tenue aunque constante protección hacia los terceros que confiaron en las situaciones registradas a través de la técnica de la inoponibilidad de lo no inscrito (fundamentalmente en materia de revocación de poderes y exclusión de socios) (21), aunque en la mayoría de los casos se trata más de un principio de prueba que de una manifestación de un sistema de presunciones (22).

El declive de la función pública de los gremios y de la consiguiente inscripción en las listas de las matrículas y la aparición de una tenue función publicitaria de naturaleza privada manifestada a través de diversos Registros (poderes, sociedades) descentralizados en su llevanza (gremios, municipios, tribunales), que supone una cierta protección a los terceros (comienzo de una relativa oponibilidad) va a constituir el eslabón anterior de una etapa en la que la absoluta decadencia del sistema gremial y la ya clara institucionalización de «registros mercantiles» con una función puramente privada configurarán lo que son el antecedente claro de las constantes de la moderna visión de la eficacia de la publicidad registral.

B) SUPRESIÓN DE LA CONCEPCIÓN CORPORATIVA DE LA PUBLICIDAD

El transcurrir de los siglos XVI a XVIII supone un enfrentamiento entre el desarrollo económico que se va constituyendo en la antesala de la revolución burguesa y las estructuras jurídicas que se le oponen. El régimen corporativo, y con él los gremios y las matrículas, empiezan a caer en desuso frente a los nuevos principios económicos que demandan una mayor

(18) GOLDSCHMIDT, L., *ob. cit.*, pág. 241.

(19) REHME, P., *ob. cit.*, pág. 80.

(20) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 186.

(21) PAVONE DE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(22) AFFERNI, V., «Il Registro delle Imprese», *Novissimo Digesto*, vol. 15, pág. 180; SAPORI, A., *ob. cit.*, págs. 633 y sigs.

libertad de los controles económicos (23). Se produce un decaimiento tanto del instituto encargado del control registral como de la misma función que el control registral venía cumpliendo.

Las Corporaciones gremiales van a ir dejando su lugar de forma evidente a los Tribunales y a los Municipios de las ciudades, que pasan a ocuparse de las funciones registrales y publicitarias (24); pero, a la vez, la función de la publicidad cambia de signo y va a estar directamente dirigida a la protección de los terceros, si bien no siempre con unas técnicas absolutamente similares a las actuales.

Mientras la superación de los gremios y de las matrículas es un fenómeno que se desenvuelve casi simultáneamente en toda la Europa comercializada hasta acabar con su abolición (25), las bases de la técnica actual para la defensa de los terceros a través de la publicidad registral mercantil son de influencia netamente germánica (26).

El desplazamiento de las relaciones comerciales y su incremento durante los siglos xvi-xvii hacia el norte de Europa produjo un simultáneo desplazamiento de los institutos registrales mercantiles. «Los protocolos» van a constituir el antecedente inmediato de la actual concepción de la publicidad registral mercantil, que gira en torno al carácter abierto y público de los Registros Mercantiles. Son aquéllos los que recogiendo probablemente la tradición de los libros y de los documentos municipales en los que se hacía constar los negocios más importantes y que gozaban de un privilegiado valor probatorio (27), junto con la existencia diseminada de determinados Registros Mercantiles, van a constituir el antecedente inmediato de la actual función de la eficacia de la publicidad registral mercantil.

El establecimiento en los Municipios o en los Tribunales del centro y del norte de Europa, y básicamente en los de ámbito germánico, de estos Registros descentralizados (poderes, sociedades, firmas, etc.) que se desarrollan frecuentemente bajo el nombre de protocolos (*Ragionenbuch* de Ausbourg y de Strasbourg de 1763; los *Mercantilprotokollen* de Viena de 1717; de Ginebra de 1673; etc.) contienen ya el origen de alguno de lo que son hoy los efectos de la publicidad registral mercantil y esencialmente el de la oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito. Estos Registros además de ser públicos protegen ya a los terceros que pueden valerse de las situaciones inscritas, mientras que, por el contrario, no pueden verse afectados por aquellas otras que no lo estuvieran (28).

(23) RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 78.

(24) WYSSA, G., *ob. cit.* pág. 13; AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.

(25) Así la Ley de 17 de marzo de 1791 los suprimió en Francia.

(26) RINTELEN, M., *ob. cit.*, págs. 115 y sigs.

(27) REHME, P., *ob. cit.*, págs. 105 y 129.

(28) PUGLIATTI, S., *ob. cit.* págs. 186 y sigs.; RINTELEN, M., cita como ejemplos de

La constitución de Registros Mercantiles con efectos meramente de carácter privado construidos en torno a la técnica de la oponibilidad e inoponibilidad va a ser la aportación germánica a la técnica de la eficacia publicitaria registral mercantil y que siendo recogida durante la época de la codificación primeramente por los Códigos que estaban fuera de la inspiración francesa (así el ADHGB de 1861 y el HGB de 1897) se extiende ya hoy a través de todos los Registros Mercantiles (29).

C) LA PUBLICIDAD COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LAS SITUACIONES QUE SE REGISTRAN

Junto al descrito sistema de instituciones con una clara función registral basada esencialmente en lo que hoy constituye el efecto de oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito se desarrolla otro modelo que difiere de aquel de modo notorio y que con mayor o menor fuerza va a tener su influencia en las legislaciones latinas hasta el mismo siglo veinte. Se trata del sistema registral francés basado en lo que acertadamente se ha denominado «la situación negocial» (30). La supresión en Francia del sistema corporativo, que finaliza formalmente con la abolición de los gremios por la Ley de 17 de marzo de 1791, no llevó aparejada la creación de instituciones registrales que asuman una verdadera función publicitaria. Y ello probablemente debido al recelo sobre la reminiscencia de posibles rasgos corporativos que pudieran verse en la existencia de los Registros de comerciantes, como posiblemente también debido a la inexistencia de una tradición formalista y de publicidad registral dotada de una cierta eficacia sustantiva registral semejante a la que en defensa de los terceros se había desarrollado en el período anterior en los territorios de influencia germánica, y no sólo además en el ámbito mercantil, sino también en el propiamente inmobiliario, ya que salvo en las regiones conocidas bajo la denominación de «pays de nantissement», frente a los denominados «pays de Droit commun», la ausencia de formalismos y su sustitución por la entrega, incluso ficticia, era la norma general (31).

estos Registros a los Protocolos de Frankfurt (s. xvi), los Libros de Ausburgo (s. xvii) y las Ordenanzas de Leipzig (s. xvii), *ob. cit.*, págs. 117 y sigs., y 353 y sigs.

(29) Ver a estos efectos el estudio del Registro Mercantil en Alemania y su comparación con el Registro Mercantil francés.

(30) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 60.

(31) COLORNI, V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Varese, 1968, págs. 200 y sigs.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 149 y sigs., y 160 y sigs.; sobre lo tardío de la instauración de un sistema de publicidad registral inmobiliaria y las dificultades de su admisión en el Ordenamiento francés, *vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, *ob. cit.*, págs. 252 y sigs.

Curiosamente, sin embargo, la decadencia y desaparición del sistema corporativo no llevó consigo la desaparición de los Tribunales de Comercio, sino que, por el contrario, se mantuvieron y aumentaron su actividad. Y va a ser sobre ellos como se intentó construir una relativa publicidad de las situaciones de contenido negocial relevantes para el tráfico cuya inscripción en aquellos se posibilita (32). La construcción francesa de la publicidad se efectúa en este período histórico con una técnica inadecuada basada en la declaración de la nulidad de aquellas situaciones no inscritas para las que su inscripción en los Tribunales de Comercio tuviera un carácter preceptivo (por ejemplo, artículo 6 sobre autorización de menores para el ejercicio del comercio; título VIII sobre regímenes matrimoniales; artículo 2 del título IV sobre sociedades, etc., de la Ordenanza de Comercio Terrestre de 1673). Y esta técnica va a perdurar en su influencia en algunas legislaciones europeas hasta épocas recientes, como habrá ocasión de exponer al describir la situación de los diferentes modelos básicos de Derecho comparado.

La defensa de los terceros a través de la consideración como constitutiva de la inscripción en los Registros llevados por los Tribunales de Comercio de todas aquellas situaciones inscribibles se revela como inadecuada para una eficaz defensa de los terceros en cuanto que puede llegar a producir efectos perjudiciales para ellos en contra del amparo que realmente se quiere conseguir. La nulidad de las situaciones publicables y que no lo fueron lleva consigo la nulidad de todo lo actuado en función de ellas, lo que produce no sólo inseguridad del tráfico, sino también el que las consecuencias de la nulidad no tengan que ser necesariamente las más ventajosas para el tercero que actuó confiado en la legalidad de las situaciones aparentes con las que se enfrentaba en lo que es la actuación normal del tráfico. La nulidad podrá tener su razón de ser como mucho entre los que fueron parte de una situación inscribible y que no lo fue, pero no de forma inexorable frente al tercero, al que debería concedérsele en todo caso la posibilidad de optar o no por la nulidad de las situaciones no inscritas. Y es en este sentido en el que ya algunos comentaristas de las Ordenanzas criticaron la bondad de esta técnica de la nulidad de las situaciones no inscritas como defensa del tráfico y de los terceros (33) y en el que la realidad del tráfico se impuso haciéndolas caer en desuso (34). Sin embar-

(32) La Ordenanza de 1673 (Título XII) reguló los Tribunales de forma extensa y la Ley de 1790 mantuvo y extendió sus competencias.

(33) JOUSSE, *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673*, Poitiers, 1828 (con notas de BECANE), págs. 86 y sigs. y 225, recogido por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *op. cit.* p. 60.

(34) AFFERNI, V., *Il Registro delle Imprese. Trattato di Diritto Commerciale* (dirigido por GALGANO), v. II, L'impresa, Padova, 1978, pág. 163.

go, esta misma técnica pasó al Código de Comercio francés de 1807, desde donde a pesar de múltiples críticas persistió y extendió su influencia a otros países, constituyendo la otra línea de influencia en la configuración de los sistemas de eficacia registral, que junto a la de origen germánico influyeron en los diversos Ordenamientos europeos, tal y como se verá al examinar el Derecho comparado.

**D) LA CONSTRUCCIÓN DE LOS REGISTROS MERCANTILES CENTRALIZADOS
Y LA SISTEMATIZACIÓN DE LA EFICACIA REGISTRAL**

El período que parte desde la Codificación contribuye a la unificación y creación de los Registros Mercantiles centralizados en torno a los cuales se va a ir construyendo la eficacia de la publicidad registral basada en el efecto de la inoponibilidad de lo inscrito, aunque todavía pervivan durante un cierto tiempo los efectos de la técnica francesa de la nulidad de lo no inscrito, si bien de otro lado se pugne por la extensión al campo registral mercantil de otros efectos doctrinales más genuinamente propios del campo registral inmobiliario. E incluso se manifiesta una nueva visión registral tendente a construir el Registro Mercantil más sobre la base de la empresa y el empresario que sobre el tradicional soporte del comerciante. Pero todo esto constituye ya parte de una línea de actuación que sin solución de continuidad llega hasta nuestros días y que por lo tanto ha de tener su tratamiento dentro de lo que es propiamente la exposición del Derecho comparado.

La exposición de los principales sistemas registrales mercantiles europeos y su análisis crítico en un proceso evolutivo de acercamiento de los diversos Ordenamientos, que el marco de la Comunidad Europea potencia y estimula, se constituye así en objeto de estudio a través de modelos esenciales del Derecho comparado.

La progresiva perfección del modelo de eficacia publicitaria del Registro de Comercio francés, el intento doctrinal de desarrollo de la eficacia registral del Registro Mercantil Alemán y el intento de construir un Registro de la empresa en la legislación italiana son los ejes en torno a los cuales gira el progresivo desenvolvimiento de los Registros Mercantiles francés, alemán e italiano desde la Codificación hasta nuestros días.

II. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO DE COMERCIO FRANCES (*)

La más que probable modificación de nuestro sistema registral mercantil como consecuencia de su necesaria adecuación a la normativa comunitaria, aconseja tener presente en todo momento los modelos existentes en los demás ordenamientos jurídicos de los países comunitarios.

La reciente publicación del Decreto de 30 de mayo de 1984 sobre el Registro de Comercio de Sociedades en Francia hace así necesario el estudio del sistema que presenta y sirve además de pretexto para la realización de un examen ponderado y crítico de la evolución del tratamiento de los efectos publicitarios en el Registro de Comercio francés.

La finalidad que con este trabajo se persigue no es por lo tanto otra que la de ofrecer una representación del sistema material de la eficacia publicitaria y de su valoración crítica, tratando de resaltar exclusivamente el sistema de efectos registrales sobre los que la institución se estructura; por lo que, salvo en lo inevitable, se prescinde conscientemente de la exposición de todos aquellos temas que son tradicionales en el tratamiento de la institución registral (organización, situaciones inscribibles, la función constitutiva y declarativa de la inscripción, la calificación y control, etc.).

1. CARÁCTER Y JUSTIFICACIÓN DE LA EXPOSICIÓN EVOLUTIVA DEL SISTEMA

El conjunto de principios que constituyen «la publicidad» del sistema jurídico francés, tanto en su vertiente hipotecaria e inmobiliaria como en su vertiente mercantil, Registros de la Propiedad y de Comercio respectivamente, pertenecen a los sistemas que centran su eficacia publicitaria registral en torno al efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito (35).

El sistema de publicidad registral mercantil francés ha sido el fruto de una lenta y continua evolución que, dejando aparte los antecedentes que van hasta la caída del Antiguo Régimen, se desarrolla en el período que transcurre desde la publicación del Código de Comercio en el año 1807 hasta la

(*) Vid. SEQUEIRA, A., «La eficacia publicitaria en el Registro de Comercio francés», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 1.475, diciembre 1987, págs. 3818 y sigs., que ahora se actualiza.

(35) LACRUZ BERDEJO, J. L., y ASÍS SANCHO, F., «Derecho inmobiliario registral», *Elementos de Derecho Civil*, III bis., Barcelona, 1984, págs. 25 y sigs.; ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1968, págs. 145 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., «La reforma del sistema inmobiliario francés», *RCDI*, núm. 157, año 1941, págs. 521 y sigs.; RIPERT, G. (12 edición, por ROBLET, R.), *Traité élémentaire de Droit Commercial*, t. I, París, 1986, págs. 143 y sigs.; RODIERE, H., y HOUIN, R., *Droit Commercial*, t. I, París, 1970, págs. 94 y sigs.

última disposición del Decreto número 84-406, de 30 de mayo de 1984, que regula sistemáticamente «el Registro de Comercio y de las Sociedades».

Este largo período, de casi dos siglos de duración, muestra un itinerario que parte desde la prácticamente inexistencia de una clara publicidad registral hasta su actual situación, que aun manteniendo la publicidad registral dentro del marco de los sistemas con efectos de mera inoponibilidad a terceros de los hechos no inscritos se aproxima a los sistemas registrales con efectos de presunciones legitimatorias. El proceso constituye una línea de continuidad que, sin grandes saltos ni discontinuidades, muestra la evolución de un sistema que hoy constituye uno de los dos fundamentales sobre los que se asientan los diferentes sistemas registrales mercantiles: Sistemas de inoponibilidad de lo no inscrito y de presunciones de exactitud y veracidad de lo inscrito.

Este lento discurrir requiere y justifica la exposición evolutiva del sistema en cuanto que cada período es un engarce entre el anterior y el que se empieza a desarrollar, pero sin que nunca pueda llegar a hablarse de corte o ruptura entre ellos.

Aunque es el período codificador el punto del que hay que partir como precedente inmediato para la construcción del actual sistema registral francés, la existencia de tres hechos previos que por su especial naturaleza tienen cierta relevancia para el Derecho francés hace que deba procederse, aunque sólo sea muy someramente, al examen de los mismos por su incidencia en la configuración del Registro de Comercio francés.

Uno es el hecho conocido de que, sin ignorar las situaciones que al mismo tiempo se producían en otras naciones, fue Francia el país que de una manera más rigurosa desencadenó el paso de una sociedad medieval y estamental a otra industrial regida, aunque con ciertas atenuaciones, por el principio de libertad en el campo industrial y del comercio. Ello trajo consigo, como consecuencia, la desaparición y abolición de los gremios en cuanto exponente fundamental de una sociedad de compartimentos estancos (36), repercutiendo en lo que hubiera podido constituir el antecedente formal inmediato de un Registro Mercantil al desaparecer con ellos las listas de los afiliados al gremio que servían de base a ciertas presunciones (37).

El otro hecho es la existencia y el mantenimiento a pesar de la Revo-

(36) Las Corporaciones fueron suprimidas por la Ley de 17 de marzo de 1791. GODECHOT, J., *Los orígenes de la Revolución francesa*, Barcelona, 1974, págs. 11 y sigs.

(37) Entre ellas fundamentalmente el carácter de comerciante de la persona inscrita, aunque en realidad eran presunciones que miraban más al régimen interno de los gremios y a sus consecuencias jurídico-públicas que a lo que hoy entenderíamos como publicidad frente a terceros. PIRENNE, H., *Historia económica y social de la Edad Media*, México, 1970, págs. 131 y sigs.; GARCÍA VALDEAVELLANO, L., *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1979, págs. 285 y sigs

lución Francesa de los Tribunales de Comercio (la Ley de 1790 no sólo mantiene estos tribunales, sino que además aumenta su competencia en los asuntos marítimos), que desempeñaron una actividad publicitaria durante el período anterior a la publicación del Código de Comercio al exigir la publicidad y registro de determinados hechos bajo graves penas que incluían la nulidad del acto mismo (así, por ejemplo, el título 8.º, arts. 1.º y 6.º de la Ordenanza de 1673 con respecto a la publicación de los regímenes matrimoniales y de las sociedades), sin ofrecer un claro deslinde entre los conceptos y las consecuencias jurídicas que derivan de las diferencias que existen entre publicidad y forma, y mucho menos una efectiva regulación de la publicidad registral mercantil y de sus posibles efectos.

La importancia de las funciones de estos Tribunales de Comercio y la continuidad y evolución de la institución llevó a que, ante la no regulación por el Código de Comercio de un Registro Mercantil por su consideración como posible manifestación de situaciones clasistas y estamentales, fueran ellos los encargados de una publicidad que contenía ya claramente los gérmenes del sistema francés de inoponibilidad registral, si bien de un modo un tanto parcial y asistemático. Se puede afirmar, pues, que los Tribunales de Comercio constituyen el antecedente inmediato y central de la publicidad registral y mercantil.

Por último, hay que señalar la posición, más de carácter doctrinal que legal, que vino afirmando bajo la no completamente acertada interpretación del Código de Comercio francés, que el Derecho Mercantil dejaba de ser un ordenamiento de comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, para pasar a ser el Derecho de unos actos especiales, con indiferencia de la situación de comerciante o no del que los realiza (38).

Esta concepción fue, con probabilidad, determinante para la no posterior inclusión en el Código de Comercio francés de un instituto registral mercantil por temor a que pudiera verse en él la subsistencia de viejas concepciones de clase, a pesar de que el Código de Comercio francés nunca prescindió del comerciante como figura central del Derecho Mercantil y de contar con antecedentes históricos de intensa publicidad inmobiliaria (39).

La concatenación estrecha entre las diferentes fases por las que transcurre la evolución del sistema publicitario (desde el Código de Comercio, pasando por la Ley de 1919 y el Decreto 1953, configuradoras del Registro de Comercio, hasta su actual conformación a raíz de las reformas que surgen a partir de 1967 y que desembocan en el vigente Decreto de 30 de

(38) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *Traité de Droit Commercial*, París, 1954, pág. 166.

(39) Se intentó regular un sistema general de la publicidad durante la Revolución y se introdujo un atenuado sistema de transcripción y de inoponibilidad para el tráfico inmobiliario raíz de la Ley de 11 Brumario del año VII.

mayo de 1984) se construye como un conjunto de eslabones en el que cada período reforma, manteniendo lo esencial, el período precedente, a la vez que pone las bases que darán lugar a la construcción del período siguiente. Este transcurrir hace que sea necesaria la exposición de todo el proceso evolutivo, no como justificación de un análisis histórico, sino como explicación de un presente que es, en gran parte, historia.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PUBLICITARIO DESDE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS HASTA LA LEY DE 1919, INSTAURADORA DEL REGISTRO DE COMERCIO

A) *La situación en el Código de Comercio francés de 1807: posibles manifestaciones de la inoponibilidad y de otros efectos presuntivos*

El primer jalón de esta evolución que, sin la existencia de fuertes cambios en el sistema, nos lleva a la actual situación en materia de publicidad lo constituye la fase de vigencia del Código de Comercio francés hasta la Ley de 1919, instauradora del Registro Mercantil.

Un examen detenido del articulado del Código pone de manifiesto la existencia incipiente de lo que será el futuro Registro Mercantil e, incluso, la presencia en algunos preceptos de «aquellos efectos» que luego serán ordenadores del sistema registral francés.

Es cierto que falta un órgano adecuado que esté encargado de llevar a cabo como función determinante el fin de la publicidad, pero ésta es llevada a cabo por aquellos órganos que luego constituirán el núcleo central de la organización registral. Se trata de los Secretarios de los Tribunales de Comercio, que son el antecedente inmediato de los actuales *Greffier*.

Asimismo, la publicidad es llevada de una manera esporádica y, a veces, con la misma relevancia que la mera publicidad noticia de los periódicos, tablones de anuncios, etc.

Existe una falta de concepción general y sistemática del concepto de publicidad y en ningún momento se puede hablar de la existencia de un conjunto de efectos publicitarios que la den base, aunque aisladamente sí se pueda observar el nacimiento de un tímido efecto de la publicidad, concretamente el de la inoponibilidad de lo no inscrito.

La realidad positiva es, pues, la de una publicidad que carece de una concepción unitaria y sistemática, carente de órganos adecuados y dispersa a lo largo de todo el articulado del Código de Comercio, regulando tan sólo esferas parciales y casos muy concretos y sin que en ningún momento se haga presente la existencia de preceptos publicitarios con una

esfera de aplicación de carácter general en lo que a la eficacia registral se refiere.

La existencia de una tenue manifestación de la inoponibilidad de lo no inscrito o incluso de un cierto valor presuntivo podía deducirse con probabilidad en torno a una serie de supuestos entonces contemplados por el Código:

a) Con respecto a los comerciantes individuales ·

— Caso del menor emancipado.

— Caso de la publicidad de régimen matrimonial de bienes y de separación.

a') Caso del menor emancipado

Entre los requisitos señalados por el artículo 2.º del Código de Comercio para el ejercicio del comercio por el menor emancipado se preceptuaba el hecho de que «no podrá comenzar las operaciones de comercio si el acto de autorización no ha sido *registrado y publicado por anuncio* en el tablón del Tribunal de Comercio del lugar donde el menor quiere establecer su domicilio».

¿Podría hablarse aquí con puridad de la existencia de publicidad, aunque tan sólo fuera en el sentido de mera publicidad formal?

No parece que una consideración meramente dogmática de la actuación del menor autorizado lleve a la consecuencia de poder considerar nulas sus actuaciones por falta de inscripción de la autorización (40). El hecho de la inscripción del acto de autorización no se ve de qué manera podría ser considerado como elemento esencial y no meramente accidental. Se trata realmente de una inscripción no constitutiva en cuya finalidad cabría ver una información a favor de tercero para que sepa en qué situación se encuentra el menor que con él contrata. Quizás, incluso, pudiera hablarse de la existencia de una cierta fuerza presuntiva derivada no de la inscripción, sino del funcionario ante el que se realizó la autorización al haber tenido ésta que ser hecha ante Juez o Notario (41). La falta de inscripción de la autorización del menor emancipado con autorización para ejercer el comercio, o del que sin dedicarse a él efectúe aisladamente actos de comer-

(40) THALLER, E., *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1910, pág. 97.

(41) PARDESSUS, J. M., *Cours de Droit Commercial*, t. I, París, 1856, pág. 62. En contra, MASSÉ, M., *Le Droit Commercial*, t. I, París, 1845, pág. 74.

cio (42), sería inoponible al tercero que contrató con él, en cuanto que lo contrario iría en contra de la finalidad inmediata de información a tercero y de sanción al que no inscribió (43).

Se trata de un precepto confuso y poco preciso en el que todavía no se diferencia claramente la forma del acto publicado y la forma propia de la publicación, ni se señala claramente cuáles sean los efectos propios de la publicidad, aunque quizá ya pueden observarse los dos elementos fundamentales que van a venir marcando la institución registral hasta la nueva situación que se produce a raíz del año 1953: Los Tribunales como instituto registral y la publicidad como simple información.

b') Caso de la publicidad del régimen matrimonial de bienes
y de separación de bienes

El Código de Comercio francés de 1807, siguiendo la línea de la Ordenanza de 1673, aunque con ciertos retoques y añadidos (44), regulaba en sus artículos 65 a 70 no sólo el aspecto referente a la publicidad del régimen matrimonial de bienes, sino también el de la separación de bienes y cuerpos, conteniendo algunos aspectos de naturaleza publicitaria en los que sí podría hablarse ya de la existencia de una base sobre la que poder fundamentar el desarrollo de los futuros efectos registrales.

Las dos situaciones que bajo el epígrafe incorrecto en su redacción de «separación de bienes» se regulan se analizan con referencia tan sólo a lo que el aspecto publicitario atañe, siguiendo un orden lógico como correspondería a su desenvolvimiento en el tiempo y no según el orden numérico de los preceptos.

1. La publicidad del contrato del matrimonio de comerciantes. La situación sobre la publicidad del contrato de matrimonio de comerciantes (arts. 67 a 70) perseguía una cierta publicidad, que en principio queda reducida a ser una mera información, del régimen matrimonial de los comerciantes o al menos en el que uno de ellos lo sea, a fin de que el tercero que con ellos contratase tuviera noticia sobre la extensión y situación de los

(42) MASSÉ, M., *ob. cit.*, pág. 73.

(43) AFFERNI, V. (recogiendo a LYON-CAEN y RENAULT), «Il Registro delle imprese», *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, t. II, L'Impresa, Padova, 1978, pág. 162, afirma que «la consideración de las operaciones realizadas por un menor cuya autorización para actuar no fue publicada podría llevar a la anulabilidad de los mismos a favor del menor y en contra de lo que es la finalidad publicitaria de informar a terceros que puede prevalecerse de lo no inscrito. PARDESSU, J., *ob. cit.*, pág. 33, entiende que podrían considerarse como actos ajenos al comercio los celebrados por el menor sin autorización inscrita.

(44) Ordenanza de 1673, título VIII. artículo 1.º

bienes que podían quedar afectos a la responsabilidad de los posibles créditos que de sus mutuas relaciones nacieran (45).

Una interpretación literal de los términos de los artículos reguladores de la situación descrita (46) no permite sostener de manera clara la existencia de un efecto de inoponibilidad a los terceros de lo no inscrito, máxime cuando la obligación de inscripción se imputa al Notario otorgante y no a los que contraían el régimen matrimonial (art. 68). Es lógico que la sanción recaiga sobre el Notario obligado a enviar el extracto señalado en el artículo 67 y no sobre los comerciantes que contrajeron matrimonio, impidiéndoseles que puedan oponer a las pretensiones de los terceros la realidad de su contrato matrimonial (47). Y ésta parece ser la razón por la cual el Código establecía una sanción, primero, de multa para el Notario y, después, si se probara que hubo colusión, de destitución o incluso de responsabilidad hacia los acreedores (48).

La falta de una clara explicitación en torno a la eficacia publicitaria, ni tan siquiera la de mera inoponibilidad a los terceros de lo no inscrito, no debe entenderse como una falta absoluta de relevancia a la publicidad en los tablones del extracto del contrato de matrimonio (art. 67), ya que no hay que olvidar el carácter público del documento, así como la posibilidad de que su exposición conste como medio de prueba.

La situación que se contemplaba, la exposición que en los tablones se efectúa con la asistencia de los Tribunales, era la de una publicación muy limitada y con inexistencia de efectos materiales derivados de ella; lo que

(45) PARDESSUS, J. M., *ob. cit.*, pág. 54; THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 145.

(46) Artículo 67: «Todo contrato de matrimonio entre esposos de los cuales uno fuera comerciante será enviado por extracto, en el mes de su celebración, a los Secretarios de las Cámaras designadas por el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil para ser expuestos en los tablones de acuerdo con el mismo artículo».

Artículo 68: «El Notario que hubiera realizado el contrato de matrimonio tendrá obligación de hacer el envío prescrito por el artículo anterior bajo pena de 100 francos de multa e, incluso, de destitución y responsabilidad hacia los acreedores si se prueba que la omisión ha sido consecuencia de un acuerdo».

Artículo 69: «Todos los esposos que tuvieran separación de bienes o que estuvieran casados bajo el régimen dotal y que adquieran la profesión de comerciante con posterioridad a su matrimonio estarán obligados a hacer el mismo envío dentro del mes en el que hubieran abierto su comercio bajo pena en caso de quiebra de ser castigado como quebrado fraudulento».

(47) LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *Precis de Droit Commercial*, t. I., París, 1884, pág. 121.

(48) Son preceptos de carácter coactivo obligatorio con la finalidad de llevar a cabo la publicidad del aspecto patrimonial de los matrimonios entre comerciantes, cuyo interés para el tercero reside en la posibilidad de conocer la situación si está inscrita y en la exigencia de responsabilidad al Notario en caso de que la falta de envío del extracto del contrato de matrimonio a los tribunales fuera fruto de colusión con los comerciantes

en realidad fue un paso atrás con respecto a la Ordenanza francesa de 1673 que imponía la inexistencia de las cláusulas que, derogando el régimen de comunidad, no se inscribieran (49).

Sin embargo, aunque ésta es la posición generalmente mantenida por los autores de la época, existen ya algunos que, o bien de una manera absoluta afirman la inoponibilidad de lo no inscrito en función de la no culpabilidad de los terceros con respecto a la no publicación de estos hechos (50), o que bien lo afirman tan sólo para el caso de que hubiera habido colusión entre los esposos y el Notario (51). Pero la realidad es que una mera interpretación literal de estos preceptos y de su análisis sistemático no dan una visión que posibilite afirmar claramente la defensa del tercero a través del efecto de inoponibilidad. Por vía indirecta se vino, sin embargo, a dar una entrada limitada a la inoponibilidad de lo no inscrito en cuanto que la Ley de 10 de julio de 1850 introdujo la obligación de declarar al oficial del Estado en el momento de haber celebrado matrimonio la existencia, en caso afirmativo, de un contrato matrimonial, sancionando, en el caso de incumplimiento, la presunción de haber celebrado el matrimonio bajo el régimen de comunidad de bienes, a la vez que se reputa a la mujer capaz de contratar con respecto a los terceros en los términos autorizados por el Derecho común (52). Y es por esta vía, en lugar de haber seguido un sistema de perfeccionamiento de los preceptos antes señalados, por donde se intentó crear una mínima defensa de los terceros, haciendo hasta cierto punto ya innecesaria la existencia de los mencionados preceptos del Código de Comercio.

2. La publicidad de las sentencias de separación de bienes y de cuerpos entre esposos cuando al menos uno de ellos fuera comerciante.

Es a través de la publicidad de estas sentencias de separación donde podría verse, con algo más de claridad que en ninguna de las otras situaciones, la existencia de un efecto publicitario que de una manera ya directa busca la protección de los terceros a través de la inoponibilidad de lo no publicado. Se sanciona la imposibilidad de alegar frente a terceros la existencia de hechos que, siendo publicables, no lo fueron (art. 66) (53).

(49) Ordenanza francesa de 1673 (tít. VIII, art. 1.º), «la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée».

(50) THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 145.

(51) ALAUZET, J., *Commentaire de Code de Commerce*, París, 1879, págs. 8-9.

(52) ALAUZET, J., *ob. cit.*, pág. 10.

(53) Artículo 66: «Toda sentencia que pronunciase una sentencia de separación de cuerpos o un divorcio entre cónyuges, de los que uno fuera comerciante, estará a las formalidades prescritas por el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, y a falta de su incumplimiento los acreedores podrán siempre oponerse en todo aquello que concierna a sus intereses y a contradecir toda liquidación que se siguiera de aquélla».

El incumplimiento de las formalidades prescritas (el art. 872 señalaba la lectura de la sentencia ante la audiencia del Tribunal de Comercio y su publicación en los tabloneros del Tribunal de Comercio de su domicilio como medios de publicidad formal que posibilitan a los terceros el conocimiento de aquellas situaciones consideradas por la Ley de interés para conocimiento de terceros, si bien no de una manera general, sino dirigido a momentos y hechos determinados) introducía de una manera limitada la inoponibilidad, porque, en efecto, este artículo 66 sanciona ya el efecto típico de la inoponibilidad, «lo no publicado no perjudica a terceros», si bien, en otros términos dicho, «los acreedores podrán siempre oponerse», aunque sólo con respecto a las relaciones entre comerciantes y sus acreedores. Sin que de aquí se pudiera deducir un efecto de alcance generalizado a todas las situaciones publicables y no publicadas, la realidad es que a través de este artículo 66 es en donde, de una manera más clara, se encuentra introducida en el Código de Comercio una manifestación de la inoponibilidad.

b) Con respecto a los comerciantes sociales

Examinadas aquellas situaciones que con respecto a los comerciantes individuales parecen ofrecer la existencia de un germen de efectos publicitarios, corresponde examinar, siguiendo el orden marcado en un principio, la situación que con respecto a los efectos publicitarios presentan los comerciantes sociales; en definitiva, la situación que en este período, anterior a la existencia de un Registro Mercantil y un sistema publicitario, presentan las sociedades en el tráfico mercantil.

El comerciante social durante este período, que transcurre desde la publicación del Código de Comercio hasta la Ley de Creación del Registro de Comercio del año 1919, va a seguir en sus líneas fundamentales la posición mantenida por aquellas disposiciones anteriores que disponían frente a la nulidad absoluta señalada por la Ordenanza de marzo de 1678 (art. 6) la nulidad de las sociedades no publicadas sólo entre socios y no también frente a terceros (54). Esta línea se caracteriza por la intromisión del elemento publicitario dentro de la construcción negocial de la sociedad, si bien es verdad que no se llegó a contemplar esta intromisión con una rigidez absoluta, cayendo incluso en desuso las disposiciones que así lo disponían.

La regulación de la publicidad de las sociedades dentro del Código de Comercio se contenía en los artículos 42 a 46, siendo fundamento el artículo

(54) Así la Ordenanza de BLOIS de 1579. GIRÓN TENA, J. M.^a, «Las sociedades irregulares», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 129 y sigs.

42, párrafos 1.º y 3.º, el que da una visión completa de la función de la publicidad con respecto a los tipos societarios de carácter personalista:

Artículo 42.1.º: «El extracto de las actas de sociedades en nombre colectivo y en comandita debe ser remitido, dentro de la quincena de su fecha, al oficial del Tribunal de Comercio del distrito en el que está establecida la casa de comercio de la sociedad para ser transcrito en el Registro, publicado mediante exposición en la sala de audiencias».

Artículo 42.3.º: «Estas formalidades serán observadas bajo pena de nulidad en lo que a los interesados respecta, pero la omisión de alguna de éstas no podrá ser opuesta a los terceros por los socios».

Los tipos societarios de carácter capitalista se desenvuelven por otros derroteros (55) en los que no se puede hablar verdaderamente de fenómeno publicitario.

El estudio de este artículo 42 pone de relieve los elementos fundamentales que en el aspecto formal van a constituir el soporte de la publicidad registral: la función importantísima que los Tribunales van a tener en el desarrollo publicitario y el sistema de transcripción como una de las técnicas fundamentales que se dan en los diversos sistemas registrales. No es, sin embargo, este aspecto formal el que interesa examinar, si bien hay que señalar que sobre la complicación que el doble sistema de transcripción y *affichage* supone va a venir a añadirse más tarde la publicación en periódicos, conforme a las Leyes de 1814 y 1833, que no puede ser entendida de otra manera que como una manifestación de la publicidad ya efectuada ante los tribunales.

El aspecto que dentro del contexto importa examinar, sin desconocer la mutua interrelación que entre ambos existe, es el de los efectos materiales que la publicidad desarrolla.

La publicidad del artículo 42 parece que se desenvuelve dentro de una esfera que, en puridad de conceptos, no supone sino la invasión de terrenos sobre los que no tiene por qué manifestar sus efectos y que es el campo de las relaciones interpartes dentro del mundo negocial. Invasión y efectos que tienen su plasmación en el ámbito de las sanciones al someter a nulidad las relaciones societarias en aquellas sociedades que no hubieran cumplido las

(55) Los tres tipos societarios admitidos por el Código de Comercio de 1807 son el colectivo, el comanditario y las anónimas (art. 19), y las sociedades anónimas al estar sometidas para su nacimiento al sistema de «autorización» (art. 37) no van a verse afectadas por un verdadero principio de publicidad hasta la promulgación de la Ley de 1867.

formalidades requeridas. Esta nulidad con la que se sanciona el incumplimiento de las formalidades por el artículo 42 no se puede oponer, sin embargo, por los socios a los terceros. Contra lo que quizás a primera vista podría suponerse, movidos fundamentalmente por el término *opposé* del mencionado artículo 42, no se está ante una verdadera situación de inoponibilidad de lo no inscrito. El principio de inoponibilidad supone la existencia de situaciones vinculantes y eficaces entre las partes, pero que por el hecho de no haber sido publicadas no pueden ser opuestas a los terceros, es decir, la primacía de la apariencia sobre lo no conocido por falta de publicidad, salvo supuestos de mala fe. Y éste no parece ser el supuesto querido por el artículo 42, que se mueve tan sólo en un ámbito extrapublicitario, intentando configurar el requisito publicitario como elemento esencial del negocio societario y cuyo incumplimiento llevaría, lógicamente, a la inexistencia del mismo por vía de la nulidad. Pero no parece que tampoco aplique rígidamente este camino en cuanto que la figura del negocio societario tiene plena vigencia durante quince días con independencia del cumplimiento de los requisitos publicitarios y, además, el incumplimiento de los mismos no puede ser oponible a terceros. Estamos más bien, como afirma THALLER, ante una causa de disolución anticipada (56) y que no afecta a la condición de terceros. Una estricta consideración de la falta de publicidad como causa de nulidad de las sociedades llevó en muchos casos a entender como válida la oposición de la nulidad entre los socios para eludir el cumplimiento de lo entre ellos pactado, así como la posibilidad de que los acreedores individuales de los socios pudieran dirigirse también contra el patrimonio de la sociedad en competencia con los acreedores sociales, con disminución de las garantías patrimoniales de la sociedad con que los terceros habían contado al contratar. La teoría de las sociedades de hecho, así como el derecho de opción de los acreedores sociales para dirigirse contra el patrimonio social o el de los socios intentó cortar estas consecuencias.

La solución del Código parecía más bien pensada para cortar el fraude a los singulares acreedores a los que se les sustraía bienes aportándolos a una sociedad ficticia que a favor de los terceros a los que realmente debía ir dirigido el amparo de lo aparente frente a lo no público (57).

El tratamiento de la «personalidad jurídica» de las sociedades mercantiles viene fuertemente condicionado por el lastre de la Revolución Francesa y la concepción antirrevolucionaria que para ella suponía la existencia de los cuerpos morales y, en consecuencia, su otorgamiento va a ser mirado

(56) THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 218.

(57) Sobre estos temas ver la exposición de AFFERNI, V., «Il Registro..», *ob. cit.*, págs. 164 y sigs.

con desconfianza y se va a configurar como una concesión especial del Estado (58). Esta suspicacia y sistema de concesión van a perdurar hasta el siglo XIX, en el que la jurisprudencia va a deducir la personalidad jurídica (59) partiendo de la interpretación de algunos textos (60) que parecen conceder un cierto grado de autonomía patrimonial, aunque las posiciones de la doctrina durante este período no son ni mucho menos uniformes (61). No será hasta la Ley de 1867 sobre Sociedades por Acciones cuando se producirá la total desaparición del sistema de autorización, que hasta entonces va a subsistir para las sociedades anónimas debido fundamentalmente a las connotaciones de carácter público que el origen de dichas sociedades llevó consigo. Esta diferente configuración de tipos societarios se reflejó, naturalmente, en un diverso sistema publicitario, las sociedades anónimas no quedan sometidas a las reglas publicitarias del artículo 42 y sólo la supresión del sistema de autorización hará posible la configuración de un régimen unitario de publicidad para todos los tipos sociales mercantiles mediante la promulgación de la Ley de 1867 (62).

B) *Ley de 24 de julio de 1867 sobre las Sociedades por Acciones*

El desarrollo del sistema de producción capitalista durante el siglo XIX y la función que las sociedades por acciones dentro del mismo estaban abocadas a cumplir por ser el instrumento económico aglutinante de concentración del capital necesario desbordaron el rígido sistema de autorización a que las sociedades anónimas, como tipo fundamental de esta clase de sociedades por acciones, venían sometidas (63).

(58) FERRARA, F., *Teorías de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, págs. 89 y sigs.

(59) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 499.

(60) Artículos 529 del Código Civil y 69 de la Ley de Procedimiento Civil.

(61) DE BENITO, J., *La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*, Madrid, págs. 83 y sigs. Da una exposición de las diferentes posiciones de la doctrina francesa en las décadas inmediatas bastante completa en relación con la configuración de la personalidad jurídica.

(62) La desconfianza con respecto a las figuras con forma de asociación perduró con toda rigidez hasta la Ley sobre Asociaciones de 1901 en que el sistema de concesión y de negación de personalidad jurídica se vio dulcificado en muchas de sus manifestaciones.

(63) El desarrollo del sistema capitalista con el abanderamiento de la ideología del liberalismo había ido cubriendo con una dispersa legislación los vacíos que, debido a la existencia de una concepción arcaica de la función y estructura de las sociedades por acciones, era necesario rellenar para favorecer y no dificultar el inevitable proceso que las nuevas relaciones de producción traían consigo. Junto a estas razones generales de naturaleza económica colaboraban otras más locales de tipo nacional y político, como, por ejemplo, la competencia por el mercado con Inglaterra, que una política de tipo

Diversas leyes venían así cubriendo de una manera no sistemática esa inadecuación entre la situación económica y legal: la Ley de 1856, que vino a regular las sociedades comanditarias por acciones, supliendo la casi nula regulación que de ellas hacía el Código de Comercio y protegiendo los intereses no sólo de los socios que permanecían alejados de la gestión, sino también de los terceros que con ellas contrataban, evitando la multitud de abusos que venían produciéndose; la Ley de 1863, que intentando cubrir las necesidades comerciales suavizó el sistema de autorización y creó bajo el nombre de sociedades de responsabilidad limitada un tipo de sociedades anónimas con un capital que debía ser inferior a los 20 millones y que estaba dispensada del sistema de autorización (64). Esta situación de inadecuación legislativa con la realidad y de dispersión legislativa no podía subsistir sino de manera transitoria, y así, en efecto, la promulgación de la Ley de 24 de julio de 1867 sobre Sociedades por Acciones vino a adecuar y uniformar la confusa situación existente (65).

La supresión por esta Ley no sólo de la dispersión legislativa existente en torno a las diferentes clases de sociedades por acciones, sino también de la técnica de concesión mediante autorización para las sociedades anónimas (66), hizo innecesario un diferente tratamiento en orden a la publicidad para una y otra clase de tipos societarios. Y este lógico tratamiento unitario en orden a la publicidad se encargó también de recogerlo la Ley de 24 de julio de 1867 en sus artículos 55 y siguientes.

La entrada en vigor de esta Ley, con la uniformidad publicitaria establecida para todas las sociedades, llevaba necesariamente a tener que abolir aquel articulado del Código de Comercio que se revelaba como superfluo (67) y asumir por sí sola la tarea de legislar la publicidad sobre sociedades.

La realidad es que la normativa de esta Ley no añade ninguna modificación esencial con relación a su contenido sustancial en lo que a la materia publicitaria se refiere y, en términos generales, se puede afirmar que excep-

intervencionista dificultaba en la pugna con las sociedades inglesas libremente constituidas. HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 632; RUBIO GARCÍA MINA, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. Madrid, 1967, págs. 3 y sigs., BIRMIE, A., *Historia económica de Europa*, Barcelona, 1957, págs. 93 y sigs.

(64) No confundir con el tipo de sociedades de responsabilidad limitada que se introdujo por la Ley de 7 de marzo de 1925. LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *ob. cit.*, págs. 203 y sigs.

(65) La Ley de 17 de julio de 1856 sobre las sociedades comanditarias por acciones es sustituida por los artículos 1º y siguientes de la nueva Ley. La Ley de 23 de mayo de 1863 es igualmente derogada.

(66) Señala su artículo 21: «En el futuro las sociedades anónimas podrán formarse sin autorización del Gobierno».

(67) El art. 65 de la nueva Ley deroga los artículos 42 a 46 del Código de Comercio.

tuando la uniformidad publicitaria para todo tipo de sociedades lo único que realiza es una simplificación de las formalidades, manteniendo el tratamiento tradicional de la misma en lo que a efectos se refiere.

No es, sin embargo, ni el tema de las formalidades (prescindir del *affichage* en los Tribunales de Comercio, reemplazar la transcripción de un extracto por el depósito del acta completa, etc.), ni el de la publicidad formal, de la que propiamente no se puede todavía hablar (no es tal la publicación del extracto en el periódico de anuncios legales y no hay ningún precepto que preceptúe claramente otro tipo de examen por los particulares), lo que interesa examinar como germen del efecto de la eficacia publicitaria. El punto que en relación con ello requiere nuestro estudio es el relativo a la existencia o no de efectos derivados de la observancia o inobservancia de las mencionadas exigencias. La regulación de lo que, con reticencias terminológicas, podrían ser efectos materiales de la publicidad se recoge en la nueva Ley en torno a los artículos 55 y 56, que en lo fundamental no son otra cosa que una repetición del derogado artículo 42 del Código de Comercio:

Artículo 55.1.º: «Dentro del mes de constitución de toda sociedad comercial, una copia del acta constitutiva... debe depositarse ante los secretarios de los jueces de paz y del Tribunal de Comercio del lugar en el que esté establecida».

Artículo 56.1.º: «En el mismo plazo un extracto del acta constitutiva se publicará en uno de los periódicos designados para recibir anuncios legales».

Artículo 56.2.º: «Las formalidades señaladas en el artículo anterior y en el presente se observarán, bajo pena de nulidad entre los interesados. Pero la falta de alguna de ellas no se podrá oponer a los terceros por los asociados».

¿Podría hablarse de la existencia en estos nuevos preceptos de un incipiente efecto de publicidad en torno a la inoponibilidad?

La respuesta a la cuestión planteada lleva consigo esclarecer y repetir una serie de cuestiones también válidas para la anterior situación:

- El término de nulidad no debe tomarse en el sentido de nulidad absoluta, sino que, como en páginas anteriores afirmamos, ha de entenderse como causa de disolución anticipada (68).

(68) Véanse páginas 98 y siguientes. Como crítica a la construcción legal de la nulidad ver HEMARD, J., *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, París, 1926, págs. 289 y sigs., y BONELLI, F., «Sulla teoria delle società irregolari», *RDCI*, 1906, págs. 9 y sigs.

- El que los socios no puedan oponer las causas de disolución a los terceros no significa el que éstos no puedan usar de ellas contra los socios.
- El concepto de oponibilidad que se desprende de los términos de la Ley no ha de entenderse con la precisión que hoy podemos dar al concepto en materia registral. Es más bien, como en páginas atrás se señalaba, una situación de defensa de la apariencia y de situaciones adquiridas.

Es cierto que una construcción sistemática sobre el principio de inoponibilidad no existe, ni tampoco es fácil deducirlo de la mera interpretación literal. Sin embargo, cabe construirlo con una interpretación sistemática apoyada por la situación en la que la discusión sobre este punto se encontraba en aquel momento en el campo registral de los bienes inmuebles. En todo caso, sería poner de relieve una situación que si bien no encontraba todavía su formulación legal, sí tenía su manifestación social.

El que los socios no puedan oponer a los terceros «la nulidad» de la sociedad no significaba que los terceros no pudieran hacer valer la nulidad de la sociedad con la que habían establecido determinadas relaciones antes del plazo que la Ley autorizaba para poder efectuar los trámites publicitarios y posteriormente incumplido o que incluso hubieran realizado después de incumplido dicho plazo, aunque esta situación quizás fuera más dudosa en el sentido de repugnar al principio de que nadie puede favorecerse del consciente incumplimiento de las leyes. Otra cosa supondría una situación de preminencia de los socios y sus acreedores con respecto a los acreedores de la sociedad en el mantenimiento de las situaciones de apariencia. La posibilidad de que los terceros invocaran la nulidad de la sociedad por incumplimiento de los requisitos publicitarios, con el consiguiente efecto sobre las relaciones con ellos establecidas, podría ser considerado, aunque un poco forzadamente, como una manifestación atenuada de la inoponibilidad de lo no inscrito, ya que la finalidad de favorecer al tercero dándole la opción de tener en cuenta o no la situación no inscrita también se consigue aquí.

Para una mejor comprensión del tema conviene recordar que en el campo de la publicidad registral sobre bienes inmuebles se estaba desarrollando la pugna entre la concepción germánica (necesidad de la publicidad registral para el mundo de los derechos reales) y la concepción francesa (preferencia de la mera manifestación y concordancia de voluntades, con independencia de la publicidad de la misma para el nacimiento y transmisión de los derechos reales). Y que a pesar del interés de la naciente burguesía en la seguridad, y no sólo para la aportación de capitales al campo de los inmuebles, lo que consiguió con las cédulas hipotecarias, sino

también para el tráfico jurídico de los inmuebles, se optó por rechazar la concepción germánica de la publicidad; no obstante, después de la publicación del Código de Comercio francés, que mantenía silencio en cuanto a la existencia de efectos *erga omnes*, se consiguió la publicación de la Ley sobre Transcripción de 1855, que aunque de una manera muy limitada consagró ya taxativamente el principio de inoponibilidad a terceros de lo no inscrito (69), que suponía una concepción intermedia entre el puro sistema de la clandestinidad y el de la necesaria publicidad germánica.

Aunque parece claro que de una forma inmediata el reflejo del principio de inoponibilidad de lo no inscrito se justifica por razones diversas en el terreno mercantil y en el inmobiliario en cuanto que en el primero la razón fundamental del principio tiende a proporcionar un cierto grado de seguridad en el campo de la capacidad y en el de las responsabilidades y en el segundo en la certeza de las titularidades como un grado de confianza para las relaciones jurídicas sobre inmuebles, lo cierto es, sin embargo, que tanto en un caso como en otro la razón última y mediata es la de proporcionar seguridad al tráfico jurídico facilitando su desarrollo. Y parecía lógico que esta justificación legal que la realidad imponía, y que en su grado más simple admitió la legislación francesa en el campo inmobiliario, también tendría que reflejarse de alguna manera en el sector mercantil, donde las nuevas exigencias de un tráfico más adaptado a la realidad tienen, obviamente, una mayor relevancia y trascendencia, pero sólo mucho después estas consideraciones se convirtieron en realidad normada.

C) *Síntesis recopilativa*

Resumiendo a modo de rápidas conclusiones la situación de la publicidad durante este período preparatorio de la futura regulación del Registro Mercantil, podemos concluir con las siguientes consideraciones:

- Inexistencia de un órgano al que pudiera denominarse Registro Mercantil; sin embargo, la función de los Tribunales constituyen el germen de lo que van a ser los futuros Registros Comerciales franceses y de su estructura eminentemente judicial. Van a ser los Tribunales de Comercio los que serán el antecedente inmediato del Registro Comercial.
- Inexistencia de una construcción legal sistemática de la publicidad con una aplicación general en cuanto a sus efectos y manifestacio-

(69) OLIVER, B., *Derecho Inmobiliario español*, Madrid, 1892-1896, págs. 163 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.; PEÑA, H., *ob. cit.*, págs. 722 y sigs.; GONZÁLEZ, J., «Evolución de los sistemas hipotecarios», *RCDI*, 1925, págs. 616 y sigs.

nes, ya que la publicidad se manifiesta dispersamente y con una gran carencia de efectos; es solamente en torno a la inoponibilidad de lo no inscrito donde podrían encontrarse, con grandes cautelas, un efecto al que en puridad pudiera llamarse publicitario.

- Inexistencia de un claro deslinde de las situaciones extrarregistrales y de las situaciones jurídico-registrales en cuanto a los diferentes ámbitos en que cada uno se debe manifestar. Esta confusión se manifiesta fundamentalmente en el campo de las figuras societarias, donde la intromisión del requisito publicitario como elemento configurador del negocio societario produce una confusión en torno a su configuración como elemento esencial del negocio y no como instrumento de defensa del tercero.
- El problema de la personalidad jurídica de las sociedades en la doctrina francesa fue durante mucho tiempo dominado por la construcción que de la misma efectuaba la jurisprudencia, frente a la doctrina que si no completamente opuesta a una construcción antropomorfológica de la misma, sí era partidaria en su gran mayoría de una atenuación de sus efectos. Y así va a permanecer con pocos sobresaltos hasta la promulgación de la Ley sobre sociedades de 1966.

Mientras que la doctrina desde un principio tendió a marcar límites a la construcción de la personalidad [negándola por entender que debajo no existía otra cosa que una propiedad colectiva, como afirmaba PLANIOL (70), o una ficción en la emisión de la voluntad, e incluso aquellos que consideran y justifican la personalidad jurídica por la existencia de un fin social distan de una aceptación sin dudas de la misma], va a ser la jurisprudencia quien la construye fundamentalmente basada en los artículos 529 del Código de Comercio y 69 del Code de Procedure Civile. El hecho de que el artículo 529 del Código de Comercio diera al derecho del socio un carácter mobiliario a pesar de que la sociedad poseyera inmuebles y que el artículo 69 del Code de Procedure Civil hablase de la *maison sociale*, fue suficiente para que la jurisprudencia construyera la existencia de una persona titular de un patrimonio autónomo, gozando de una vida jurídica también autónoma. La jurisprudencia había ido tan lejos que, como afirma HAMEL (71), era necesario volver sobre los pasos para evitar el abuso de la personalidad jurídica.

Esta construcción de la personalidad jurídica surgida por el mero hecho de la formulación contractual de la sociedad que era de aplicación tanto a

(70) PLANIOL, M., *Traité de Droit Civil*, vol. 1, pág. 263.

(71) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 499.

las sociedades civiles como a las mercantiles, se refuerza a raíz de la promulgación de la Ley de 24 de junio de 1921, que al excluir la personalidad de las sociedades de cuenta en participación mediante la interpretación en sentido contrario se la atribuía a las demás. Se había olvidado que la personalidad moral no era otra cosa que un simple medio técnico, un procedimiento jurídico susceptible de graduación. En el fondo de la consideración, sobre el tema de la personalidad y el sistema de obtención de la misma late una pugna entre el poder central y los intereses sociales e individuales (72), y siempre los problemas de la superación de la personalidad moral (73) y el de las sociedades irregulares son expresión de dicha tensión.

Aunque sea necesario que transcurra todavía algún tiempo para que la publicidad registral mercantil adquiriera una cierta configuración, es verdad que ya en este período se vislumbran las dos bases organizativas sobre las que el mismo se construirá: los tribunales en cuanto órgano encargado de su gestión y el efecto de inoponibilidad como configurador esencial de su publicidad material.

3. CONFIGURACIÓN DEL REGISTRO DE COMERCIO: LA LEY DE 18 DE MARZO DE 1919 Y EL DECRETO DE 9 DE AGOSTO DE 1953

Este período va a caracterizarse por la conformación en dos momentos históricos del Instituto de Registro de Comercio: una primera fase configuradora del armazón técnico y formal y una segunda configuradora de su contenido material, si bien es justo señalar que en ambos hay residuos del período precedente y en ambos se constituyen elementos del posterior.

A) *Ley sobre Creación del Registro de Comercio de 1919. Disposiciones complementarias*

La promulgación de la Ley de 18 de marzo de 1919 y su respectivo Reglamento de 1920 vinieron a suplir el vacío existente en la legislación francesa con respecto a la existencia de un organismo específico encargado de la publicidad registral mercantil. Pero dados los antecedentes inmediatos del Código de Comercio, en el que en alguno de sus preceptos podía

(72) VERRUCOLI, P., *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil law*, Milán, 1964, págs. 9 y sigs.

(73) FOYER, J., *La personnalité morale et ses limites* (Etudes de D. Comparé et D. International Public), París, 1960, págs. 113 y sigs.; HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, págs. 508 y sigs.

atisbarse un incipiente principio de inoponibilidad y la existencia de legislaciones europeas en las que ya se consagraba de una manera expresa, se puede afirmar que esta Ley vino a desempeñar un papel muy insuficiente si no se la concibe como un intento de racionalización que constituye un primer paso para la construcción de un moderno Registro Mercantil (74).

La nueva situación, en definitiva, venía a dar la estructura formal del órgano registral, creando el instituto con la configuración que en sus líneas esenciales va a prevalecer hasta nuestros días y tomando como base una configuración judicial del mismo a pesar de la limitación de las facultades calificadoras. Su estructura venía a sostenerse sobre un doble pilar: por un lado, los registros locales a cargo del Secretario del Tribunal de Comercio y, por otro, el Registro Central, dependiente de la Secretaría Nacional de la Propiedad Industrial (art. 10).

La publicidad registral, en su doble aspecto formal y sustantivo, adquiere a la luz de la nueva Ley una relevancia tan escasa que a no ser por la mínima regulación que del aspecto formal se ofrece podría afirmarse sin ninguna duda que su existencia es nula.

Ante la situación expuesta no podría encontrarse quizás otra justificación que la de que los intereses inmediatos que impulsaron al nacimiento de la Ley obedecieron no tanto a la preocupación por establecer una mayor seguridad del tráfico como a la existencia de unos intereses nacionales que, a raíz de la primera guerra mundial, mostraron su preocupación por conocer exactamente en manos de quiénes se encontraba la industria y el comercio, fundamentalmente a efecto de la nacionalidad de sus titulares (75). Esta finalidad inmediata de control de la industria y el comercio nacional, con primacía sobre el interés por un mejor funcionamiento del tráfico jurídico y el miedo a la utilización del Registro como un instrumento que sirviera para un mayor control fiscal (y lo cierto es que el impulso de los Registros inmobiliarios debieron mucho a su utilización como instrumento fiscal), fue lo que, en definitiva, contribuyó a que el Registro de Comercio se concibiera como un mero archivo con fines administrativos donde la preocupación por establecer una construcción sistemática de la publicidad careció de toda relevancia.

Un análisis de la publicidad en la Ley de 1919 lleva a afirmar que la contemplación que de la misma hace la Ley se reduce, en definitiva, a un tratamiento incompleto del aspecto formal. Las consecuencias de la observancia o inobservancia de la obligatoriedad de inscripción de los comerciantes, tanto personas físicas como personas jurídicas, se reducen a una

(74) THALLER, E., *ob. cit.*, págs. 173 y sigs.

(75) SOLÁ CAÑIZARES, F., *El Registro de Comercio en Francia*, Barcelona, 1955, pág. 6

sanción penal de carácter pecuniario (art. 18), pero sus efectos en el campo de las relaciones privadas son nulos y para nada afecta a los terceros ni al comerciante mismo (76), que en sus mutuas relaciones permanecen al margen del campo registral.

Los posibles efectos de oponibilidad e inoponibilidad de lo no inscrito van a derivarse, no de la regulación del Registro de Comercio, sino del Código de Comercio o de las diversas leyes ya existentes (77), sin que en ningún momento se lleve a cabo la centralización de la publicidad comercial. Los efectos de fondo de la publicidad no se manifiestan, en definitiva, para nada y el Registro no va a tener otra trascendencia que la de ser un mero casillero administrativo en el que incluso la publicidad formal va a estar limitada, ya que algunas facetas importantes de la actividad del comerciante van a quedar ocultas frente a tercero, no facultándole la posibilidad de que las conozca (así, por ejemplo, la quiebra de la que posteriormente fue rehabilitado —art. 17—). La publicidad formal sólo se manifestará a través de copias o extractos, pero en ningún momento la posibilidad de un examen de los libros por el interesado va a estar permitido.

La regulación del Registro de Comercio viene a suponer incluso un salto atrás en el sentido de que no va a existir ningún precepto del que se pueda deducir mínimamente el intento de crear un sistema de eficacia publicitaria aunque fuere en forma muy atenuada, mientras que, sin embargo, ya existían en otros textos legales normas en las que fácilmente se encuentra base para sostener el tímido reconocimiento de unos efectos publicitarios; normas que pertenecen no sólo al campo civil e hipotecario, fundamentalmente a través de la Ley de Transcripción (78), sino también al más puro campo mercantil como de una interpretación amplia de la Ley de Sociedades de 1867 se podría desprender.

Pero ni la existencia de dichas normas ni la existencia fuera del sistema francés de legislaciones en las que ya se concedía una relevancia al Registro Mercantil a efectos publicitarios [y no hablamos sólo de sistemas legislativos extraños al francés, como podría ser el alemán (79), sino que nos referimos a sistemas de tan clara influencia francesa como pudiera serlo el español (80)] influyeron en el sentido de crear un régimen publicitario que

(76) GAMBEAUX, E., «La législation française du Registre du Commerce», *Anales de Droit Commercial*, 1921.

(77) Por ejemplo, la Ley de Brevets d'Invention de 1944 y la Ley de Mantissements de 1909.

(78) GONZÁLEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1924, págs. 127 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.

(79) Artículos 8-16 HGB.

(80) Artículos 16 y siguientes del Código de Comercio de 1885.

coadyuvara al desenvolvimiento del tráfico comercial, creando una cierta seguridad y confianza formal.

El Registro de Comercio de 1919 fue un Registro en el que no se produjo ninguna consecuencia material de cierta importancia en cuanto que ni siquiera se realizó la centralización publicitaria comercial, puesto que el Registro de Comercio creado va a subsistir con los diferentes modos de publicidad anteriormente existentes (art. 21) y cada uno de ellos va a conservar los efectos propios que venía teniendo. Tampoco se va a producir ninguna consecuencia de tipo sustantivo en cuanto que la inscripción no produce ningún efecto material y la única sanción por inobservancia de la inscripción se mantiene en una esfera meramente penal de carácter pecuniario, siendo en este sentido en el que se hablaba cuando se mencionaban los efectos negativos del Registro. Son negativos en cuanto que la inscripción del comercio le sustrae de toda sanción.

Las críticas efectuadas y la minimización que se ha expuesto de la importancia del Registro de Comercio francés no debe llevar a pasar por alto que la Ley de creación del Registro de 1919 construyó el aparato administrativo y operativo que, con retoques, sigue perviviendo todavía.

A pesar de las críticas con que el nuevo Registro fue acogido por el papel de instrumento de control que se le atribuía, quizás no estaría de más una reflexión en el sentido de admitir que posiblemente una nueva institución, como venía a ser la del Registro de Comercio, desarrollaría una mayor operatividad si se afirmaban, primero, los pilares básicos y se complementaba, después, la institución; a la vez que se procuraba acoplarla paulatinamente a las verdaderas realidades sociales conforme las mismas fueran adquiriendo, en vez de imponer un aparato que pudiera nacer muerto.

Pronto las presiones, tanto de la misma realidad del tráfico comercial que exigía junto a un cierto control público del sistema económico una mayor seguridad jurídica, como de la doctrina tuvieron como consecuencia que a raíz de la creación del Registro se empezara a producir una evolución tendiente a hacer jugar al Registro de Comercio un papel cada vez más importante (81).

Fruto de esta situación fueron, fundamentalmente, las siguientes *disposiciones legales de carácter complementario*:

1. La Ley de 1 de junio de 1923, modificada por Ley de 17 de marzo de 1924, haciendo obligatoria la mención del número de inscripción en el Registro en los documentos del comerciante. Esta disposición, junto con las presiones administrativas, que exigían del comerciante su número de inscripción en el Registro Mercantil para la intervención en un gran número

(81) HOUIN, R., y PÉDAMON, M., *Droit Commercial*, París, 1985, págs. 148 y sigs.

de actos de la vida comercial (82), llevaron a que cada vez fuera más grande la importancia que el Registro de Comercio iba adquiriendo, superando los límites previstos por el legislador.

2. Mayor relevancia tiene la Ley de 28 de marzo de 1931, que hizo necesaria la inscripción de determinados actos en el Registro para poder oponerles a terceros, tales como la autorización concedida a un menor para ejercer una actividad comercial y el divorcio o la separación de comerciantes. Es esta disposición, que modifica algunos preceptos del Código de Comercio, la que verdaderamente va a introducir ya en la institución registral el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros. No acierta a introducirla con respecto a la autorización concedida al menor donde la sanción de la no inscripción se plantea todavía en el campo de la ineficacia, pero sin pasar todavía al plano puramente registral que afronte directamente la publicidad frente a los terceros, puesto que la sanción de la ineficacia pertenece al mundo de las relaciones jurídicas extrarregistrales y no es un efecto derivado propiamente del campo publicitario. Sí acierta, sin embargo, a introducir el principio de inoponibilidad de lo no inscrito a los terceros al regular el derecho que tienen los acreedores de oponerse a la sentencia de divorcio o separación que no hubiera sido inscrita en el Registro de Comercio. Es, indudablemente, una manifestación del principio de inoponibilidad, si bien enunciado muy limitadamente puesto que sólo su aspecto negativo se menciona y para nada se alude a la buena fe como posible elemento corrector del principio de inoponibilidad. No obstante, hay que señalar que es a través de esta disposición legal por donde la construcción del Registro de Comercio va a recibir, aunque de manera muy limitada, el contenido material de la publicidad que la institución no recogió en la disposición legal que la creó.

3. La posterior Ley de 9 de enero de 1949 va a introducir como elemento complementario del Registro de Comercio el *Bulletin Officiel du Registre du Commerce*, en el que se debían de publicar las inscripciones hechas en el Registro, completando así el aspecto formal de la publicidad registral.

Junto a estas modificaciones de la situación registral originaria cabría destacar *los proyectos de reforma* en los años 1931 y 1932 y el de mayo de 1948. Los puntos fundamentales sobre los que dichos proyectos se sostenían consistía en (83):

- Establecer la presunción del comerciante inscrito salvo prueba en contrario, alejándose así de la vía alemana de conferir la cualidad de comerciante, pero abandonando también la situación meramente informativa de la Ley de 1919.

(82) SOLÁ CAÑIZARES, F., *ob cit.*, págs. 7 y sigs.

(83) DE LA HAYE, R., *Etude critique du projet de loi sur la reforme du Registre du Commerce*, págs. 447 y sigs.; HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob cit.*, pág. 340.

- La concesión de efectos propios de la publicidad registral a la inscripción, de manera tal que los hechos sometidos a inscripción que no la hubieran realizado no podrían ser opuestos a terceros.

Como puntualizaciones a estos proyectos y fundamentalmente a la del 19 de mayo de 1949, se ha sostenido (84) que eran reformas todavía limitadas en el sentido de faltar en sus disposiciones algunas consecuencias tales como no prever el conocimiento de lo no inscrito, dejar subsistir las otras publicidades, etc. La realidad es que el núcleo fundamental de todas ellas que merece destacarse era el intentar la introducción del efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito.

Las presiones ante la necesidad de construir un aparato registral que garantizase mínimamente la seguridad del tráfico no va a tener solamente como manifestación la vía legislativa, sino que la jurisprudencia y la doctrina van a empujar igualmente en el sentido de conseguir un registro con efecto de publicidad. Así, la doctrina (85) se manifestó continuamente sobre la necesidad y oportunidad de la introducción de efectos publicitarios y, concretamente, del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito. A la vez, la jurisprudencia presionó con sus interpretaciones en el sentido indicado, basándose incluso en el Registro de Comercio para conceder a una persona la cualidad de comerciante, aunque normalmente se tratara de una prueba accesoria unida a otras mejor fundadas; pero va a ser en materia de poderes donde claramente se va a manifestar en el sentido de que la inscripción de los mismos en el Registro de Comercio es condición suficiente para poder oponerlos a terceros, si bien, como afirman HAMEL y LAGARDE, esta construcción carece de todo soporte jurídico, ya que existe todo lo más una situación del mandato aparente (86).

Legislación, doctrina y jurisprudencia presionaban así en el sentido de dotar a la institución registral de unos efectos que dieran una mínima seguridad al tráfico, y estas presiones se verán confirmadas con la reforma introducida por el Decreto de 9 de agosto de 1953.

B) Las presiones ya señaladas, tanto de tipo legal, doctrina o incluso de la misma jurisprudencia, así como las realidades económicas que venían exigiendo un nuevo planteamiento (87), desembocaron finalmente en el *Decreto de 9 de agosto de 1953*.

Al igual que se puede afirmar que la Ley de 1919 constituyó el armazón

(84) DE LA HAYE, R., *ob. cit.*, págs. 447 y sigs.

(85) DE LA HAYE, R., «Le Registre du Commerce, organe possible de publicité legal en matière commerciale», *RTDC*, 1951, págs. 454 y sigs.

(86) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 360.

(87) SOLÁ CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, págs. 1 y sigs.

y la estructura del Registro de Comercio francés y que la misma ha perdurado aunque con retoques hasta el momento, también se puede decir que el Decreto de 9 de agosto de 1953 y su Reglamento de 6 de enero de 1954 (88) aportaron al Registro sus efectos materiales y que las posteriores modificaciones no han constituido sino retoques que han venido girando en torno al sistema de inoponibilidad de lo no inscrito, cuyo contenido legal mínimo nació a raíz de esta reforma.

Aunque el aparato administrativo se viene manteniendo en lo fundamental tal y como lo creó la Ley de 1919, ya que se mantiene el sistema de Registros locales bajo la vigilancia de un Juez y dirigido por el Secretario o *Graffier* (si bien con facultades extraordinariamente aumentadas con respecto a su antigua función de mero vigilante de la regularidad de la inscripción) (art. 55) y de un Registro Central que se encuentra en París, aunque ahora bajo el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, creado por la Ley de 19 de abril de 1951, sin embargo se produce un cambio fundamental de posición en torno al sentido y función del Registro de Comercio francés. El nuevo Registro de Comercio va a pasar de ser un mero casillero administrativo carente de efectos jurídicos a constituir un instrumento de verdadera publicidad registral dotado de unos efectos jurídicos con una coherencia tal que realmente puede hablarse ya de la existencia de un sistema registral.

Las ideas directrices que constituyen este sistema son, siguiendo a HAMEL y LAGARDE (89), las siguientes:

- La inscripción en el Registro de Comercio es obligatoria y necesaria para la adquisición de la cualidad de comerciante, frente a terceros y frente a la administración pública.
- La inscripción crea la presunción, salvo prueba en contrario de que el inscrito es comerciante.
- La inoponibilidad de los hechos no inscritos y sujetos a inscripción.
- La inserción dentro del Código de Comercio de la Reforma efectuada por el Decreto de 1953. Inserción que figurará en los artículos 47 y siguientes del Código de Comercio y que se realiza de conformidad con las supresiones y modificaciones establecidas en los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto.

El eje central del sistema de publicidad del Registro de Comercio francés viene constituido en su aspecto sustantivo o material por el efecto de

(88) Se complementan con una Instrucción de 27 de febrero de 1954 y una Resolución del Ministerio de Industria de la misma fecha.

(89) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, págs. 341 y sigs

la inoponibilidad de lo no inscrito, aunque también puede atisbarse una tímida aparición de los efectos presuntivos. Y no podía ser de otra manera dado el escaso papel de control (calificación) que el *Greffier* desempeña. La actuación del *Greffier*, aunque ha sido aumentada con respecto a la función que desempeñaba en la Ley de 1919, sigue siendo todavía mínima y se limita a comprobar la regularidad de la inscripción (art. 55 del CCom), es decir, «a que en la solicitud se contienen todos los datos exigidos» (90) y que, además, «va acompañada de todas las justificaciones necesarias» (91), comprobando si existe «conformidad de las declaraciones con los documentos presentados». En ningún momento está autorizado el *Greffier* a examinar la exactitud y absoluta legalidad del contenido de la declaración en este proceso de control previo de la inscripción y es lógico el limitado alcance con que se establece la regulación de la eficacia registral, ya que la amplitud o limitación del control de la situación inscrita condiciona en gran manera su extensión.

El nuevo Registro de Comercio aparece por primera vez a raíz de 1953 como un instituto de la publicidad legal mercantil, con unos efectos de verdadero carácter registral (92).

a) El Registro de Comercio francés va a girar fundamentalmente en torno a los sistemas registrales que tienen como pilar esencial el efecto material de «la inoponibilidad de lo no inscrito», línea que también es la predominante en el Registro Inmobiliario (93). Y se habla de inoponibilidad de lo no inscrito porque del conjunto de efectos que constituyen la publicidad material sólo el aspecto negativo de la misma es el que de una manera relevante tiene plasmación legal, ya que los demás efectos o no existen o sólo de forma muy relativa se puede hablar de ellos.

El *efecto negativo de la publicidad material* viene construido sobre el siguiente precepto:

Artículo 63: «Las personas físicas o jurídicas obligadas a la inscripción en el Registro de Comercio no pueden oponer a los

(90) El Decreto de 6 de enero de 1954 señala los datos exigidos (arts. 1.º y 2.º).

(91) La Orden de 17 de febrero de 1954 señala los documentos justificantes (arts. 3.º y 4.º).

(92) La doctrina del momento hablaba de «efectos civiles» en lugar de efectos registrales.

(93) GONZÁLEZ, J., «Estudios...», *ob. cit.*, págs. 131 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, pág. 321; LACRUZ, J., *ob. cit.*, págs. 32 y sigs. A raíz de la Ley de 1855 se establece el sistema de inoponibilidad, si bien de una manera limitada y deficiente, aunque disposiciones posteriores, fundamentalmente la Ley de 1935, le corrigieron parcialmente. Estas deficiencias harán que a partir de 1955 se produzca una revisión que con un sistema basado en dicho principio conducirá a un gran perfeccionamiento de la institución registral.

terceros con quienes contratan en razón de su actividad mercantil o a las Administraciones Públicas los hechos sujetos a mención expresados en el siguiente artículo 64, a no ser que estos hechos hubieren sido hechos públicos con anterioridad a la fecha del contrato por una mención llevada al Registro, a menos que demuestren por los medios de prueba admitidos en materia mercantil que en el momento en que contrataron los terceros en cuestión conocían personalmente los hechos de que se trata».

El aspecto de la publicidad material es el único que se encuentra regulado de una manera clara y determinante dentro de los preceptos del Código de Comercio dedicados a los efectos publicitarios (arts. 61 y sigs.). Los terceros van a poder así ignorar aquellas situaciones que, requeridas por la Ley en consideración a su importancia en el tráfico comercial, no han sido llevadas al Registro (94) al haberse dado una limitada primacía a la realidad formal del Registro frente a la realidad material extrarregistral. Este principio de inoponibilidad de lo no inscrito, que parece constituir el eje central del Registro de Comercio francés, debe someterse a las siguientes consideraciones:

1. Nos encontramos ante un efecto legal de inoponibilidad de lo no inscrito que carece en su enunciación de una validez general y sólo tiene relevancia con respecto a aquellos hechos que, como el mismo artículo 63 señala, se expresan en el artículo siguiente. Es una inoponibilidad de carácter limitado a diferencia de otros sistemas que, como el alemán (95), la establecen con carácter general. La consecuencia inmediata es la de una doble regulación: por un lado, la de aquellos hechos comprendidos en el artículo 64, que cuando no están inscritos no pueden ser opuestos a terceros y por lo tanto son desplazados por la realidad formal del Registro de Comercio a favor del tercero de buena fe que confía en ello, y por otro lado, la de todos aquellos hechos que al no estar comprendidos en el artículo 64 son oponibles estén o no inscritos; con la salvedad de que muchos de los hechos no mencionados por el artículo 64 son de obligada inscripción en el Registro de Comercio y su incumplimiento llevaría aparejada no la sanción de la inoponibilidad, sino la del artículo 18 de la antigua Ley del Registro, que en el artículo 2.º del nuevo Decreto de 1953 mantiene en vigor con sus sanciones penales de carácter pecuniario.

2. Por otro lado, el efecto de inoponibilidad de lo no inscrito beneficia

(94) WYSA, G., *ob. cit.*, pág. 27.

(95) Artículo 15.I del HGB.

a los terceros no de un modo general en toda clase de relaciones que con el obligado a inscribir tuvieran, sino tan sólo en el sector «de su actividad comercial». Parecería, en efecto, desbordarse la finalidad del Registro de Comercio al extender sus efectos hacia esferas para las cuales nunca la protección registral fue pensada, ya que ésta va dirigida a la protección de los terceros que fiados de la realidad registral actúan en el tráfico comercial, y ello sin ignorar las dificultades que supone deslindar el campo mercantil. La determinación expresa en el precepto del ámbito jurídico de aplicación evita, sin duda, las posibles ambigüedades que en otras legislaciones se han presentado por faltar una determinación expresa (96).

3. La interpretación *a sensu contrario* del aspecto negativo de la publicidad material lleva a la admisión parcial del aspecto positivo de la publicidad, materia concretamente a admitir que lo inscrito puede ser opuesto a los terceros. Esta afirmación no lleva, sin embargo, a poder sostener la aplicación absoluta del desarrollo de la cognoscibilidad, ya que en ningún momento existe base para poder sostener la presunción de conocimiento por los terceros de los hechos inscritos. Sólo, pues, en un sentido limitado se encuentra desenvuelta la publicidad material del Registro de Comercio francés.

4. La relación entre las inscripciones en el Registro de Comercio y las publicaciones en el *Boletín Oficial del Registro de Comercio y del Registro de Artesanos* podrían plantear la duda sobre si los efectos de oponibilidad e inoponibilidad dependerían del mencionado Boletín. Es decir, si la inscripción y la publicación en el Boletín son elementos suplementarios de los efectos de la publicidad registral en su aspecto material o, por el contrario, para nada interviene la publicación en los efectos materiales de la publicidad registral. La Ley de 1953 nada decía a este respecto, limitándose a señalar en el artículo 49 del Código de Comercio la permanencia de la Ley de 1949 que instituyó la publicación en el mencionado Boletín, y así ante el silencio de la Ley de doctrina se pronunció el sentido de conceder a la publicación en el Boletín un mero valor administrativo, sin que los terceros puedan oponer al comerciante la omisión de la publicación (97).

5. El desarrollo de los efectos de la inoponibilidad de lo no inscrito y su aplicación favorable a los terceros se encuentra atenuado en su aplicación por la introducción de la buena fe del tercero. Parece congruente que si la finalidad del Registro es la de facilitar la cognoscibilidad de aquellas situaciones que pudieran tener una cierta relevancia para los terceros que actúan en el tráfico comercial de manera que le proporcionan una certeza

(96) En el Registro de Comercio alemán el problema se planteó y se resolvió en este sentido.

(97) SOLA CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, pág. 16.

aunque sea mínima en sus efectos, y esta finalidad se hubiera visto satisfecha al margen del mecanismo registral, la protección registral al tercero sobre situaciones por él ignoradas no tiene sentido en tanto en cuanto el presupuesto básico que es la ignorancia ha desaparecido, puesto que «los terceros en cuestión conocían personalmente los hechos de que se trata».

La prueba de mala fe del tercero que conociendo los hechos intenta la protección registral incumbe naturalmente al titular registral que desea destruir la presunción general de la buena fe.

Puede sostenerse, pues, la construcción de un efecto de inoponibilidad en el que si bien se encuentran presentes los elementos componentes del mismo, sólo en un plano limitado desarrolla su eficacia.

b) *Al lado del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito es posible, si bien con ciertas cautelas y limitaciones, hablar de la existencia de los siguientes efectos publicitarios del Registro de Comercio:*

- La *eficacia presuntiva*, «salvo prueba en contrario», de exactitud y veracidad contenidas en el artículo 61.
- Un tenue efecto de *fe pública* en los artículos 57 y 62.II.
- Y junto a estos efectos, que podrían ser considerados de verdadero carácter publicitario, hay que señalar para dar un cuadro completo la *interferencia del instituto del Registro en la configuración del comerciante* según se desprende del artículo 62, volviendo a involucrar la función puramente de eficacia publicitaria del Registro con la consideración de la inscripción como elemento configurador de la situación que se inscribe.

El Código de Comercio desarrollaba en su artículo 61 una presunción sobre la veracidad de la cualidad del comerciante de aquellas personas que en el Registro de Comercio venían inscritas como tales. Así el artículo 61 señalaba:

«Se presupone que toda persona física o jurídica inscrita en el Registro, salvo prueba en contrario, tiene la cualidad de comerciante en los términos de las leyes en vigor. Queda sometida a todas las consecuencias que derivan de esa cualidad».

La presunción que el Código de Comercio establece es una presunción no definitiva, sino *iuris tantum*, y no podía ser de otra manera dado el limitado sistema de calificación existente para el control de la inscripción del comerciante donde no se faculta para examinar la veracidad de la declaración y su correspondencia con la realidad, existiendo únicamente un control sobre la regularidad de la inscripción.

Es una presunción sobre la cualidad de comerciante que les faculta para obrar y comportarse con plena legitimación como tal y hay que extenderla a todos los efectos, tanto favorables como desfavorables para él. Existe una presunción generalizada tanto para el comerciante como para los terceros que con él se relacionan y así como también para sus responsabilidades frente a la Administración. El comerciante puede hacer valer la legitimación que le otorga el artículo 61, que sólo puede ser destruida si el tercero aporta la prueba en contrario que acabe con la presunción, y al igual el comerciante que frente a los terceros que han confiado en el Registro quiera destruir su imagen de comerciante, debe demostrar que no lo es.

Esta presunción *iuris tantum* sufre una modificación cuando la contradicción entre la realidad registral (consta como comerciante) y a la realidad material (no es comerciante) no proviene de que el que aparece como comerciante o nunca lo ha sido, o si lo fue su empresa comercial ya no existe (en cuyos casos se aplicaría el art. 61), sino cuando la contradicción proviene del hecho de que el que aparece como titular de una empresa ya no lo es porque ella ha sido enajenada o arrendada.

A ese respecto el artículo 62.II señalaba que:

«El comerciante inscrito que cede su establecimiento comercial o arrienda la explotación del mismo no puede alegar la cesación de su actividad comercial para sustraerse a las acciones de responsabilidad de que es objeto a raíz de las obligaciones contraídas por su sucesor en la explotación del negocio más que a partir del día en que es cancelado en el Registro».

El examen de este precepto pone de relieve la introducción en el sistema registral mercantil del Código de Comercio de unos efectos que, aunque muy limitados en su desarrollo y con un alcance mínimo, denotan la influencia del sistema registral alemán (98) y de las construcciones registrales de otros países europeos donde el «principio de la fe pública registral» es, en líneas más o menos amplias, aceptado. Es un precepto que se manifiesta dentro de la continuidad del sistema del Registro de Comercio francés como el eslabón que en un futuro pueda servir de engarce para la aproximación a un sistema registral que en aras de conceder una mayor seguridad al tráfico jurídico tienda a superar el mero sistema de inoponibilidad de lo inscrito.

Es un precepto dirigido a los terceros que habiendo confiado en la apariencia del Registro de Comercio, que ponía de relieve titularidades

(98) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 363.

empresariales que no se corresponden con la realidad del tráfico, se ven defraudados en el momento de exigir responsabilidades por aquellas relaciones que quizá no hubieran establecido de haber sabido cuál era realmente el empresario con el que iban a vincular. La Ley, quizá con una construcción excesivamente formal, no va a tener en cuenta la relevancia que el Registro tuvo en el tráfico al relacionar la explotación negocial con un titular aparente, y establece la presunción *iuris et de iure* que va a desarrollar sus efectos partiendo del simple presupuesto formal de la titularidad aparente sin conceder lugar a los aspectos subjetivos (fundamentalmente la influencia que la inscripción pudo tener en la motivación para actuar y la buena fe del tercero que intenta proteger). No parece que el tercero pueda dirigirse contra el titular aparente por la responsabilidad que surja de las relaciones negociales mantenidas con el verdadero empresario por el mero hecho de que aquél aparezca inscrito (99), sino que más bien se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual.

El riguroso formalismo de este precepto conduce a pensar que más que un desarrollo de la fe pública registral que tienda a corregir la injusticia de una falsa apariencia registral en lo que el tercero ha confiado, contiene un procedimiento de coacción con sanción para que el cuadro de titularidades empresariales que ofrece el Registro sea no sólo completo (art. 47, que señala la obligatoriedad de la inscripción para todo comerciante individual o social), sino también exacto (art. 57, que señala la obligatoriedad de pedir la cancelación en el caso de que hubiere dejado de ejercer la actividad que hubiere dado lugar a su inmatriculación).

c) Examinados los efectos que verdaderamente pueden considerarse como publicitarios, procede pasar al estudio de la importancia que tiene la *interferencia del Registro de Comercio en la configuración del comerciante*.

Esta nueva visión en el Registro de Comercio francés de la utilización del instituto publicitario, no sólo ya como un instrumento para la protección de los terceros, sino también como procedimiento técnico-jurídico necesario para la configuración de la cualidad de comerciante, pone de relieve más un aspecto de control estatal en la concesión de la cualidad de comerciante que de protección a los terceros, y esto hasta tal punto que cuando el artículo 62.1 manifestaba que

«... las personas físicas o jurídicas obligadas a la inscripción en el Registro de Comercio que no se han hecho inscribir al expirar

(99) Este sistema al establecer el Decreto de 22 de septiembre de 1953 la publicidad de los contratos de «location-gérance» cambia parcialmente, ya que el arrendador sólo responderá de las deudas del arrendatario hasta el momento de la inscripción del contrato. No obstante lo expuesto sobre el artículo 62 2.º sigue siendo perfectamente aplicable.

el plazo de dos meses no pueden beneficiarse hasta la inscripción de su cualidad de comerciante, tanto frente a terceros como frente a la Administración Pública. No obstante, no pueden invocar su falta de inscripción en el Registro para sustraerse a las obligaciones y responsabilidades inherentes a esta calidad»,

recuerda, sin entrar en valoraciones sobre la necesidad o no de control público para la concesión del *status* de comerciante, a los viejos controles gremialistas y de corporaciones que el Nuevo Orden echó abajo; aunque la finalidad difiera, la técnica se aproxima.

Este precepto viene a crear una situación confusa e intermedia entre la posición de la Ley de 1919, que aunque declara la obligatoriedad de la inscripción para nada viene a interferirse en la conformación del comerciante y la de constitutividad de la inscripción. Ahora es comerciante en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades acaecidas en el ejercicio del comercio; no lo es para aquellos aspectos que le puedan ser beneficiosos.

Es una construcción híbrida (100) en cuanto que, en primer lugar, el comerciante tiene un plazo de dos meses para efectuar su inscripción en el Registro y durante ese período goza de una situación con plenos efectos en lo que a su cualidad de comerciante se refiere, y es sólo a partir de ese momento cuando comienzan los efectos por incumplimiento de la obligación de inscripción del artículo 62.1.º; y en segundo lugar, en cuanto que, como antes se indicaba, parece regir un sistema mixto de obligatoriedad de la inscripción, puesto que si bien para los aspectos favorables no goza de la cualidad de comerciante, sí la tiene para los aspectos desfavorables.

El estudio de contenido de este artículo 62.1.º lleva a la conclusión de que no se está ante un verdadero efecto de la publicidad en su sentido estricto, sino que más bien se contempla, como otras veces se ha señalado, una utilización del mecanismo publicitario para control estatal de determinadas esferas de actividades (101). La sanción al incumplimiento de la obligatoriedad no es la no consideración de su cualidad de comerciante, «no puede beneficiarse hasta la inscripción de su cualidad de comerciante», pero naturalmente y de acuerdo con el principio de derecho de que nadie puede aprovecharse de los efectos que resultan del incumplimiento de las normas

(100) Parece que aunque influenciado por la consideración hacia el sistema alemán construye un sistema híbrido entre la figura del comerciante que lo es por el mero ejercicio del comercio o de alguna de sus ramas —«Musskaufmann»— y el comerciante que lo es tal en virtud de la inscripción obligatoria —«Sollkaufmann»—, que en realidad es constitutiva (arts. 1-4 del HGB).

(101) Ciertas actividades comerciales no pueden desarrollarse sin la inscripción: comerciantes de objetos de ocasión, ambulantes, etc. SOLA CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, pág. 15.

por él realizadas, expresa el artículo a continuación que «no obstante no puede invocar su falta de inscripción para sustraerse a las responsabilidades...», con lo que se establecen dos tipos de comerciante con diferente *status*: el inscrito y el no inscrito.

Junto a los efectos señalados, que son los que con las consideraciones señaladas constituyen verdaderamente la eficacia publicitaria y en definitiva el sistema registral comercial francés, perduran algunas secuelas de la antigua concepción del Registro como órgano meramente administrativo y sin efectos; y ello se traduce, naturalmente, en lo único que podría traducirse: la sanción con multa por falta de inscripción y la responsabilidad del Notario con respecto a los perjuicios causados por no haber cumplido su obligación de remitir al Registro una copia de la escritura conteniendo los actos registrales que hubiere realizado (art. 65).

El sistema francés del Registro Comercial de 1953 se desarrolla con una línea de continuidad que, aunque no llevó la introducción de efectos publicitarios que pudieran suponer una ruptura absoluta con el sistema anterior, sí mantiene un proceso de perfeccionamiento del sistema publicitario que no va a detenerse. En este sentido, aunque se construye el eje del sistema en torno al principio de inoponibilidad, que ya estaba de alguna manera implícito en los preceptos mercantiles anteriores a 1919 y que si entonces la institución registral no recogió fue probablemente para no causar más alarma ante la novedad de una figura nueva que, como era el Registro Comercial, originaba reticencias y alarmas, se ponen las bases para un posterior desarrollo y perfeccionamiento del sistema de la eficacia registral.

C) La Ley de 1953 y en mucho menor grado sus efectos publicitarios van a sufrir una modificación como consecuencia de la *Ordenanza y el Decreto de 27 de diciembre de 1958* (102).

- La Ordenanza derogó las sanciones pecuniarias que el artículo 3 del Decreto de 1953 había mantenido, dándoles una nueva regulación que establece una mayor dureza en las sanciones (arts. 1 y 2). Junto a la sanción pecuniaria, si bien ésta proviene después de un mandato de inscripción, establece en caso de reincidencia una pena de prisión que puede llegar hasta seis meses de duración, además de la prohibición, si pasó de los tres meses, de ejercer una prohibición comercial o industrial. La nueva regulación pone de manifiesto la invasión de efectos de carácter penal y administrativo que excediendo el terreno meramente privado del conflicto entre las partes pone otra vez de relieve la utilización del Registro de Comercio como órgano

(102) JAUFFRET, A., «Chroniques de législation et de jurisprudence françaises», *RTDC*, 1959, págs. 71 y sigs.

- de control estatal para el ejercicio de determinadas actividades, desplazando el conflicto de intereses del terreno meramente privado.
- El Decreto aunque en verdad *conserva el sistema publicitario en sus rasgos esenciales* y la única nota es la de aumentar mínimamente el principio de inoponibilidad a otro supuesto, la revocación de la autorización dada a un menor, lo que va a hacer es *reemplazar los artículos del Código de Comercio* (103) *por un texto nuevo que va a quedar fuera del Código de Comercio*, texto que manteniendo en lo esencial el de 1953 perdura hasta 1967 con ciertas incidencias que van a ser motivo de una nueva legislación. Se trata de una simple resistematización.

D) *Repercusión en el Registro de Comercio de la Ley 66/537 sobre Sociedades de 24 de julio de 1966*

La Ley de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales añade al conjunto del sistema publicitario del Registro de Comercio nuevos preceptos que, junto al tratamiento tradicional que al tema de la publicidad de las sociedades se venía dando, va a introducir una nota novedosa para las disposiciones del derecho societario francés en torno al tema de la configuración de la personalidad jurídica.

Hay que tener en cuenta que la Ley de 4 de enero de 1978, que modificó el título IX del Código Civil («De la société»), ha regulado en su capítulo primero una serie de disposiciones generales (arts. 1.832 y sigs.) comunes a todas las sociedades salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 1834), adoptando en los temas que se exponen unas soluciones muy similares a los que contiene la Ley de 24 de julio de 1966.

La Ley de 1966 sobre Sociedades va a modificar la situación hasta el momento vigente al establecer que «las sociedades mercantiles gozan de personalidad jurídica a partir del día de su inmatriculación en el Registro de Comercio» (art. 5), siendo ésta la solución ahora recogida expresamente por el Código Civil para todas las sociedades (art. 1842) excepto para las de cuentas en participación.

El tema de la concesión de la personalidad vuelve en cierta medida a escaparse de las manos de los particulares al tomar en consideración la relevancia que tiene para terceros la aparición en el tráfico de un ente societario. El instituto del Registro de Comercio no sólo asume la tradicional función atribuida a los Tribunales en la Ley de 24 de junio de 1867

(103) Artículos 47-65 y 68-70.

sobre Sociedades por acciones que se interfería en los negocios societarios y su validez, sino que también va a constituirse en mecanismo para la concesión de la personalidad; junto a ello la inscripción registral desencadena naturalmente, además, los efectos propios del sistema publicitario del Registro de Comercio.

El problema del tratamiento de la ausencia de personalidad jurídica como consecuencia de la falta de inscripción, tradicionalmente considerado entre nosotros bajo las llamadas sociedades irregulares, se plantea así como una novedad para las sociedades mercantiles a las que tradicionalmente se les venía reconociendo personalidad jurídica como consecuencia de su constitución y al margen de las exigencias de la publicidad (104).

El carácter constitutivo de la inscripción como exigencia para la atribución de personalidad jurídica para cualquier tipo de sociedad no va a permitir tampoco, como solución para el tratamiento de las sociedades no inscritas que actúan en el tráfico, su reconducción a una sociedad personalista, ya que incluso para éstas la exigencia de la inscripción constitutiva de su personalidad jurídica se muestra como ineludible. Pero es que además las mismas dificultades ofrecen su reconducción a una sociedad civil en cuanto que también ellas están sometidas a la exigencia de su inscripción en el Registro de Comercio como requisito constitutivo de su personalidad jurídica (art. 1.842 CC).

Estas dificultades llevan a que la actuación de las sociedades no inscritas sea contemplada, con independencia de que sean «sociedades irregulares» sin voluntad de ser inscritas, bajo el régimen de las «sociedades en formación» que conlleva la responsabilidad solidaria e indefinida de las personas que han actuado en su nombre por los actos realizados antes de haber adquirido personalidad jurídica, salvo que la sociedad los asuma después de haber sido regularmente constituida e inscrita (art. 5). Esta construcción es la recogida también por el Código Civil, salvo que no se tratase de una sociedad mercantil (art. 1.843), a la vez que remite las relaciones internas entre socios al contrato de sociedad y a los principios generales en materia de obligaciones y contratos (art. 1.842).

La incidencia de la publicidad en el campo de las sociedades se desenvuelve además en otra faceta: la del régimen de nulidad de las sociedades aplicables en este caso al supuesto de incumplimiento de las «formalidades de publicidad».

La Ley de Sociedades de 1966 establece que «la nulidad de una sociedad no puede resultar nada más que de una disposición expresa de la

(104) HERMARD, J.; TARRÉ, F., y MABILAT, P., *Sociétés commerciales*, t. I, París, 1972, págs. 135 y sigs

presente Ley o de aquellas que regulan la nulidad de los contratos» (art. 360 y 1.844.10 CC) (105). Y un atento examen de la Ley sólo muestra un precepto que concreta la aplicación general del régimen de nulidades al problema de la publicidad de las sociedades y su cumplimiento. Es el artículo 361 cuando expresa que «el cumplimiento de las formalidades de la publicidad es necesario bajo pena de nulidad en las sociedades colectivas y comanditarias... sin que los socios y la sociedad puedan prevalerse frente a terceros de esta causa de nulidad...»

La referencia a los términos «cumplimiento de las formalidades de la publicidad» podría hacer pensar que aquellos abarcan a todo tipo de exigencia publicitaria, incluida la inscripción. En consecuencia, se establecería así un régimen diferente según cuál fuera el tipo societario que no cumpliera la exigencia de inscripción (106). Las sociedades personalistas no inscritas se someterían al tratamiento general de las nulidades (arts. 360 y sigs.), salvo que fueran sociedades en formación (art. 6), mientras que las sociedades de capital, no. Esta solución permitiría incluso considerar la posibilidad de subsumir bajo tipos personalistas, a efectos de exigencia de responsabilidades frente a terceros, las sociedades de capital no inscritas y siempre que no fueran sociedades en formación (art. 6).

No parece que sea ésta la opinión de la doctrina francesa que entiende, después de las novedades introducidas en torno a la personalidad jurídica, que no es posible hablar de sociedades nulas con respecto a las sociedades no inscritas, fuera cual fuese el tipo societario. La no inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro de Comercio (art. 1 D. 67/236, de 23 de marzo de 1967, y el art. 11 D. 67/237, de 23 de marzo de 1967) supone su inexistencia como persona jurídica, pero no su nulidad (107). En este sentido, no es posible por lo tanto hablar de sociedades de hecho ni tan siquiera para las sociedades personalistas (108), por lo que la referencia al incumplimiento de las formalidades de la publicidad afecta a otras diferentes que la inscripción (109).

El hecho de que el incumplimiento de «las formalidades de publicidad» sea considerado como una causa de posible nulidad (arts. 360 y 361) tan sólo para las sociedades colectivas y comanditarias tiene su razón de ser en

(105) Se prescinde aquí de hacer una exposición completa del tratamiento de las nulidades en las sociedades por constituir una faceta que sólo tangencialmente interesa en alguno de los aspectos y a los que a lo largo del trabajo se alude.

(106) Esta parece ser la posición de AFFERNI, V., *ob. cit.*, pág. 169.

(107) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, págs. 672 y 788.

(108) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, págs. 539 y sigs.

(109) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 563. *Vid.* artículos 281 y sigs. del Decreto 67-236, de 23 de marzo de 1967, referentes a las exigencias de formalidades de publicidad para todas las sociedades.

que este texto se adoptó en un estado de la discusión parlamentaria de la Ley en la que el legislador, aunque decidido a la introducción de un régimen de control previo para las sociedades, probablemente por influencia del entonces Proyecto de Primera Directiva sobre Sociedades (110), sólo lo exigía para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (111). En consecuencia, las sociedades personalistas quedaban sometidas al sistema tradicional francés de constitución de las sociedades sin control previo, si bien con sanciones de nulidad para las irregularidades habidas en su constitución.

Una vez que la Ley ha extendido la personalidad jurídica a todas las sociedades desde el momento de su inscripción y se estableció para ellas un control previo a su constitución (arts. 16 y sigs. D. 67/237, de 23 de marzo de 1967), carece de sentido no sólo el tratamiento diferente para unos y otros tipos de sociedades, sino también la razón de ser de esta causa de nulidad, que en todo caso queda al arbitrio de los Tribunales (112).

La falta de inscripción de una sociedad sólo permite hablar de su carencia de personalidad jurídica, pero no de su nulidad (113), y en consecuencia la actividad de una sociedad no inscrita es un tema que no se puede contemplar bajo el tratamiento establecido para la nulidad de sociedades por la Ley.

El tratamiento que la Ley de Sociedades da al régimen de nulidades intenta, de un lado, limitar su aplicación y, de otro, evitar que sus efectos puedan afectar a terceros.

Así, la Ley tiende primero a evitar el coste social que llevaría consigo la desaparición de una sociedad como consecuencia de su nulidad mediante el establecimiento de un sistema que persigue su continuidad en el tráfico (114) y para ello:

- Limita notablemente las causas de nulidad que no puede resultar nada más que de una disposición expresa de la presente Ley de

(110) GARCÍA VILLAVERDE, R., «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE» (1.^a y 2.^a Directrices), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Madrid, 1986, págs. 203 y sigs.

(111) HEMARD, J.; TERRE, F., y MABILAT, P., *ob. cit.*, págs. 171 y sigs.

(112) Tiene relevancia al señalar que los estrechos límites del poder de control de «la declaración efectuada por los fundadores» que señalaba la Ley de 1966 (art. 6.^o) se ven aumentados como consecuencia de un Decreto de 24 de diciembre de 1969 que, por exigencia de adaptación a la 1.^a Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, modifica el artículo 16 del Decreto de 23 de marzo de 1967, que completaba la Ley de 1966.

(113) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité élémentaire...*, *ob. cit.*, t. I, París, 1986, pág. 788.

(114) Centre Montpellierien du Droit de l'Entreprise, «La protection des tiers dans le Droit des Sociétés», *RTDC*, 1971, págs. 29 y sigs.; DALSACE, A., *Manual de sociedades anónimas*, París, 1967, pág. 74.

Sociedades o de las que regulan la nulidad de los contratos (arts. 360) (115), y siempre que siga subsistiendo (art. 362). En este mismo sentido lo hace el Código Civil para todas las sociedades (arts. 1.844.10 y 1.844.11).

- Facilita la legislación la posibilidad de reparar la existencia de alguna causa de nulidad para que cese la acción de nulidad, facultándose incluso al Tribunal fijar un plazo que permita la reparación de la misma y a los terceros interesados el ejercicio de una acción tendente a ello (arts. 363, 365) de la Ley de Sociedades y el Código Civil para todas las sociedades (arts. 1.844.12 y 1.844.13).
- Se señala un plazo de tres años que marca la prescripción de la acción de nulidad (arts. 367 de la Ley de Sociedades y 1.844.14 CC).

La doctrina, de otro lado, había venido construyendo para amparo de terceros la teoría de las «sociedades de hecho» que bajo la Ley de Sociedades y el Código Civil, ahora modificado, va a contar con apoyo suficiente para hacer incuestionable su aplicación. Se trata en definitiva que en el caso de que, a pesar de la técnica expuesta, una sociedad sea declarada nula después de haber actuado en el tráfico, la apariencia haya sido suficiente como para mantener los derechos adquiridos por terceros. De lo contrario, la aplicación estricta de la teoría de la nulidad llevaría también a la anulación de todo lo por la sociedad realizado con el consiguiente perjuicio de todos aquellos terceros que habían confiado en su plena capacidad. Así ahora de forma explícita establece la Ley que ni la sociedad ni los socios pueden aprovecharse de una nulidad frente a terceros, si bien con el solo límite de que éstos hubieran procedido de buena fe (arts. 361 y 369 de la Ley de Sociedades y art. 1.844 CC).

4. LA REFORMA POSTERIOR DEL SISTEMA REGISTRAL

Las reformas acaecidas en los años que transcurren desde 1967 a 1984 van a marcar otro jalón en la evolución de la eficacia publicitaria, si bien estas disposiciones legales no van a intentar, ni mucho menos, una reforma radical del anterior sistema registral, cuyos pilares venían constituidos por el Decreto de 1953 (116), la Ley de 1949 creadora del *Boletín Oficial del*

(115) Es de señalar la reducción de causas de nulidad que efectúa en la Ley de 1966 y en lo que a sociedades por acciones se refiere como consecuencia de la Orden de 20 de diciembre de 1969.

(116) JAUFFRET, A., *ob. cit.*, págs. 395 y sigs., y *Manual de Derecho Comercial*, París, 1973, pág. 60.

Registro de Comercio y la Ley de Sociedades de 1966. El nuevo sistema registral va a mantener casi inmutables los efectos fundamentales del anterior período (117). Las nuevas disposiciones son casi un calco de aquellas a las que intentan sustituir, y muchas de las veces no hay tal sustitución, sino sólo un desarrollo o complemento. Son modificaciones que van dirigidas fundamentalmente a tener en cuenta los cambios de derecho material producidos por las modificaciones del Código de Comercio y del Código Civil, y sobre todo las innovaciones producidas por la Ley de Sociedades de 1966 y nunca a alterar sustancialmente el sistema de eficacia publicitaria establecido.

Las *disposiciones* esenciales que van a constituir el núcleo del sistema registral comercial francés son las siguientes:

1.º La Ley 66/537 sobre Sociedades Comerciales de 1966, completada por un importante *Decreto 67/236, de 23 de marzo de 1967* (en materia publicitaria, arts. 281 y sigs.) y una *Ordenanza de 20 de diciembre de 1969* cuya finalidad es la adaptación de la primera Directiva del Consejo de la Comunidad del 9 de marzo de 1968.

2.º El *Decreto 67/237, de 23 de marzo de 1967*, que regula el Registro de Comercio y que está completado por «un arrête» de la misma fecha, precisando ciertas modalidades sobre piezas que han de aportarse al Registro. Es una nueva regulación del Registro de Comercio que en lo que a su eficacia se refiere constituye prácticamente una repetición de la anterior.

3.º El *Decreto 67/238, de 23 de marzo de 1967*, instituyendo el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*.

A) Los efectos publicitarios en la nueva regulación del Decreto 67-237, de 1967, van a ser, salvo mínimas variaciones, una transcripción de los preceptos del Decreto de 1953, y por lo tanto son de aplicar casi exactamente aquí las consideraciones anteriormente hechas (118), y no es necesario una repetición de las mismas. Se vuelve a poner de relieve la continuidad evolutiva del sistema y la justificación de su exposición.

El artículo 41 de la nueva regulación del Registro:

«Toda persona inmatriculada en el Registro de Comercio se presume, salvo prueba en contrario, que tiene la cualidad de comerciante en los términos de las leyes en vigor. Está sometida a todas las consecuencias que se derivan de esta cualidad»,

(117) JUGLAR, M., y IPOBITO, B., *Droit Commercial*, París, 1979, pág. 295.

(118) *Vid* págs. 3839 y sigs.

no es otra cosa que la transcripción del artículo 61 del Decreto de 1953 (119), con la salvedad de que en la nueva redacción la presunción de la cualidad de comerciante, que la antigua redacción de 1953 extendía expresamente a toda persona física o jurídica, no va a referirse a ambas ya; la razón va a ser probablemente que la forma de las sociedades es suficiente para determinar su carácter mercantil. El tipo, en definitiva, determina el *status*, y así el artículo 1.º de la Ley de Sociedades de 1966 señala que:

«El carácter comercial de una sociedad se determina por su forma... Son mercantiles por razón de su forma cualquiera que sea su objeto, las sociedades colectivas, las comanditarias, las de responsabilidad limitada y las anónimas»,

de manera tal que la presunción salvo prueba en contrario del Registro va a resultar inútil frente a la presunción que de una manera absoluta fija la Ley de Sociedades. El registro pierde valor en cuanto a la aplicación del principio de legitimación con respecto a las sociedades mercantiles. La distinción es importante ya que mientras la presunción *iuris tantum* en la práctica no tiene una gran diferencia con la mera presunción de hecho, puesto que el cambio en la carga de la prueba no tiene importancia determinante en un proceso judicial (120), no sucede lo mismo con la presunción absoluta que añade ahora la inscripción de las sociedades.

El artículo 42 del nuevo texto del Decreto de 1967 mantiene idéntica la redacción que la Ley de 1953 daba en su artículo 62.I para la regulación del control de la cualidad del comerciante y a lo allí dicho nos remitimos (121).

Son excluidas del precepto las sociedades, y ello al quedar sometidas después de la Ley de Sociedades de 1966 a un sistema de determinación normativa para el nacimiento de la personalidad jurídica, por lo que parece claro que el tipo de sanción del artículo 42 sobra; máxime cuando incluso para el mero aspecto contractual el incumplimiento de las formalidades publicitarias se haya establecido la nulidad del mismo, si bien de una manera restringida tanto en extensión al afectar sólo a las sociedades de carácter personalista (art. 361), como en sus consecuencias que se ven restringidas por la construcción de las sociedades de hecho y el tratamiento de la denominada nulidad relativa.

Es, en definitiva, una modificación que ha querido mantener la congruencia con las variaciones experimentadas en algunos aspectos de la legislación, pero nunca afectar a la raíz del sistema publicitario.

(119) *Vid.* pág. 3840.

(120) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, pág. 3840.

(121) *Vid.* pág. 3840.

El segundo párrafo del artículo 42 permanece idéntico a la redacción originaria del artículo II de la antigua Ley de 1953 que, como en páginas anteriores se mencionaba, parece que por influencia tiende a introducir en el Derecho francés el principio de la fe pública registral y a él nos remitimos en todo lo dicho.

El centro del sistema de eficacia publicitaria del Registro Comercial francés continúa estando constituido por el efecto de la «inoponibilidad de lo no inscrito». Con independencia de la realidad material de las modificaciones jurídicas fuera del mundo del Registro, se pretende dar seguridad al tráfico de manera que a los terceros se les proporcione un sistema de cognoscibilidad de aquellos hechos relevantes para el tráfico comercial a fin de evitar la continua investigación de sucesos que pudieran haber alterado la realidad que se les aparece; apariencia que se tiende a hacer coincidir con la realidad mediante la obligatoriedad de la inscripción y la denegación de efectos a aquellas situaciones que no han sido publicadas de manera que no puedan afectar a los terceros que se fiaron de la realidad publicada. Es el viejo tema de la seguridad de los derechos y la seguridad del tráfico trasladado al campo de las relaciones comerciales y que ya venía siendo el centro del sistema registral francés desde la publicación de la Ley de 1953 en sus artículos 63 y 64 (122). Sin embargo, este efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito, aunque sigue siendo el centro y no podía ser de otro modo dado el precario sistema de calificación (123), va a recibir ciertas modificaciones que, aunque en cierta manera contribuyen a darle un mayor perfeccionamiento, por otro lado van a inducir a cierta confusión.

El tratamiento que el sistema registral mercantil venía dando a la inoponibilidad de lo no inscrito estaba limitado en su campo de aplicación, ya que sólo eran inoponibles los hechos inscribibles taxativamente señalados por el artículo 64, mientras que para otros hechos inscribibles no era de aplicación el mencionado régimen. Este tratamiento va a cambiar a raíz de la nueva regulación del Decreto de marzo de 1967, que tiene ya en su apoyo no sólo una evolución en el campo doctrinal, sino también en el legislativo, puesto que a raíz de 1955 va a quedar definitivamente configurado en el registro de la propiedad inmobiliaria en torno al sistema de inoponibilidad

(122) *Vid.* pág. 3841.

(123) A pesar de que algunos autores señalan que en materia de sociedades se ha introducido el control judicial en virtud de la modificación del artículo 16 del Decreto de 23 de marzo de 1967, en cumplimiento del artículo 10 de la Directriz de 1968, no parece que se haya establecido un gran cambio que facilite el examen a fondo de la regularidad de la constitución. CENTRE MONTEPELLERIEN, *ob cit.*, pág. 28; HEMARD, J., TERRE, F., y MABILAT, P., «La douzième réforme du Droit des Sociétés Commerciales», en *Revue des Sociétés*, 1979, págs. 197 y sigs.

de lo no inscrito (124). El Decreto de 23 de marzo de 1967 extiende de una manera general los efectos de la inoponibilidad a todos los hechos sujetos a inscripción, superando la vieja concepción de una inoponibilidad limitada. Y así, el artículo 43 afirma que:

«Las personas sujetas a inmatriculación en el Registro de Comercio no pueden en su actividad comercial oponer ni a los terceros ni a la administración, que sin embargo pueden utilizarlos en lo favorable, los hechos sujetos a mención excepto en el caso de que hubieren sido publicados. Esta disposición no es aplicable si los obligados demuestran que en el momento en el que contrataron, los terceros conocían el hecho de que se trata».

Es una redacción que en lo sustancial reproduce y conserva el tratamiento que al efecto de inoponibilidad daba el artículo 63 del Decreto de 1953, contemplando sólo el aspecto negativo de la publicidad material y manteniendo la buena fe como atenuante de la rígida aplicación del efecto de inoponibilidad; razones por las que en las consideraciones sobre estos aspectos habrá de referirse a lo ya indicado cuando dicho artículo 63 se examinó (125).

La segunda modificación que el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito recibe va a constituir en el momento a partir del cual dicho efecto cesa. Mientras que de una manera general el nuevo Decreto de 1967 mantiene como tal el momento de la inscripción, la modificación para las sociedades hecha por la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 resultante de la adecuación a la Primera Directriz sobre sociedades de la CEE de 9 de marzo de 1968, señala un plazo de dieciséis días desde que se publicó la inscripción en el *BODAC*, pasando a constituir un elemento de la publicidad formal parte del juego de los elementos de la publicidad material (126). Se plantean con ello problemas derivados de un doble tratamiento en cuanto al momento de la eficacia de lo publicado, ya que los aspectos no societarios siguen con el régimen general de oponibilidad desde la inscripción, que al estudiar el Boletín examinaremos, y que han dado lugar a que se hayan producido derogaciones de un régimen publicitario que el Decreto de 1967 se había esforzado en unificar (127).

(124) PEÑA, M., *ob. cit.*, págs. 722 y sigs. En el primer Congreso de Derecho Registral (2-6 mayo 1961), Madrid, 1965. Ponencias de NERSON, R., *Carácter obligatorio de la publicidad inmobiliaria en el Derecho positivo francés*, págs. 341 y sigs.; BOULANGER, J., *Observaciones sobre la publicidad inmobiliaria en Francia*, II, págs. 363 y sigs.

(125) *Vid.* pág. 3841.

(126) HOUIN, R., «Sociétés par actions», *RTDC*, núm. 4, 1969, págs. 999 y sigs.

(127) HOUIN, R., *ob. cit.*, págs. 1008 y sigs.

B) En el tratamiento dado a la publicidad por las disposiciones legales de naturaleza societaria junto a la Ley de Sociedades de 1966, ya analizada en este punto, hay que citar el Decreto de 23 de marzo de 1967, número 67-236, y la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969.

El Decreto de 1967 no va a introducir modificaciones relevantes en materia de publicidad material ya que en el ámbito publicitario lo que va a hacer es desarrollar las formalidades publicitarias exigidas por la Ley de 1966 (art. 4), estableciendo además la publicación de un aviso antes de la inmatriculación en el Registro con los datos señalados por el Decreto (art. 285) y exigiendo a continuación de la inscripción en el Registro de Comercio la necesidad de publicar en el *BODAC* la constitución de la sociedad (art. 286); pero en ningún momento se les quiso considerar parte del mecanismo de la publicidad material aunque el incumplimiento del primer aspecto a veces fue considerado como causa de nulidad según ya se expuso.

De mayor interés es la Ordenanza de 1969 que intenta adecuar la legislación francesa a la Primera Directriz de la Comunidad Económica Europea de 9 de marzo de 1968 (128) y que introdujo, entre otras, dos modificaciones que en cierta manera afectan a la publicidad material: la introducción del *BODAC* dentro del juego de la publicidad material con los problemas que a continuación se señalarán y la exigencia de un plazo de dieciséis días desde la publicación para comenzar a ser posible la oposición a terceros de los hechos inscritos, lo cual venía a introducir un plazo prudente para facilitar a los terceros la posibilidad de acceder al conocimiento de lo inscrito en el Registro derogando en los que a la sociedad se refiere la inmediatidad en la oponibilidad de los hechos registrados (art. 43, D. de 23 de marzo de 1967).

C) El Decreto 67/238, de 23 de marzo de 1967, introduce el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales* que va a reemplazar al *Boletín Oficial del Registro de Comercio*, conservando las grandes líneas de la reglamentación anterior en cuanto que dedicado a publicar un extracto de las declaraciones hechas en el Registro de Comercio (art. 2), en ningún momento su cometido era otro que el de la publicación formal, y sin que tampoco los terceros pudieran oponer al comerciante la falta de publicación en el mismo. Sin embargo, la *Ordenanza de 1969* que introduce un nuevo artículo 4.I en la Ley de Sociedades de 1966, consideró dicha publicación como un elemento del juego de la oponibilidad para las sociedades, ya que los hechos sólo serán oponibles a los dieciséis días de la publicación en el *Boletín* (129).

(128) CENTRE MONTPELLERIEN, *ob. cit.*, pág. 32; GOLDMAN, B., *Droit Commercial Européen*, París, 1983, págs. 259 y sigs., y 721 y sigs.; HEMARD, J.; TERRE, F., y MABILAT, P., «La douzième réforme du Droit des Sociétés Commerciales», *Revue des Sociétés*, 1970, págs. 197 y sigs.

(129) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 151.

De manera tal que va a atribuirse a la falta de una exigencia que es tarea del funcionario del Registro (art. 13 del Decreto) efectos perjudiciales para la sociedad que permanece al margen del procedimiento de publicación, introduciendo además la confusión de un doble régimen en la aplicación de la oponibilidad con respecto al momento en que comienza. Así, mientras para las sociedades comenzaría, como se ha señalado, a los dieciséis días de la publicación en el Boletín, para los comerciantes debería comenzar, según el régimen general del artículo 43 del Decreto, desde el momento mismo de la inscripción en el Registro. Se hace necesario proceder a una concordancia que debería tender hacia la solución apuntada por la Ordenanza de 1969 no sólo por razones de practicidad en cuanto que tienda a la homologación de las legislaciones europeas, sino también por razones de estricta justicia que parece mejor servida desde el momento que a los terceros se les concede un plazo prudencial para poder tener conocimiento de las modificaciones sufridas en el Registro y que a estos se les vincula a la publicación del *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*.

El Registro de Comercio, así como el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*, van a pasar finalmente a llamarse a raíz del Decreto 78-706, de 3 de julio de 1978, que recoge las variaciones habidas en el Código Civil y especialmente la obligación para las sociedades civiles de inscribirse «Registro del Comercio y de las Sociedades» y «Boletín de Anuncios civiles y comerciales», respectivamente.

5. LA REGULACIÓN DEL REGISTRO DE COMERCIO Y DE SOCIEDADES EN EL D. NÚMERO 84-406 DE 30 DE MAYO DE 1984 (JO DE 31 DE MAYO)

El Registro de Comercio y de Sociedades ha sido recientemente objeto de una nueva regulación por el Decreto 84/406, de 30 de mayo, que ha venido a sustituir, derogándole entre otras normas (arts. 82 y sigs.), al hasta entonces vigente Decreto 67/237, de 23 de marzo de 1967 (130).

En sus líneas generales este nuevo Decreto no ha supuesto otra cosa que una reorganización sistemática de los preceptos vigentes, pero sólo con mínimas modificaciones de carácter sustantivo de cierta importancia. En este sentido ha sido un Decreto no sólo inesperado, sino también injustificado en cuanto que las pocas modificaciones habidas podían haber sido perfectamente introducidas en la normativa existente (131).

(130) Este nuevo Decreto se ha visto completado por otros dos de la misma fecha: Uno que prevé el paso obligatorio por los centros de formalización de empresas (núm. 84-405 J.O. de 31 de mayo) y otro referente a las modalidades de inscripción en el Registro para ciertas sociedades (núm. 84-407 J.O. de 31 de mayo).

(131) DERRUPPÉ, J., «Actes de commerce, commercante et fins de commerce»,

En relación con lo que viene siendo el contenido de este estudio, limitado exclusivamente al examen de la eficacia de la publicidad registral, hay que decir que, aún manteniendo como centro el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito, se producen innovaciones que no sólo suponen mejoras de carácter técnico, sino también un comienzo de cambio en orden a la valoración de lo que puede suponer el control de las situaciones inscribibles. En todo caso las nuevas modificaciones introducidas mantienen la constante, analizada en todo el proceso evolutivo del Registro de Comercio, de propiciar una lenta evolución de sistema de eficacia publicitaria registral que no significando una ruptura con el modelo anterior supone siempre una cierta perfección del mismo a la vez que se establecen las bases de una posterior modificación.

Las consecuencias que se derivan de la inscripción vienen recogidas básicamente en los artículos 64 a 66 del nuevo Decreto, que en lo esencial mantienen el núcleo de lo regulado en los artículos 41 a 43 del Decreto de 23 de marzo de 1967 que ahora se deroga, sobre la eficacia de la inscripción con respecto al comerciante y a las situaciones no inscritas que obvian repetir su exposición. Existen no obstante modificaciones que es necesario resaltar y valorar tanto por sus consecuencias como por lo que suponen de mejoras técnicas.

Aunque no sea estrictamente materia de lo que podría ser considerado eficacia publicitaria, se hace también necesario abordar por la íntima conexión que con ello tiene el tema de la ampliación de los poderes del *Greffier*, que podría incluso suponer un primer paso en la admisión dentro del sistema francés del efecto presuntivo de legalidad de lo inscrito.

A) Los efectos de la inscripción del comerciante se estructuran en torno a las consecuencias que derivan tanto de su inscripción como de su omisión (arts. 64 y 65.1) y de una manera similar a la etapa anterior aunque contenga alguna novedad:

- «La inscripción de una persona física conlleva la presunción de la cualidad de comerciante. No obstante, esta presunción no es oponible ni a los terceros ni a las administraciones que aporten la prueba en contrario, los terceros y las administraciones no pueden valerse de la presunción si sabían que la persona inscrita no era comerciante» (art. 64).
- «La persona obligada a inscribirse que no lo hubiera hecho después de un plazo de quince días desde el comienzo de su actividad, no

RTDC. núm. 4, octubre-diciembre, pág. 652; RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 144. Vid. con respecto a este tema, citados por DERRUPPÉ, J., *Le Cannu, M P Les Petites affiches*, 11 de septiembre de 1984, págs. 4 y sigs.; ROTY, «Refonte de la réglementation du Registre de Commerce et des Sociétés», *JCP*, éd. not. 1984, Prat. 9129.

puede valerse, hasta que se inscriba, de la cualidad de comerciante tanto en lo que respecta a terceros como frente a las administraciones públicas. No obstante, ella no puede invocar su falta de inscripción en el registro para sustraerse de las responsabilidades y obligaciones inherentes a esta cualidad» (art. 65.1).

La inscripción del comerciante supone la presunción de tal cualidad, si bien ahora de forma expresa sólo con respecto a «las personas físicas». Esta explícita limitación supone un perfeccionamiento técnico no sólo por lo innecesario de la presunción con respecto a aquellas personas jurídicas que son comerciantes por razón de la forma y de su inscripción en el Registro (Ley de Sociedades de 1966 en su art. 1), sino también porque existen personas jurídicas que incluso con obligación de inscribirse o no son comerciantes (sociales civiles) o pueden no serlo en función de cuál sea su objeto (agrupaciones de interés económico).

La presunción de la cualidad de comerciante sigue siendo una presunción con la posibilidad de prueba en contrario, si bien esta posibilidad queda ahora limitada exclusivamente a «los terceros y a las administraciones que aporten la prueba en contrario». Esta limitación acaba con las dudas planteadas en torno al régimen legal anterior (art. 41 D. de 1967) que, al no delimitar quiénes eran los posibles beneficiarios de esta prueba en contrario, había llevado a la jurisprudencia a admitir la prueba en contra proporcionada por el propio comerciante inscrito. Se podía llegar así a la incongruencia de que una persona se inscribiera como comerciante para confundir a terceros y a la vez pudiera escapar de las obligaciones inherentes a su *status* de comerciante demostrando su no cualidad de tal (132).

La nueva regulación establece de esta forma una presunción absoluta a favor de terceros y en contra del que aparece inscrito como comerciante, en términos parecidos, aunque las consecuencias sean diferentes, a lo que venía sucediendo en la anterior regulación con respecto «al comerciante inscrito que transmitía su empresa o cedía su explotación» y no cancelaba su inscripción de comerciante o efectuaba las menciones correspondientes (art. 42.2, D. de 1967) y que literalmente también mantiene la nueva regulación (art. 65.2, D. de 30 de mayo de 1984).

La presunción juega en consecuencia a todos los efectos tanto a favor del comerciante inscrito como de terceros, siendo sin embargo sólo éstos los que tienen la posibilidad de destruir tal presunción mediante la prueba en contrario.

(132) DERRUPPÉ, J., *ob. cit.*, pág. 654; HOUIN, R., y PÉDAMON, M., *ob. cit.*, pág. 164; RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, pág. 152.

La regulación de la presunción a favor de terceros añade, sin embargo, un límite nuevo en lógica concordancia con lo que significa la defensa de la apariencia en la seguridad del tráfico, ya que la exigencia de la buena fe se configura como un requisito necesario para los terceros que intentan valerse de los efectos de la inscripción en cuanto que no pueden utilizar la presunción de la cualidad de comerciante «si sabían que la persona inscrita no era comerciante».

Los efectos de la inscripción parten, al igual que en la anterior regulación, del carácter obligatorio de la misma (arts. 7 y 65) de la que se deriva una presunción de dicha cualidad de comerciante en los términos ya señalados que aunque han supuesto una indudable mejora técnica no constituyen un cambio sustancial de su tradicional tratamiento legal.

La falta de inscripción de las personas obligadas a hacerlo sigue teniendo exactamente las mismas consecuencias establecidas en la anterior regulación (art. 42 D. de 1967) y que a su vez repetía los términos de la anterior normativa (art. 62.1 D. de 1953), ya que copia sus términos de manera casi literal (art. 65.1), haciendo que carezca de sentido el volver a repetir aquí lo que ya en su momento se dijo a la vez que se pone de relieve otra vez la constante continuidad en la evolución del Registro de Comercio.

En este sentido la no cancelación de la inscripción del comerciante que ha cesado en su actividad, sea cual fuere la causa, supone la posibilidad de su consideración como tal por los terceros de buena fe hasta que aquella sea llevada a cabo (arts. 41 y sigs.) en cumplimiento de la exigencia que en este sentido impone el propio texto legal (arts. 13 y 24); sin que de esto se pueda deducir que la cancelación de la inscripción del comerciante que continúa en el ejercicio de su actividad suponga ni la pérdida de la cualidad de comerciante ni tan siquiera la presunción de tal posibilidad.

B) La regulación de la eficacia de la publicidad registral se construye en base a la «inoponibilidad de lo no inscrito» en términos prácticamente idénticos (art. 66) a los que existían en la regulación precedente (arts. 43 y 44) y a cuyo comentario nos remitimos en cuanto que, salvo que se refunden los dos preceptos citados en uno solo, nada novedoso se añade.

Tan sólo cabe señalar la introducción en la regulación del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito de la exigencia impuesta a las personas jurídicas obligadas al depósito en el *dossier* anejo al Registro de los documentos exigidos a tal efecto (arts. 3.3; 47 a 57; y Decreto de 24 de septiembre de 1984) de efectuar tal depósito si quieren oponer dicha documentación a los terceros o a la administración (art. 66.2).

El depósito de tales documentos se constituye así en un hecho necesario para la inscripción registral de la constitución de las personas jurídicas o de posibles modificaciones de su originario *status* (arts. 2 y 47 y sigs.) y que hace posible que sean opuestos frente a terceros (art. 66), si bien bajo la

exigencia impuesta por el artículo 4.1 de la Ley de 24 de julio de 1966 de la previa publicación en el *BODAC*, como en su momento se expuso. A veces sin embargo el depósito de los documentos en el *dossier* anejo conlleva en sí mismo su oponibilidad cuando es la única formalidad requerida (133), lo cual significa que su eficacia frente a terceros deriva sólo del simple depósito pero no de su mención y publicación registral (arts. 66.1 y 2).

Se ha mantenido pues prácticamente intocada la anterior regulación del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito con la sola novedad señalada, a efectos de sancionar eficazmente la obligación de depósito de determinada documentación (134).

C) Entre las novedades más importantes introducidas por el Decreto de 30 de mayo de 1984 hay que señalar por último el notable aumento de la capacidad de control del *Greffier* en su función calificadora de las situaciones inscribibles (arts. 29 a 34).

Toda solicitud de inscripción es examinada por el *Greffier* que, bajo su responsabilidad, ha de asegurarse de su regularidad (arts. 29 y 30.1), lo que significa que verifica si su contenido es o no conforme a las disposiciones legislativas y reglamentarias, que se corresponde con los documentos justificativos depositados en el anexo y que son compatibles, en el caso de solicitud de una inscripción modificativa o de una cancelación, con el estado de *dossier* (art. 31.2). Y junto a este control previo existe además otro de carácter permanente que se deriva de la facultad que tiene en todo momento de verificar la permanente legalidad de las inscripciones efectuadas (art. 34).

El *Greffier* tiene así unos poderes que van más allá del mero examen formal de la solicitud de inscripción y de la comprobación de la aportación completa de datos y documentos, tal y como era en la anterior regulación, ya que el alcance de la calificación se extiende ahora al control de la adecuación o inadecuación a la legalidad de las situaciones inscribibles.

La función calificadora tiene una relación inmediata con los efectos de la publicidad registral, y por eso se examina aquí, no sólo en cuanto que del carácter positivo o degeneratorio de la misma depende el que las situaciones inscribibles puedan serlo o no serlo por su falta de adecuación a las disposiciones legales (arts. 31 y 32) y por lo tanto valerse o no de los efectos derivados de la inscripción (arts. 64 y sigs.), con independencia del posible recurso judicial de la calificación y sus consecuencias (arts. 69 y sigs.), sino que además cuál sea el ámbito de extensión de ese control incide a su vez sobre el alcance de los efectos publicitarios derivados de la inscripción.

(133) Lamy sociétés, 1984, octubre 1984. Etude K, pág. 15.

(134) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *Traité élémentaire*, ob. cit., pág. 154.

El paso de un simple control formal de las situaciones inscribibles a un control de la legalidad de las mismas va a posibilitar el que el Registro Mercantil puede dar un paso hacia adelante en lo que a la amplitud de los efectos derivados de la inscripción se refiere.

En primer lugar, va a reforzarse considerablemente el efecto de la oponibilidad de las situaciones inscritas en cuanto que el fundamento último del mismo radica no sólo en una publicidad que posibilita su cognoscibilidad por terceros, sino en que además efectivamente dichas situaciones sean ajustadas a derecho y esto va a suceder con mucha más probabilidad como consecuencia del nuevo control de legalidad que da al sujeto inscrito una mayor confianza frente a los terceros a los que opone las situaciones inscritas. Es en definitiva además un reforzamiento de la solvencia de la institución registral en función de su mayor garantía.

En íntima conexión con lo expuesto hay que señalar que la existencia de un control de legalidad posibilita la introducción de un nuevo efecto en el sistema publicitario registral. Y ello porque la inscripción de situaciones cuya legalidad ha sido constatada a través de un control previo y de carácter permanente permite introducir la posible consideración de una presunción de legalidad de las situaciones inscritas aunque con posibilidad de prueba en contrario, que es el contenido del llamado «efecto de legitimación registral», tal y como en el sistema alemán ha sucedido a través de la labor interpretativa de parte de la doctrina y de la jurisprudencia (135). En todo caso están sentadas las bases para que este «efecto de legitimación» pueda tener cabida dentro del sistema registral mercantil en futuras modificaciones.

La prudencia que ha caracterizado constantemente el desarrollo del registro mercantil francés ha dado así un paso adelante en la elaboración del sistema registral, ya que satisfecha la exigencia de un mayor control calificador se refuerza el alcance del efecto de oponibilidad de lo inscrito a la vez que se da pie para la construcción de un posterior y más amplio conjunto de efectos registrales.

El propio Decreto al instituir un «comité de coordinación», que ha de vigilar por la armonización en la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables en materia de Registro de Comercio y de Sociedades, y que ha de emitir su parecer sobre las consultas que le hagan las personas encargadas del registro, a la vez que informa al Ministro competente de las dificultades y anomalías de las que tenga conocimiento (art. 5.º), ha llegado al culmen de lo que es la máxima cautela en el andar de esta institución dada su enorme trascendencia. Y la consideración sobre el

(135) CAPELLE, K.-H., *Handelsrecht*, München, 1980, págs. 22 y sigs.

alcance del control calificador y su repercusión en el sistema de efectos registrales va a ser uno de los más importantes problemas que la práctica registral le va a plantear para su solución.

En conclusión, no puede afirmarse que este nuevo Decreto haya supuesto un cambio sustancial de regulación en lo que a la eficacia de la publicidad registral se refiere, sino más bien ha introducido mejoras técnicas en el cuadro ya existente con la importante modificación del papel calificador del *Greffier* cuya repercusión sobre los efectos de la publicidad registral están todavía por ver. En todo caso no parece que esto sea suficiente para justificar la existencia de toda una nueva regulación del Registro de Comercio que en lo esencial mantiene casi literalmente la regulación que anteriormente había y que podía haber asumido perfectamente las mejoras técnicas que el nuevo Decreto introduce.

III. LA EFICACIA PUBLICITARIA DEL REGISTRO MERCANTIL ALEMAN

1. NOTAS NECESARIAS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN

El Registro Mercantil constituye una de las piezas fundamentales de la actividad del Estado para la protección del tráfico comercial, suministrando los datos que el legislador ha considerado de especial relevancia para los sujetos que en él intervienen (136).

La información, más propiamente la posibilidad de informarse, procede de la constitución de este Registro como un Registro abierto al público. El Registro Mercantil es un instituto abierto a terceros que mediante los diferentes instrumentos de ejercicio de la publicidad formal (simple examen, copias, certificados) puede obtener el conocimiento de aquellas situaciones que para él fueran relevantes o, incluso, de su falta de constancia registral.

La defensa del tráfico encuentra así satisfacción a través de dicha organización (137) en cuanto que posibilita el conocimiento por los terceros (publicidad formal) de las situaciones registradas y, además, porque como consecuencia de la eficacia de la publicidad registral se les anudan unas consecuencias (publicidad material) tendentes a amparar la confianza de aquéllos en la situación que se desprende de la contemplación del Registro Mercantil. Se trata, en definitiva, de los temas de organización y eficacia de la publicidad registral que aunque conceptualmente separables en una

(136) CAPELLE, K. H., *Handelsrecht*, München. 1972. pág. 18.

(137) HILDEBRANDT, W., *Schlegelberger, HGB Band*, I. Kommentar von GESSLER-HEFERMEHL-HILDEBRANDT-SCHRÖDER, 5. Auflage, Band I, München, 1973, pág. 158.

observación meramente estática del Registro se encuentran íntimamente vinculados, de forma que el mayor o menor ámbito de esta última va a depender del régimen que se establezca para aquélla.

Este es el motivo por el que unas notas introductorias sobre la organización y la actividad encuentran aquí su lugar en función de lo que luego será el estudio de los efectos publicitarios; aunque el tema básico, que es el de la amplitud de la calificación registral, queda remitido al momento en que se estudia la eficacia de la publicidad material por creer que es aquel el sitio más oportuno en cuanto que de cual sea su consideración se desprenderán unas u otras conclusiones en lo que respecta al ámbito de lo que son los efectos materiales de la publicidad registral. Esta consideración, conjuntamente con el hecho de que sólo insatisfactoriamente pueden examinarse los efectos de una institución si previamente no se tiene un cierto conocimiento sobre su estructura y funcionamiento, hace que sea necesario dar una visión, aunque sea somera, de la organización registral.

El Registro Mercantil es una institución de naturaleza pública cuya finalidad esencial es la de proteger a los terceros de la inseguridad que para ellos se deriva del desconocimiento de aquellas medidas de importancia para el tráfico que los empresarios puedan tomar (138).

Con respecto a esta función inmediata del Registro Mercantil se ha puesto de relieve recientemente en la doctrina el debate entre la tensión existente en torno a la protección de la intimidad mediante el derecho a «la autodeterminación informativa» (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) y la publicidad formal del Registro como límite a la misma. Entendiendo que el interés sobre la información del tráfico jurídico y la necesidad para ello de la transparencia de determinadas situaciones de naturaleza jurídico-mercantil justifican suficientemente la publicidad formal del Registro Mercantil, incluso con respecto a sujetos sobre los que no exista un concreto interés, como límite del derecho a la propia intimidad y en base al principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) con que se han de contemplar los límites de los derechos constitucionales (139). E incluso se excluye cualquier atisbo de inconstitucionalidad en el posible uso que las empresas dedicadas a la información hicieran de los datos publicados (140).

(138) HILDEBRANDT, *ob cit.*, pág. 156.

(139) CANARIS, C. W.-CAPELLE-CANARIS, *Handelsrecht*, München, 1989, págs. 40 y sigs.

(140) En este sentido, recogido por CANARIS en obra anteriormente citada —pág. 41—, KOLLHOSSER, «Handelsregister und private Datenbanken», *NJW*, 1988, págs. 2409 y sigs.

A) *El instituto registral*

La institución registral se encuentra regulada fundamentalmente en el HGB (arts. 8-16), completado por la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria de 17 de mayo de 1937 (arts. 1-34 y 125-149), modificada en sucesivas ocasiones.

El Registro Mercantil está a cargo de los Tribunales de Justicia de Primera Instancia, que en cuanto que son autoridades registrales se denominan Tribunales del Registro, siendo competentes por razón del lugar del establecimiento (arts. 8 HGB y 125 FGG), aunque las funciones del Tribunal son en gran parte delegadas en el Secretario (arts. 3 y 17 RpG), sin que exista un Registro de carácter central.

Esta visión judicializada con la que la Ley contempla a la organización registral va a tener trascendencia tanto en el proceso de inscripción, donde las facultades concedidas al Juez para el examen y calificación de las situaciones inscribibles tienen tal amplitud que casi permite hablar de un procedimiento jurisdiccional (141), como en la posterior vigilancia y conservación del Registro, que se manifiesta fundamentalmente en la posibilidad de realizar inscripciones de oficio en determinados casos concretos y fundamentalmente en materia de cancelaciones. Decisiones judiciales que en todo caso son susceptibles de recurrirse (art. 16 HGB).

Esta amplia consideración de carácter judicial de la actividad del Registro Mercantil va a tener además su incidencia en sobre los aspectos materiales de la publicidad registral, ya que en grandes sectores de la doctrina (142) y de la jurisprudencia, como habrá ocasión de ver, se desarrolla la eficacia material de la publicidad registral en base al papel relevante que tiene la calificación de los Tribunales Registrales.

B) *El procedimiento de inscripción*

El procedimiento de inscripción de las situaciones inscribibles sigue un desarrollo que, expuesto sucintamente, se desenvuelve en el siguiente proceso:

a) *Debe darse un hecho susceptible de inscripción*, viniendo rígidamente limitado por la Ley el ámbito de las situaciones que pueden ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, sin que ni la voluntad del

(141) GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, t. I, Buenos Aires. 1957. pág. 86.

(142) MULLER-EZBARG, R., *Deutsches Handelsrecht*, Tubingen. 1969, pág. 69

interesado ni la del Juez del Registro puedan aumentarlas (143). Es un estrecho círculo legalmente señalado y que, esencialmente, gira en torno a situaciones que reflejan relaciones de las que se puede derivar responsabilidad patrimonial (144). Y hasta un punto tal es relevante la consideración del *numerus clausus* para la doctrina, que la definición del Registro se hace en base a este elemento objetivo señalando que «el Registro Mercantil viene constituido por una serie de hechos que son jurídicamente importantes para el tráfico mercantil» (145).

b) *La solicitud de la inscripción* se inicia normalmente a instancia del interesado y solo excepcionalmente lo es de oficio, teniendo muchas veces un carácter obligatorio que faculta al Tribunal para la imposición de su inscripción bajo sanción de multa.

No todos los hechos que son susceptibles de inscripción (*einzutragende Tatsache*) lo son de la misma manera, puesto que mientras que para algunos existe la obligatoriedad de su inscripción (*eintragungspflichtige*), para otros sólo tiene un carácter meramente facultativo (*eintragungsfähige*). Distinción que, como habrá ocasión de ver, ha planteado en la doctrina el tema en torno al ámbito de aplicación de los efectos de la publicidad material del Registro Mercantil.

c) Una vez efectuada la solicitud, el Tribunal procede al *examen y calificación* de la misma, que normalmente tiene lugar a través de documento público, denegando u ordenando la inscripción. El hasta donde el Juez investiga la realidad de las situaciones que se presentan a la inscripción y el ámbito del control de legalidad sobre las mismas van a servir a un sector de la doctrina, como habrá ocasión de ver, para intentar arbitrar un sistema de presunciones de veracidad y de legalidad de lo inscrito que permita ampliar el contenido de la publicidad material que el Registro Mercantil presenta de forma explícita en los textos legales que lo regulan. El elemento central de la polémica se desvía así a la amplitud de la calificación (146).

La unanimidad se manifiesta en torno al control de legalidad en sus más amplias consecuencias y tanto en relación con el *numerus clausus* como en

(143) EHREMBERG, V., *Handbuch des gesamten Handelsrecht*, Leipzig, 1913, págs. 525 y sigs.

(144) Es interesante constatar que en el Derecho suizo, aunque exista también un *numerus clausus*, se arbitra la posibilidad de que se puedan inscribir aquellas situaciones no previstas en la Ley siempre que el interesado en la inscripción justifique el interés público de la misma (art 20 ORC).

Aunque no hay un régimen abierto, se puede afirmar según la doctrina actual (CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43) que son inscribibles aquellas situaciones que el ordenamiento ordena, pero también aquellas que presupone que han de ser inscritas o para las que de su falta de inscripción se deducen determinadas consecuencias.

(145) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 18.

(146) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

su adecuación a la Ley (147), que supera la concepción del Registro Mercantil como un mero archivo recopilador de datos. Esta unanimidad quiebra cuando se trata de demarcar el control con respecto a las facultades de las que dispone el Juez para poder corroborar la realidad y el grado de coincidencia entre ésta y la situación que se pretende inscribir. Ante la inexistencia de un precepto que demarque claramente la amplitud de las facultades de que goza el Juez para poder corroborar la realidad de las situaciones que se quiere inscribir, un sector de la doctrina que ha dedicado atención al tema (148) ha venido estimando que el Juez encargado del Registro no tenía competencias para poder llevar a cabo otro control que el consistente en un control de calificación formal y de la legalidad, pero sin alcanzar a una posible investigación de la realidad de la existencia de la situación que se pretende inscribir. Esta posición ha sufrido desde el momento mismo de su nacimiento un cierto desplazamiento, hasta llegar a admitir un amplio control sobre la realidad de las situaciones inscribibles. Causas de este cambio han sido, de un lado, una interpretación de la propia lógica de la institución registral que al pretender ofrecer al tráfico un cuadro de situaciones que se ajuste lo más posible a la realidad lleva a tener que admitir el que cuando el Juez realiza la inscripción registral la efectúa en base a la confianza de que con los datos documentados que se acompañan a la solicitud tiene elementos suficientes como para poder estimar que lo que se va a inscribir se corresponde con la realidad; por lo que cuando esa confianza se veía quebrada por dudas razonables podía proceder a su confrontación con la realidad (149). De otro lado, si bien es cierto que no existe un precepto que recoja de forma expresa esta amplitud de control, sí existen determinados preceptos diseminados de los que se puede deducir un amplio poder de calificación en lo que se refiere a la comprobación de la realidad (así, por ejemplo, el art. 9 HGB cuando regula las certificaciones judiciales para justificar la existencia o no de determinadas situaciones inscribibles; el art. 13 HGB al señalar la necesidad de verificar la existencia de la sucursal que se desea inscribir; la posibilidad que concede el art. 126 FGG para dirigirse el Juez del Registro a las Cámaras solicitando datos para determinadas comprobaciones; etc.) (150). Esta situación legal impulsó igualmente corrientes doctrinales que vinieron a considerar con una mayor amplitud el ámbito de calificación de

(147) CANARIS, C. W., *ob cit.*, pág. 45.

(148) COSACK, C., *Traité de Droit Commercial*, París, 1904, pág. 64; HIRSCH, E., *Leitfaden für das Studium des Handels und Gesellschaftsrechts*, Berlín, 1970, pág. 44.

(149) LEHMANN, K., *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1921, pág. 108; MÜLLER-EZBARG, R., pág. 68.

(150) BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*, München, 1971. *Vid.* relación de preceptos en pág. 41.

que dispone la institución registral (151) y que son hoy normalmente admitidas (152).

La denegación de la inscripción posibilita en todo caso los recursos pertinentes que vinculan al Juez del Registro en los términos de las mismas.

d) Una vez que la calificación y la inscripción registral han tenido lugar, la autoridad judicial encargada del Registro está obligada a su *publicación* en el *Boletín Oficial (Bundesanzeiger)* y en cualquier otro periódico como mínimo (art. 10 HGB).

La publicación tiene su trascendencia no sólo en el campo de la publicidad formal reforzando la posibilidad de conocimiento por los sujetos interesados de las situaciones inscritas, sino también en el juego de la eficacia de la publicidad material (art. 15 HGB). Hay que señalar, sin embargo, que las esferas de actuación de la inscripción y de la publicación son diferentes (153). Así, mientras que la inscripción tiene un carácter de permanencia que tiende a hacer posible la cognoscibilidad de las situaciones inscritas y depende generalmente de la voluntad del interesado en que la situación acceda al Registro, la publicación no tiene una finalidad de permanencia ya que tiende a facilitar un conocimiento temporal e inmediato de la situación mandada a publicar por el Juez, que no siempre tiene que corresponderse en su amplitud con la situación registrada si bien sea esto lo normal (art. 10 HGB). En consecuencia con lo dicho se ha de ponderar al máximo el condicionamiento de los efectos de la publicidad material a la publicación cuando se trate de valerse de ellos por el que efectuó la inscripción. Se debería, en consecuencia, dar el máximo protagonismo posible a la inscripción haciéndola jugar como un elemento de máxima consideración a la hora de ponderar la existencia de buena fe en los terceros con respecto al desconocimiento de las situaciones inscritas pero todavía no publicadas, al igual que se debería de sopesar la respectiva influencia que en el comportamiento del tercero pudieron tener la inscripción o la publicación en el caso de que se hubiera producido una discordancia entre ambas (154), de forma que la posible invocación por el tercero de la falta de publicación o de publicación errónea se vea reducida a sus justos límites.

(151) SCHUMANN, H., *Handelsrecht*, t. 1, Wiesbaden, 1954, págs. 55 y sigs.; HEINS-HEIMER, K., *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1933 (traducción GELLA), pág. 28.

(152) CAPELLE, K. H., *ob cit.*, pág. 23.

(153) WYSSA, G., *Les effets externes de l'inscription au Registre du Commerce*, Lausanne, 195., págs. 43 y sigs.

(154) En contra, WYSSA, G., *ob cit.*, pág. 43.

2. LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD MATERIAL

El desarrollo de la eficacia registral, que tradicionalmente se subsume bajo la denominación de publicidad material, tiene su regulación esencialmente en el artículo 15 del HGB, si bien existen también preceptos dispersos no sólo en el propio HGB, y un desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial que amplían el marco legal general del artículo 15 HGB aproximándole al que ofrece el Derecho Inmobiliario Registral (155). El estudio de la publicidad material requiere un doble análisis: primero, en torno a delimitar cuál sea su ámbito, y después, con respecto al concreto contenido de los que son los particulares efectos que de ella derivan.

A) *Ámbito de la publicidad material*

a) *Objetivo: Hechos inscribibles*

La referencia a los llamados «hechos susceptibles de ser inscritos» se encuentra hecha de forma expresa y genérica en el artículo 15 HGB cuando bajo el epígrafe de «Publicidad del Registro Mercantil» regula la publicidad material del mismo. Aunque partiendo de la inexistencia de un número abierto de situaciones inscribibles la doctrina ha venido diferenciando, como en su momento se indicó, entre «hechos de inscripción obligatoria» y «hechos de inscripción voluntaria», planteando la relación de la distinción en torno al alcance de los efectos de la publicidad material. Un sector mayoritario de la doctrina ha venido considerando que a pesar de la referencia genérica que el artículo 15 HGB hace a todos los hechos susceptibles de ser inscritos, no a todos ellos deberían hacerse extensivos los efectos de la publicidad material que en el mismo se regulan (156). De esta manera la casi generalidad de la doctrina ha venido considerando que los efectos materiales de la inscripción sólo pueden anudarse a las situaciones cuya inscripción tiene un carácter obligatorio, pero no a las simplemente inscribibles que ya tienen establecidas sus propias consecuencias en caso de no haber accedido al Registro (157). No obstante, se admite que a pesar de existir un número tasado de inscripciones obligatorias (*Enumerationsprinzip*) es compatible con ello una extensión analógica de los supuestos a través de una *analogía legis* (158). El problema habría de resolverse, según

(155) WEGHMANN, A., *Der Streit um den positiven öffentlichen Glauben des Handelsregisters*, Ostern, 1934, págs. 9 y sigs.; BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*, München, 1971, págs. 61 y sigs.

(156) En contra, sin embargo, GIERKE, J., *ob. cit.*, t. I, pág. 96.

(157) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, pág. 96; CANARIS, C. W., *cit.*, pág. 43.

(158) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43.

la opinión más extendida doctrinalmente, teniendo en cuenta la finalidad a la que la técnica de la publicidad material tiende. Al situarnos ante situaciones de inscripción voluntaria sus consecuencias se desenvuelven al margen de los efectos del Registro en lo que a su no inscripción se refiere, y el propio precepto que las recoge establecerá normalmente cuáles puedan ser las consecuencias de la no inscripción. La obligatoriedad vendría requerida para aquellas situaciones cuyo desconocimiento supusiese un mayor peligro para los terceros, y en este sentido se impondría su inscripción y subsiguiente publicación para posibilitarles una mayor seguridad jurídica en sus relaciones comerciales. La inscripción registral y subsiguiente publicación lo que hacen es añadir a las situaciones inscribibles de carácter obligatorio un plus de eficacia haciendo posible el que los terceros se vean afectados por ellas, lo que de otra forma no sucedería salvo que se demuestre que las conocía.

De lo expuesto no puede deducirse sin más que un hecho susceptible de inscripción pero no inscrito es oponible a un tercero con independencia de su conocimiento o no. El mundo de las situaciones extrarregistrales se desenvuelve anudando normalmente sus efectos sólo entre las partes y trasladando el problema del conocimiento de las mismas por los terceros al campo de la mala fe y de su necesaria corroboración mediante el mecanismo de la prueba de su conocimiento. Todo ello salvo disposición expresa que señale la presunción del conocimiento por los terceros, lo que sólo sucede de forma excepcional. La no inscripción no supondrá una imposibilidad de su oposición, pero ésta requerirá la demostración previa de la mala fe o conocimiento previo del tercero, que no sería requerida en el supuesto de estar inscrita o publicada. Y ésta sería la razón por la que inscribiría quien no está obligado a hacerlo. No se ve razón suficiente por la que el legislador haya querido eliminar el amparo registral de los terceros limitándolo exclusivamente a aquellas situaciones para las que la inscripción se configure como obligatoria.

La voluntariedad o la obligatoriedad de la inscripción sólo juega metodológicamente en el proceso de comunicación de la situación inscribible al Registro, y es ahí donde se deben situar las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento. De la no inscripción de una situación obligatoria se derivan consecuencias que compelen a su realización (sanciones, inscripciones de oficio) y que no se producen cuando se trata de una inscripción de carácter meramente obligatorio, aunque de ello puedan desprenderse otras consecuencias. Sería metodológicamente inexacto traer a este punto el tema de la entrada en juego de los efectos de la publicidad material, que ha lugar precisamente una vez que las situaciones inscribibles acceden al Registro Mercantil con independencia del carácter con que lo puedan hacer.

b) Los límites subjetivos de su aplicación

La doctrina distingue en base al HGB entre comerciantes cuya actuación se realiza de una manera plena a través de una organización comercial y los pequeños comerciantes «cuya empresa, por su clase y volumen, no necesita una organización empresarial» (art. 4 HGB), teniendo la distinción como consecuencia inmediata el que mientras a los comerciantes plenos les son aplicables todas las disposiciones pertinentes del HGB, a los pequeños comerciantes se les exceptúa del régimen de aplicación de ciertas normas que podían ser injustificadamente gravosas para el ejercicio de su actividad. Se trata, en la mayoría de los casos, de exigencias que serían o bien letra muerta por su reiterado incumplimiento o que desproporcionaría los efectos conseguidos para la seguridad del tráfico en relación con la economicidad de los medios empleados. En esta línea no tiene acceso al Registro Mercantil y no pueden en consecuencia caer sobre él los efectos negativos derivados de la no inscripción en el mismo de situaciones registrales con él conexas (159), pero inscrito un pequeño comerciante se le considerará a todos los efectos como un comerciante pleno, aplicándosele la construcción del comerciante aparente (160).

El Registro Mercantil es una institución para el comerciante pleno y los pequeños comerciantes no tienen cabida en él, creándose la presunción legal de que todo comerciante que inscribe su nombre es un comerciante y además pleno, sin que pueda alegar frente a terceros la ausencia de alguna de estas circunstancias (art. 5 HGB). Rigen, pues, para el pequeño comerciante en sus relaciones en el tráfico comercial las normas generales sobre prueba y presunciones, sin serle de aplicación las que pudieran proceder del régimen registral.

Para acabar de precisar el ámbito subjetivo de aplicación de los efectos registrales es necesario hacer una referencia a la relación entre los tipos societarios mercantiles y la distinción entre comerciante pleno y pequeño. Mientras que el comerciante pleno puede desenvolverse a través de cualquiera de los tipos societarios, le está vedado al pequeño comerciante el ejercicio de su actividad valiéndose de las sociedades de tipo personalista (colectiva o comanditaria) (art. 4.II HGB), mientras que siempre es factible su ejercicio mediante sociedades a las que la Ley les otorga la cualidad de comerciante exclusivamente en función de la forma, como son las anónimas y limitadas (arts. 3 AktG y 13.II GmbHG). Estas sociedades son siempre comerciantes por la forma, con independencia del objeto y del volumen de su organización, y además comerciantes plenos. La inscripción de una so-

(159) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 36.

(160) CAPELLE, K. L., *cit.*, págs. 16 y sigs.

ciudad de tipo personalista debajo de la cual se encuentre una actividad con una organización propia de un pequeño comerciante tendría la consideración de un comerciante pleno en virtud de la aplicación del artículo 5 HGB, construyéndose su concepto bajo el tratamiento del comerciante aparente cuya exposición se desarrollará más adelante.

- c) La relación de la eficacia de la publicidad material con las diferentes clases de inscripción y con la publicación

La relación entre las situaciones susceptibles de ser inscritas en el Registro Mercantil y la función que éste tiene en el nacimiento de las mismas se manifiesta a través de las tradicionalmente denominadas inscripciones declarativas o constitutivas. Pero el tema en sí de la naturaleza y efectos de la inscripción, planteado según la exposición clásica de considerar o no a ésta como requisito interno de la existencia del hecho inscribible o sólo como elemento que añade una eficacia complementaria (la registral) a las situaciones que acceden al Registro, bordea el tema de la eficacia de la publicidad, pero sin llegar a centrarle (161). Una cosa es considerar a la inscripción como elemento integrador o no de las situaciones que se inscriben e, incluso, el considerar la posible existencia de una situación que requiere inscripción constitutiva aunque lo sea bajo una figura diferente a la originariamente perseguida, y otra ponderar de qué manera los efectos de la publicidad registral se manifiestan según las situaciones accedan al Registro como consecuencia de una inscripción de carácter constitutivo o declarativo. Partiendo de que la Ley no distingue en torno a la posible limitación de los efectos a ningún tipo de inscripción en consideración a cuál pudiera ser su naturaleza (162), es cierto que la eficacia de los efectos juega de diferente manera en una u otra clase de inscripción. En las inscripciones constitutivas la inoponibilidad de lo no inscrito carece de posible consideración cuando lo no inscrito no existe precisamente por ser la inscripción de un elemento esencial del supuesto que se pretende crear. No obstante, es necesario tener presente que a través de la consideración doctrinal de las situaciones de hecho o aparentes pueden ser opuestas a los terceros situaciones no inscritas, si bien subsumiéndolas en otros supuestos de carácter no constitutivo que también pueden ser tenidos en cuenta por aquellos (por ejemplo, con respecto a las sociedades anónimas no inscritas y su tratamiento como *Vor-*

(161) PAVONE DE LA ROSA, A., *Il Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 107 y sigs.; CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43.

(162) AFFERNI, V., *Il Registro delle Imprese*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II (dir. GALGANO, F.), Padova, 1978, pág. 187.

gesellschaft) (163). En cuanto a la oponibilidad de las situaciones inscritas, se encuentran sometidas las inscripciones constitutivas a las mismas exigencias que las que carecen de tal carácter, pero sin que de ningún modo se las pueda considerar excluidas de su ámbito; como tampoco, en caso de su admisibilidad, de la aplicación a ellas de otros posibles efectos registrales. Una vez inscrita una situación de naturaleza constitutiva queda sometida a la eficacia derivada de la publicidad registral, aunque para algunas de sus manifestaciones se requiera además cumplir con la exigencia de su publicación y con la peculiaridad de que las presunciones publicitarias adquieren a veces en estas inscripciones una fuerza mayor debido al carácter sanatorio que la inscripción lleva consigo en algunos casos (así, por ejemplo, para el caso de fundación de sociedades anónimas —art. 275—) (164).

La opinión de ciertos autores (165) que mantienen la no aplicabilidad de la eficacia registral del artículo 15 HGB a las inscripciones constitutivas en base a su tenor literal que habla de «hechos susceptibles de inscripción», lo cual daría a entender la previa existencia de situaciones con vida extraregistral y por tanto sólo susceptibles de entrar en el Registro mediante una inscripción de carácter declarativo, debe ser rechazada. La mera interpretación gramatical no es aceptable en cuanto que tanto «hecho susceptible de inscripción» como «inscripción de determinado contenido» son expresiones utilizadas en un sentido equívoco; y, por otro lado, la misma finalidad de la institución registral rechazaría, por injustificado, el hecho de que el interesado en la inscripción sólo pudiera prevalerse del Registro en las inscripciones declarativas, mientras que las constitutivas no pudieran servir-se de los posibles efectos que de la inscripción se desprenden.

B) *Fórmula legal y consideraciones doctrinales en la construcción de la eficacia publicitaria del Registro Mercantil*

La eficacia de la publicidad material comprende de forma indubitada aquellas de sus manifestaciones que van directamente encaminadas a la protección de los terceros que confían en el Registro amparándoles frente a lo no inscrito; pero la exposición del alcance de la eficacia de la publicidad material en el Registro de Comercio alemán quedaría notablemente mermada si sólo se tuviera en cuenta el tenor literal del artículo 15 HGB, en el que sólo se encuentra una regulación del efecto negativo de la publi-

(163) HUECK, G., *Gesellschaftsrecht*, Munchen, 1991, págs. 192 y sigs.

(164) HIRSCH, E., *Leifaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts*, Berlín, 1970, pág. 44; CAPELLE, H. K., *ob. cit.*, pág. 22.

(165) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 625 y sigs.

cidad y una casi inexistente manifestación de los efectos presuntivos que pueden derivarse de una situación inscrita (166).

La interpretación por la doctrina no sólo del artículo 15 HGB, sino del conjunto de normas que afectan al sistema de la publicidad registral, así como la práctica de la jurisprudencia y la existencia de una costumbre reiterada que se apoya en la buena fe y en la protección de la apariencia, han hecho posible que el sistema registral mercantil haya desbordado los límites del artículo 15 HGB para construir una regulación que, desbordando el principio tradicionalmente recogido en los ordenamientos de oponibilidad e inoponibilidad de lo no inscrito, se aproxima en gran manera a los efectos que sustentan la eficacia de la publicidad material en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (167), aunque existan discrepancias a la hora de su admisibilidad (168). El efecto de legitimación (presunción de exactitud de lo inscrito) y de fe pública registral (no perjuicio de terceros como consecuencia de la declaración de inexactitud o de nulidad de lo inscrito) pasan así a ser considerados por la doctrina, en mayor o menor medida, como propios del Registro de Comercio alemán. Todo lo cual viene a poner de relieve la afirmación de WEGHMAN cuando señala que «la fuerza de una fuente sobre las otras sólo tiene realmente importancia cuando descansa sobre el consentimiento y el sentir general» (169).

Los diferentes efectos de la publicidad material se producen por lo tanto en un doble frente: el efecto negativo de la inoponibilidad-oponibilidad basado en el tenor literal del artículo 15 HGB, y el efecto positivo manifestado a través de los principios de legitimación y fe pública registral esencialmente contruidos por la doctrina y la jurisprudencia, si bien se encuentren manifestaciones concretas de los mismos en los propios textos legales.

La publicidad registral mercantil va dirigida esencialmente, pero no sólo, a proteger a los terceros con respecto al desconocimiento de sus posibles decisiones tomadas por los empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial. Y ello se lleva a cabo no simplemente con una publicidad de carácter formal que posibilitaría el conocimiento de aquellas situaciones, sino mediante un paso más al posibilitar que sólo se tenga como real frente a los terceros aquellas situaciones que se hayan inscrito y publicado. Y es más, no sólo de forma que lo no inscrito se tenga por inexistente frente al tercero de buena fe, sino también posibilitando el que éste pueda tener

(166) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 62; HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, págs. 164 y sigs.

(167) DURODIER, R.-KÜHLWEIN, R., «De l'importance des inscriptions au Registre du Commerce en Allemagne», *RTDC*, 1955, págs. 45 y sigs.

(168) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, págs. 188 y sigs.

(169) WEGHMAN, A., *ob. cit.*, pág. 2.

lo inscrito por exacto y veraz. Se estaría así ante la técnica de «garantías jurídico-materiales» frente a la mera técnica de «garantía jurídico-material», que partiría de que la situación existe en los términos en que se hubiera decidido y sólo se pediría de ella que se publique verazmente (170). Partiendo de aquí la doctrina alemana distingue entre «publicidad negativa» que ampara al tercero frente a las situaciones no inscritas y «publicidad positiva» que ampara al tercero en base a la consideración como presumiblemente real y lícito de lo que el Registro refleja (171). No obstante, es factible concebir también que el efecto positivo de la publicidad material es también extensible en ciertas circunstancias al propio titular de la inscripción como habrá ocasión de examinar en su momento.

a) El efecto negativo de la publicidad material: La inoponibilidad y la oponibilidad sobre la base del artículo 15.I y II del HGB

El artículo 15.I y II del HGB muestra el aspecto negativo de la eficacia publicitaria en su doble aspecto de inoponibilidad de lo no inscrito y de oponibilidad de lo inscrito, dirigido, de un lado, a proteger en el tráfico a los terceros de buena fe con respecto al silencio en torno a aquellas situaciones registrales que no han sido inscritas o publicadas, y de otro, a destruir la posible buena fe de los terceros una vez que aquéllas tienen acceso al Registro Mercantil.

Artículo 15. Publicidad del Registro Mercantil:

I. Hasta que un hecho susceptible de inscripción no sea inscrito y publicado en el Registro Mercantil no puede ser opuesto a un tercero por aquellos en cuyo interés debía ser inscrito a no ser que aquel lo conociera.

II. Los hechos inscritos y publicados pueden ser opuestos a terceros. Esto no afecta a las relaciones jurídicas llevadas a cabo dentro de los quince días siguientes a la publicación con tal de que el tercero demuestre que ni los conocía ni los debía conocer.

El HGB al recoger en su artículo 15 el efecto negativo de la publicidad material sigue la construcción de la función de la publicidad registral que el Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) de 1861 mantuvo, si bien no la reguló de una forma sistemática y con un carácter general con

(170) Esta distinción entre «garantía jurídico formal» y «garantía jurídico material» viene establecida por HILDEBRANDT, W., en *Schlegelberger, ob. cit.*, págs. 156 y sigs.

(171) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, págs. 158 y sigs., CANARIS, C. W., págs. 48 y sigs., y 62 y sigs.

respecto a todos los hechos susceptibles de ser inscritos. El efecto negativo se manifestaba de forma asistemática a través de preceptos dispersos (inscripción del nombre y de poderes esencialmente), colocando sus consecuencias en sus justos límites de inoponibilidad de lo no inscrito, pero sin que en ningún caso la falta de inscripción incidiera sobre la posible validez de los actos no inscritos como sucedía en ese período en alguna otra legislación (así, por ejemplo, en Francia).

El tratamiento que el artículo 15.I y II lleva a cabo con respecto al efecto negativo de la inscripción puede calificarse de completo en cuanto que no se limita sólo al aspecto negativo del problema (lo no inscrito y publicado no es oponible), ya que también aparece explícitamente recogido el aspecto positivo del problema (lo inscrito y publicado es oponible a terceros), superando aquellas legislaciones en las que al recogerse sólo alguno de sus aspectos (*vid.* art. 2.193 CC italiano) ha de acudir a la vía interpretativa para suplir las lagunas que se derivan de una regulación sólo parcial del efecto.

La regulación completa elimina así los problemas que plantearía una redacción parcial que sólo contemplase, como era usual, el aspecto de la inoponibilidad de lo no inscrito. El tratamiento unilateral del efecto llevaría a tener que establecer por la vía interpretativa que, en sentido contrario, lo inscrito es oponible a terceros, pero sin solucionar si esta oponibilidad lleva consigo, y si lo lleva hasta qué punto lo hace, la posibilidad de presumir que el tercero conocía la situación inscrita. En definitiva, qué importancia se concedería a los temas del error, la ignorancia, la mala fe, etc. Temas todos ellos a los que una mera interpretación que no parte de una regulación concreta de ambos aspectos no acabaría de satisfacer totalmente, dejando pendiente problemas en ese desarrollo interpretativo tan dificultoso como el de la posible equiparación entre la oponibilidad y el efecto notificativo de la publicidad.

Por otra parte, un tratamiento meramente negativo podría hacer pensar que las inscripciones constitutivas quedaban fuera del ámbito de aplicación de la oponibilidad, y esto en cuanto que al ser la inoponibilidad sólo referible a situaciones no inscritas pero existentes fuera de la realidad registral, podría pensarse con una construcción *a sensu contrario* de la oponibilidad que ésta sólo sería aplicable a inscripciones de naturaleza no constitutiva, al igual que sucede con la inoponibilidad. Una expresa regulación de la oponibilidad obvia el problema sometiendo las inscripciones constitutivas a su régimen, al igual que si fueran declarativas, al no llevar a cabo ningún tipo de distinción.

Una vez indicadas las características del tratamiento conjunto del efecto negativo de la publicidad que ofrece el HGB a través de la regulación de la inoponibilidad y oponibilidad es procedente examinar separadamente ambos aspectos.

1. La inoponibilidad de lo no inscrito

La regulación de la inoponibilidad de lo no inscrito se efectúa en el artículo 15, párrafo primero, del HGB cuando indica que: «Hasta que un hecho susceptible de inscripción no sea inscrito y publicado en el Registro Mercantil no puede ser opuesto a un tercero por aquellos en cuyo interés debía ser inscrito a no ser que aquél lo conociera».

El efecto de la inoponibilidad va dirigido a la protección de los terceros frente a aquellos que pudiendo efectuar una inscripción no la han realizado. De aquí que una situación no inscrita no pueda considerarse como absolutamente inexistente frente al tercero, sino que éste puede renunciar a la protección que le otorga la inoponibilidad de las situaciones no inscritas y optar por la situación que más le pueda interesar. Se trata con esto de imposibilitar que el culpable de mantener una situación aparente no pueda verse precisamente favorecido por haberla hecho posible al no haberla eliminado con la oportuna inscripción de la verdadera situación, defraudando el fin perseguido por el efecto de la inoponibilidad (172). La situación registral se tiene como existente frente al tercero porque éste se encuentra ante una situación de apariencia no destruida por el que estaba obligado a ello. Al tercero se le protege ante el silencio registral (173), lo cual no quiere decir que no pueda tener en cuenta la verdadera situación extrarregistral que pudiendo haber tenido acceso al Registro no lo ha hecho. El que no puede utilizar la situación no inscrita y publicada es el que estando obligado a hacerlo no lo ha hecho.

Esta regla general de defensa del tráfico mediante la posibilidad de que los terceros ignoren las situaciones inscritas y no publicadas sufre una excepción en aquellos supuestos en los que por mandato legal se establece expresamente la eficacia de la publicidad registral y sin que por lo tanto tenga lugar la aplicación del artículo 15.I HGB (así en la quiebra —art. 32 HGB—). Esto no hace sino constatar la subordinación de los efectos publicitarios al imperio de la norma, desechando la construcción de los efectos publicitarios bajo una naturaleza similar a la que pudieran tener unos principios generales imbuidores de todo el ordenamiento.

Las consecuencias derivadas de la inoponibilidad a un tercero de lo no inscrito y publicado quedan condicionadas a la existencia de una serie de circunstancias que delimitan el alcance de lo que a primera vista pudiera ser una excesiva aplicación del artículo 15.I HGB.

La exigencia de buena fe por parte del tercero, entendida como desconocimiento de la situación no inscrita, se considera un requisito indispen-

(172) EHREMBERG, V., *ob cit.*, pág. 631.

(173) CANARIS, C. W., *ob cit.*, pág. 48.

sable en tanto en cuanto que en lo que se le ampara es únicamente en su confianza en una apariencia registral que no se corresponde con la realidad.

Si bien tanto la inscripción como la posterior publicación de las situaciones inscritas son elementos necesarios para eliminar la inoponibilidad, conviene hacer algunas matizaciones al respecto. La falta de publicidad actuará en el campo de la inoponibilidad, pero nunca en la conformación de la existencia de las situaciones para las que la inscripción constituye un elemento necesario y suficiente si es de naturaleza constitutiva o bien tiene una mera naturaleza declarativa que en todo caso sirve para eludir los problemas derivados de una posible sanción judicial en caso de que fueran obligatorias, pero sin que la existencia de la publicación tenga mayor relevancia en su nacimiento. La simple inscripción posibilita en consecuencia el conocimiento por los terceros de las situaciones inscritas y por tanto la desaparición de su posible buena fe si es que llegaron realmente a conocerlas, con lo que se hace posible oponer a un tercero una situación simplemente inscrita si se demuestra que tuvo conocimiento de ella.

Es evidente que el conocimiento por el tercero de las situaciones no inscritas o no publicadas hacen por lo tanto inaplicable la protección que el artículo 15.I HGB les brinda. El que conoce la realidad material no tiene por qué ser amparado frente a una mera apariencia cuya irrealidad conocía. Se ampara sólo la buena fe frente al silencio culpable. La buena fe entendida en cuanto desconocimiento de lo realmente existente y no inscrito o publicado (174) y, en su caso, lo inscrito como inalterado. Y es la destrucción de esta buena fe lo que haría inaplicable el mecanismo registral de defensa del tercero. Pero la buena fe ha de considerarse como un componente normal en el desenvolvimiento de las relaciones entre los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, de manera que su existencia ha de presumirse (175) y corresponde por lo tanto demostrar su inexistencia a aquellos que deseen enervar los efectos del artículo 15.I HGB. Estimándose en algunos, en lo que parece una excesiva consideración de la protección hacia los terceros, que para destruir la buena fe se hace necesario demostrar no sólo que el tercero conocía la situación no inscrita o no publicada, sino también los efectos que de ella se podían derivar (176). El desconocimiento por el tercero de la situación real se estima suficiente, sin que ni siquiera pueda estimarse que hace posible su destrucción el desenvolvimien-

(174) UWE, J., «Fiktionswirkung oder Schutztypisierte Vertrauens durch das Handelsregister», *ZHR*, 140, 1967, págs. 236 y sigs. Basado en lo que él denomina «confianza tipificada», señala la necesidad de que para aquellas situaciones no inscritas debe el tercero de haber confiado en una situación registral aparente que no sea la real si quiere prevalecerse del efecto registral de la inoponibilidad de lo no inscrito.

(175) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 634 y sigs.

(176) WYSSA, G., *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

to de una conducta mínimamente diligente encaminada a intentar conocer cuál era la verdadera situación (177), en cuanto que el mecanismo registral es precisamente una técnica destinada a favorecer el tráfico evitando dilaciones e inseguridades derivadas de tener que investigar cuál sea la verdadera situación.

Se distingue normalmente, en orden al ámbito de protección en el que es defendido el tercero de buena fe, entre situaciones de naturaleza comercial y las de otro tipo, circunscribiendo la aplicación del artículo 15.I HGB a las primeras, pero no a las demás en donde esa protección no se entiende justificada. La propia Exposición de Motivos del HGB excluye expresamente el efecto de la publicidad registral de las relaciones extracontractuales en función de la nula relevancia que en su conformación pueda tener el Registro Mercantil. El propio texto del articulado limita todavía más su ámbito de aplicación cuando al señalar la aplicación del artículo 15 HGB a las sucursales inscritas y publicadas a través del Juez del lugar de ésta lo circunscribe a las relaciones de carácter comercial (*Geschäftsverkehr*) (art. 15.IV HGB). Y podría parecer lógico que así lo sea también cuando se trata de establecimientos principales (178). Se estima, sin embargo, que es excesivo el limitar los efectos de la protección al tráfico mercantil, no sólo por los problemas para deslindar lo que es específicamente mercantil, sino también por la identidad en la finalidad que todos los Registros de carácter patrimonial tienen de proporcionar seguridad en el tráfico patrimonial considerado en su conjunto. El hecho de que el tercero hubiera desarrollado su actividad en el campo de los negocios o en relación con el tráfico es así suficiente para que el Registro Mercantil le otorgue su protección (179).

El tercero ha de haber actuado teniendo en consideración la situación que el Registro Mercantil ofrece y ésta haber sido determinante de su actuación (180), ya que la finalidad del efecto de inoponibilidad de lo inscrito no es otra que dar seguridad a los que confían en el Registro de manera que puedan actuar como si todo lo que en él no consta careciera de relevancia jurídica a efectos perjudiciales de sus intereses. La falta de consideración hacia el Registro por parte del tercero privaría de sentido una invocación *a posteriori* de su protección, ya que en ningún momento aquél actuó confiado en una apariencia de la que luego intenta valerse. Y parece lógico que sea el inmediato interesado en la inscripción —el titular— el que deba de correr con la carga de la prueba de que el tercero para nada tuvo

(177) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 224.

(178) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 60.

(179) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 52.

(180) CANARIS, C. W., págs. 52 y sigs.

en cuenta la realidad registral (181) a fin de hacer injustificable la protección que demanda (182).

Las dudas se plantean cuando se está ante situaciones no registradas pero que son modificadoras de una situación anterior que tampoco había tenido acceso al Registro Mercantil. En tanto en cuanto que el tercero había confiado originariamente en una situación extrarregistral se ha estimado por un sector de la doctrina (183) que esta misma confianza la debería de haber tenido con respecto a las situaciones que la modificaban. No sólo la afirmación parece que debe limitarse en su alcance con respecto a aquellas modificaciones que en ningún momento se exteriorizaron, sino que además no se estima acertada en cuanto se responsabiliza al tercero de una opción que nunca pudo evitar y de cuya falta de acceso al Registro no puede responder. El tercero se ha de ver amparado claramente frente al silencio registral con respecto a modificaciones de situaciones ya inscritas, pero también frente a aquellas otras que alteran situaciones no registradas o que modifican el régimen de derecho dispositivo que las regula sin tener el correspondiente reflejo registral.

Queda finalmente señalar la exigencia de un nexo causal entre el comportamiento del tercero y la relevancia que en él ha tenido el hecho de que la situación no esté inscrita, puesto que la finalidad del precepto no se entiende en el amparo de las circunstancias para la que la situación no inscrita tuvo un carácter irrelevante.

2. La oponibilidad de lo inscrito

En lo que por algunos autores se ha considerado una cierta reiteración en la regulación del efecto negativo de la publicidad material (184), el HGB regula en su párrafo segundo el aspecto complementario de la inoponibilidad (185) cuando afirma:

«Los hechos inscritos y publicados pueden ser opuestos a un tercero. Esto no es válido con respecto a las relaciones jurídicas llevadas a cabo dentro de los quince días siguientes a la publicación siempre que el tercero demuestre que ni los conocía ni los debía de conocer».

(181) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 634 y sigs.

(182) CANARIS, C. W., *pág.* 53.

(183) HOFMANN, J. A., *Das Handelsregister und seine Publicität*, *pág.* 268. Citado por CANARIS, *ob. cit.*, *pág.* 51, nota 5.

(184) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, *pág.* 59.

(185) Sobre las ventajas de contemplar tanto el aspecto de la oponibilidad como el de inoponibilidad se trató en páginas anteriores.

La oponibilidad de lo inscrito va esencialmente dirigida al amparo del obligado a inscribir al destruir la confianza del tercero en la falsa apariencia registral anterior o en las posibles apariencias no registrales, ya que la técnica de protección del Registro se estima preferente con respecto a otras posibles técnicas de proyección de la apariencia.

La inscripción es requisito necesario pero no suficiente para que puedan jugar las consecuencias de la inoponibilidad, ya que ésta se estima un elemento complementario necesario en todo caso y sólo a partir de ella empiezan a ser posibles. Se pretende que la oponibilidad se justifique no solamente en la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento que crea la inscripción, sino que también se potencie esa posibilidad de conocimiento mediante medios de mayor extensión territorial en su difusión. Y así el artículo 10 HGB señala que: «El Juez debe publicar la inscripción hecha en el Registro Mercantil a través de la *Bundesanzeiger* y de al menos otro periódico. Mientras la Ley no preceptúe otra cosa, las inscripciones han de ser publicadas íntegramente. Se da la publicación como realizada con el transcurso del día en el que la publicación aparece en el periódico».

De esta manera la inscripción y la publicación faculta el que las situaciones inscritas y publicadas puedan ser opuestas a tercero aunque ellos no las conocieran (186), suprimiendo de esta manera la presunción de buena fe que la inoponibilidad establecía a favor del tercero.

Esta regla sufre, sin embargo, una pequeña dilación en lo que respecta a su aplicación en el tráfico mercantil, ya que las situaciones inscritas y publicadas no son oponibles a los terceros durante los quince días siguientes a su publicación. La razón parece justa en cuanto que el período de carencia va dirigido a conceder un breve plazo que pueda permitir al tercero tener realmente conocimiento de las situaciones registradas rompiendo un automatismo que iría contra la verdadera realidad de las cosas, que supone que no todos los posibles afectados por una situación registral tiene un contacto continuo con sus técnicas de publicación formal. Se busca, en definitiva, que el tercero goce de un plazo razonable para interesarse por la realidad registral, sin que a partir del transcurso de ese plazo pueda oponerse a las situaciones inscritas y publicadas en base a la ignorancia de las mismas (187).

La vigencia de la inoponibilidad durante el período de quince días desde la publicación sólo tiene razón de ser si el tercero no la conocía, ya que el fundamento del plazo reside en el amparo de la buena fe del tercero,

(186) Con respecto a la relación entre ambas, *vid* FORSTHOFF, M., *Rechtsprobleme des neuen 15 HGB*, Düsseldorf, 1972, que llega a hablar del «principio de la doble publicación», pág. 79.

(187) HEINSHEIMER, K., *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1933 (traducción del alemán por VICENTE GELLA, A.), pág. 30.

de manera que cuando la ignorancia cesa no tiene ya fundamento tampoco el amparo del plazo al que la oponibilidad está sometida. Pero no sólo la ignorancia es determinante de la posibilidad de no invocar la oponibilidad de los hechos inscritos y publicados, sino que además ha de ser no culposa, es decir, que no afecte a un tercero que tenía el deber de conocerla, pero que por negligencia no lo hizo (188). Y es además relativamente difícil que el desconocimiento no sea culposo cuando se trata de comerciantes como consecuencia de que la diligencia que uno debe imponer a sus actos (art. 276 BGB) lleva consigo la obligación de informarse de la situación en el Registro y de leer los periódicos oficiales (189). Esto justifica el que la jurisprudencia se muestre ciertamente exigente ante la posibilidad de demostrar que el desconocimiento no fuera culpable (190).

La inscripción y publicación destruyen la presunción de ignorancia del tercero de forma que corresponde además a éste el demostrar que durante el período de carencia no conocía ni debía conocer los hechos inscritos y publicados, sin que una vez transcurrido este último quepa ya alegar tampoco ignorancia no culposa. Ahora bien, el que se den las condiciones exigidas para que las situaciones registradas sean oponibles no significa que lo puedan ser sin más. Se requiere que se den también una serie de presupuestos lógicos sin los cuales pueden detenerse las consecuencias de la oponibilidad. Las situaciones son oponibles siempre que ellas fueran exactas y legales, ya que de lo que se trata es de proteger al que interesado en inscribir lo hizo, pero no en ampararle en relación con situaciones que o no corresponden con la realidad o son contrarias a Derecho. Lo que lleva a la posibilidad de que el tercero pudiera tener las situaciones inscritas bajo esas circunstancias como inexistentes, si bien le correspondería previamente proceder a la demostración de la existencia de esas causas que harían improcedente su oponibilidad. Se estaría entrando con ello en el terreno de las presunciones de exactitud y de legalidad que pueden derivarse de una inscripción registral y, en definitiva, entrando en el alcance de la publicidad positiva del Registro a la que después se hace referencia.

Tampoco es tan evidente que las consecuencias de la oponibilidad, cuando se dan todas las circunstancias para ello, sean de aplicación absoluta, ya que incluso el propio ejercicio de los derechos tiene unos límites en su aplicación que han de tenerse en cuenta. Y en concreto, en lo que aquí respecta, no se puede prescindir de la aplicación del abuso del derecho en

(188) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, pág. 639.

(189) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 61

(190) CAPELLE, K., *ob. cit.*, pág. 20.

la utilización de la técnica registral precisamente para producir confusión y desamparo en el tercero en contra de la finalidad que el propio Registro persigue. Una ponderación del principio del abuso del derecho y la eficacia de la publicidad material se estima así también necesaria a la hora de analizar el contenido de los efectos registrales.

b) La posible deducción de otros efectos en base al artículo 15 HGB

Una interpretación meramente literal del artículo 15 HGB no parece que pudiera conducir más allá de los límites de lo ahora expuesto, salvo quizás en relación al artículo 15.III, aunque algunos autores hayan pensado que existe base suficiente en el precepto para poder sostener la existencia de otros efectos registrales (191). Si estos efectos pueden construirse es, sin embargo, en base a otras vías, especialmente en lo que se refiere a los efectos de legitimación y fe pública registral.

El efecto de legitimación (presunción de legalidad y de exactitud salvo prueba en contrario) no puede simplemente tener su fundamento en el efecto de la oponibilidad. El que la situación inscrita y publicada sea oponible a terceros no significa necesariamente que el interesado la puede oponer porque es legal y exacta, ni tampoco que el tercero pueda confiar en que lo inscrito es legal y exacto. El artículo 15.I y II HGB lo que afirma es simplemente que lo no inscrito y publicado no puede oponerse a un tercero salvo que éste lo conociera y que, por el contrario, lo inscrito y publicado sí le es oponible, pero nada más. La publicidad registral tiende simplemente a amparar al tercero frente a lo que el Registro no dice, pero sin asegurar que lo que en él figura tenga que considerarse bajo la presunción de exactitud y legalidad. Al igual que no parece simplemente deducible del artículo 15.I y II un efecto positivo de legitimación de lo inscrito, otro tanto hay que sostener con respecto a las consecuencias derivadas del efecto de fe pública registral (la declaración de nulidad de una situación inscrita no puede perjudicar los derechos que en base a ella fueron adquiridos por un tercero). El que lo no inscrito no pueda oponerse no significa que el tercero pueda ampararse en lo inscrito de forma que lo tenga en todo caso como real y ajustado a Derecho (192). La legitimación y la fe pública registral podrán darse, o no, como consecuencia de la inscripción, pero en ningún caso traen su razón de la inoponibilidad u oponibilidad.

(191) DUROUDIER, R.-KÜLWEIN, R., «De l'importance des inscriptions au registre du commerce en Allemagne», *RTDL*, 1955, pág. 48; MUNTZE, F., *Der öffentliche Glaube des Handelsregister*, Jena, 1911, págs. 33 y sigs.

(192) WEGHMAN, A. M., *ob cit.*, pág. 59.

Un tema diferente es la posibilidad de considerar el problema en función del contenido del artículo 15.III HGB (193) introducido como consecuencia de la Ley de 1 de septiembre a fin de su armonización con la primera Directiva de Sociedades de 9 de marzo de 1969 (194).

La redacción del citado párrafo señala que:

«Publicado inexactamente un hecho inscribible, puede ser éste invocado por el tercero contra aquellos en cuyo interés los hechos habrían sido inscritos, salvo que él los conociera».

La posibilidad concedida al tercero que confió en la inexacta publicación de determinadas situaciones inscritas ha posibilitado el afirmar la existencia de un efecto de fe pública en cuanto que se permite que el tercero tenga por exactas situaciones que han sido inexactamente publicadas (195).

Se produce, sin embargo, una traslación de la inscripción a la publicación como elemento protector de tercero que le permite en caso de discordancia ampararse en la situación publicada, independientemente de que la situación inscrita fuera exacta y de cuál hubiera sido el mecanismo de control calificador. El problema se traduce así más en una manifestación de la protección de la apariencia que en la existencia de un efecto de pública registral. Se ampara al tercero de buena fe siempre que él hubiese confiado en la situación publicada e ignorase cuál es la verdadera situación registral, corriendo la presunción a su favor y correspondiendo por lo tanto al interesado en la inscripción la ausencia de alguna de las circunstancias que justifican la protección de aquél.

c) Configuración doctrinal del efecto de legitimación

El marco del artículo 15 HGB como base de la construcción de los efectos registrales va a ser ampliamente desbordado por la interpretación que la doctrina va a elaborar en la construcción de los efectos registrales. Una faceta de este desbordamiento va a plasmarse en la configuración de los efectos presuntivos de exactitud y de legitimación de las situaciones inscritas.

Con gran probabilidad va a influir en esta visión del alcance de la eficacia publicitaria la plasmación en el campo registral inmobiliario de la presunción

(193) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, pág. 155; MOSSLER, C. P., *Die Rechtscheinhaftung im Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung des 15.III HGB*, Münster, 1974, págs. 112 y sigs.

(194) KOVARIK, M., «La première Directive du Conseil des Communautés Européennes et son application dans le Droit allemand», *Rev. des Soc.*, 1972, págs. 622 y sigs.

(195) HILDEBRANDT, *ob. cit.*, pág. 166.

del Derecho germánico de que «la posesión de una situación jurídica configuraba al poseedor como legitimado para el ejercicio de la misma» (196). Es, en líneas generales, la institución germánica de la *gewere* que al concretarse en los libros registrales conformaría para el Derecho inmobiliario registral el efecto de legitimación que posibilita presumir que el que aparece en el Registro como titular de una relación jurídica se presume que la tiene conforme a Derecho y, además, que es exacta y veraz. Y fue en estos términos como el HGB de 1896 la plasmó en su artículo 891 cuando afirmaba que «inscrito en el Registro un derecho a nombre de alguien, se presume que este derecho le pertenece. Si está cancelado en el Registro un derecho previamente inscrito, se presume que el derecho no existe». Se creó así un sistema de presentación formal y pública de titularidades jurídicas a las que se les dota de una cierta abstracción y autonomía con respecto a la realidad material que quiere reflejar y que en base al sistema y funcionamiento del Registro presenta un amparo a través de la técnica de las presunciones que suele ser normalmente exacto y legal. Y esta construcción fue la que influyó posteriormente en la doctrina para su elaboración en el campo de la publicidad registral mercantil. Junto a esta influencia de origen externo al Derecho Mercantil (y que si en él va a influir va a ser debido a la lenta formación de una teoría general publicitaria que va a ir absorbiendo y conformando los efectos provenientes de los diferentes campos registrales, eliminando sus matices particulares y quedándose con lo que tienen de general) se manifiesta otra corriente de influencia más genuinamente mercantil y que proviene del efecto jurídico y de la importancia que para el tráfico comercial venían teniendo desde el siglo XVIII los protocolos notariales en materia de poderes y sociedades, así como también los posteriores registros de firmas (197). Estos protocolos y registros habían creado ya las bases de unos efectos que trascendían los meros efectos internos corporativos y de control de «las guildas», estableciendo unos efectos publicitarios favorecedores para los terceros que confiaban en ellos y fundamentalmente con vistas a las exigencias de responsabilidad de aquellos que venían actuando bajo firma o a través de representación. La conmixtión de ambos factores, el que proviene del campo de las relaciones inmobiliarias y el que lo hace desde el campo específicamente mercantil, así como el hecho de estar encomendados los registros a órganos de naturaleza jurisdiccional que ejercen una función de control y calificación de las situaciones que acceden al Registro va a hacer posible el que se hable de la existencia de un efecto de legitimación en el Registro Mercantil y en su doble perspectiva de veracidad y de legalidad.

(196) BRUNNER-SCHWEERIN, *Historia del Derecho germánico*, Barcelona, 1936, págs. 195 y sigs.

(197) RHEME, P., *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, 1914.

El efecto de legitimación viene en definitiva condicionado por el ámbito del poder de calificación que el ordenamiento concede al Juez encargado del Registro Mercantil, y es su mayor o menor extensión lo que va a servir para delimitar el alcance de las presunciones (198). Si, en efecto, se atribuye al Juez encargado del Registro Mercantil facultades de control suficientes con respecto a la realidad y a la legalidad de lo que en el Registro ingresa, parece consecuente el deducir que lo en él ingresado ha de ser, salvo que se demuestre lo contrario, real y legal (199). El punto central se desplaza así a la amplitud de la calificación (200). De esta manera, las controversias sobre la posible extensión de la calificación más allá de un mero control de legalidad formal influyó en parte de un sector de la doctrina para desestimar la inscripción como base suficiente sobre la que construir una presunción *iuris tantum* (201), estimándola como un elemento probatorio más que el Juez ha de considerar ponderándolo conjuntamente con otros medios de prueba. Si bien es cierto que la tendencia hoy favorable a una amplia consideración de las facultades de la calificación (202) inclina a la admisibilidad de los efectos presuntivos de la inscripción en cuanto que si el Juez la admitió fue porque no tuvo ningún motivo fundado para dudar de ambos extremos. A pesar de esta tendencia la doctrina sigue manteniendo dudas y posiciones diversas (203) que se generan al carecer de un precepto concreto que regule el posible efecto presuntivo de la inscripción.

d) El intento de la construcción doctrinal de la fe pública registral

A pesar de la inexistencia tanto en el actual HGB como en el anterior ADHGB de preceptos concretos que regularan con carácter general la protección que se debía dar a los terceros que adquirirían determinadas posiciones jurídicas confiados en el Registro Mercantil y se encontraban con que posteriormente dicha situación o no se correspondía con la realidad o era contraria a Derecho, la doctrina tuvo, en su intento de abordar la solución del problema, la referencia que ofrecía el artículo 892.I del BGB cuando establece que «en beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como

(198) Sobre la calificación se puede ver lo escrito al inicio del trabajo en torno al régimen y organización del Registro Mercantil.

(199) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

(200) PAVONE DE LA ROSA, A., *Il Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 78 y sigs.

(201) GIERKE, J., *ob. cit.*, pág. 91.

(202) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

(203) *Vid.* diferentes posiciones en BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 41.

exacto, a no ser que...» El Registro Inmobiliario indicaba la solución del problema, mientras que el HGB permanece en silencio con respecto al efecto de fe pública, si bien algunos autores hayan intentado deducirlo del propio artículo 15.III HGB tal y como en páginas anteriores se indicó.

La doctrina y la jurisprudencia van a intentar solventar la laguna que el HGB presenta acudiendo a dos principios que a pesar de haberse presentado como contradictorios no sólo no lo son sino que además se complementan: el de fidelidad de la declaración (*Rechtsgrundsatz der Erklarungstreue*) y el de la protección de la confianza del tercero (*Vertrauensschutzprinzip*), según se insista en la responsabilidad del que realiza la declaración o en la protección del tercero que confía en un instituto destinado a hacer públicas determinadas situaciones de interés para el tráfico comercial (204).

Con acierto, la doctrina ha intentado evitar el calcar de una forma absoluta la regulación del efecto de fe pública propia del Registro Inmobiliario que al estructurar sobre bases completamente diferentes el objeto de inscripción otorga una protección que podría llevar a límites injustos lo que pretende ser una mejor regulación del tráfico mercantil (absurdo sería que por ser alguien inscrito erróneamente como socio colectivo tuviera que responder como tal ante los acreedores de la sociedad) (205). Es por ello por lo que se recurre a la necesidad de establecer una cierta relación de causalidad entre la falsa situación creada y el que ha contribuido a crearla. Lo que, junto a una mayor consideración al predominio de la declaración sobre la voluntad del que la emite, hace que acabe de tomar cuerpo el principio, reiteradamente repetido desde principio de siglo hasta convertirse en costumbre, de que «una declaración pública a la generalidad tiene una importancia jurídica tal que quien la hace en el campo usual del Derecho Mercantil debe permitir que el tercero tenga su contenido por real» (206). Es la manifestación del deber de veracidad con respecto a la declaración, de forma tal que lo declarado se presume exacto incluso frente a lo realmente querido.

Se observa, sin embargo, con acierto, la falta de justificación suficiente para que estas declaraciones no queden sometidas a las reglas generales de derecho común sobre vicios de la voluntad, a la vez que se hace patente el que las construcciones meramente declaracionistas no ampararían al tercero con respecto a aquellas situaciones registradas que habiendo sufrido modificaciones no se han visto reflejadas registralmente, ya que en este caso no

(204) CAPELLE, K. H., *ob cit.*, pág. 21.

(205) Sobre la inconveniencia de situar la construcción de los efectos registrales en torno a un mimetismo de su regulación en el Registro Inmobiliario, *vid AFFERNI, ob. cit.*, pág. 189.

(206) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 645 y sigs.

existe realmente una declaración inexacta ni tampoco una discordancia entre lo querido y lo declarado, y, sin embargo, el tercero debe de ser amparado ante lo que el Registro Mercantil le ofrece (207). El planteamiento del tema no debe de hacerse tan sólo desde el lado de la declaración que ingresara en el Registro Mercantil (208), sino que ha de considerarse fundamentalmente desde el punto de vista de protección de tráfico mediante el juego de la apariencia (209). Se trata de proteger a aquellos que han actuado confiados en una situación sobre la que concurren circunstancias como para estimar suficientemente fundada dicha confianza. Es cierto que el Registro y la técnica de protección de la apariencia ocupan planos diferentes, aunque en ambos se dé una misma finalidad de defensa del tráfico, pero lo que sucede es que el mecanismo de protección de la apariencia se interfiere en la técnica registral como un correctivo en aquellos casos en los que el Registro no cumple su función de hacer patente frente a Derecho situaciones reales y conformes a Derecho. Cuando esta situación no se produce la apariencia protege a los terceros que habiendo confiado en lo que normalmente debía de haber sucedido ven defraudadas sus expectativas. El Registro Mercantil es base suficiente como para poder sostener que se está ante una institución con fundamento suficiente como para poder justificar la confianza que en él depositaron los terceros.

La existencia de algunos preceptos dispersos y no de contenido estrictamente registral, en los que se protege la realidad jurídica creada en base a situaciones registrales que luego son declaradas nulas refuerza esta consideración de intentar construir la protección del tercero sobre la base de la apariencia e, incluso, no sólo la protección del tercero, sino la protección del tráfico en general [así, por ejemplo, el art. 277.2 AktG declara que «la eficacia de los negocios jurídicos concluidos en nombre de la sociedad no quedará afectada por la nulidad de ésta», y el 352.a) AktG en la misma orientación señala que «si la fusión ha sido inscrita en el Registro Mercantil... las irregularidades de la fusión no afectarán a su eficacia»].

La protección del tercero se encuentra no obstante, salvo en aquellos casos en los que la apariencia registral va más allá de una simple protección del tercero y tiende a proporcionar una seguridad del tráfico en general, limitada por ciertos presupuestos en su aplicación:

La situación registrada y publicada debe de haber procedido de una declaración de voluntad del titular registral (el interesado en la inscripción)

(207) GIERKE, J., *ob. cit.*, pág. 96.

(208) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 21.

(209) PRAUSSNITZ, O., «Rechtschein und Wirklichkeit im Handelsregister», *ZHR* Bd. 96, págs 10 y sigs.

o de persona que pueda obligarle. Se requiere que exista un nexo de causalidad entre la situación inscrita a aquel a quien se va a imputar la responsabilidad derivada de ella. No obstante, ha de entenderse que el conocimiento por el interesado de la falsedad de la inscripción eliminaría los efectos de la imputabilidad.

La adaptación al Registro Mercantil del efecto de fe pública registral se completa de esta manera con el principio germánico de imputabilidad por la responsabilidad objetiva del riesgo creado, *Veranlassungsprinzip*, en virtud del cual una persona responde de los daños acaecidos por la situación creada por ella incluso sin que hubiera mediado culpa.

La imposibilidad de oponer excepciones como consecuencias de vicios de la voluntad no constituye una simple sanción que proceda de la existencia de una declaración no conforme a la realidad ni al Derecho, aunque en los casos de falsedad intencionada así pudiera parecerlo, sino que se trata simplemente de proteger al tercero en la apariencia creada en un medio que tiende a ser exacto en función del control establecido para las situaciones que a él tienen acceso. De aquí y no de otro presupuesto se deduce la imposibilidad de oponer a terceros la nulidad de una situación no inscrita (210).

La apariencia creada debe afectar a situaciones inscribibles, no a aquellas otras a las que el legislador no consideró lo suficientemente relevantes como para ser protegidas por el Registro Mercantil. De manera tal que sólo a las situaciones comprendidas en el *numerus clausus* de situaciones registrales afecta la protección al tercero mediante el mecanismo de la apariencia.

Por la misma finalidad que la apariencia y el Registro vienen a cumplir, parece lógico el pensar en una doble necesidad para que el tercero pueda prevalecer de la situación inscrita. En primer lugar, el tercero ha de haber procedido en su actuación confiando en la situación registral aparente de forma que se haya dado un nexo causal entre su conducta y la confianza que depositó en lo que el Registro manifestaba. Sería absurdo el hecho de que el tercero intente *a posteriori* valerse de un hecho inscrito que para nada influyó en su comportamiento. Y en segundo lugar, que el tercero haya actuado bajo la absoluta confianza de la legalidad de la situación aparente y sin que en ningún momento hubiera conocido la inexactitud o ilegalidad de la situación inscrita. Si de otra manera fuera, no tendría tampoco razón de ser el juego del mecanismo de la apariencia, puesto que la función que ésta viene a cumplir no procedería al fallar la razón de ser de la misma institución que es la de proteger al tercero de buena fe.

En definitiva y después de lo hasta ahora expuesto, se puede sostener que la construcción de la eficacia de la publicidad material del Registro

(210) MULLER-EZBARG, *ob. cit.*, pág. 68, EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 648 y sigs.

Mercantil trasciende el mero efecto de la oponibilidad e inoponibilidad de lo no inscrito en virtud de las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia y hasta un punto tal que casi se construye bajo unos mismos principios que los que se presentan en el Registro Inmobiliario.

3. LA TRANSCENDENCIA DEL REGISTRO MERCANTIL EN LA CONFIGURACIÓN DEL COMERCIANTE

El Registro Mercantil alemán no es sólo un elemento desencadenante de los efectos de la publicidad registral, sino que desborda ese ámbito para pasar a veces de ser un elemento de carácter necesario y constitutivo con respecto a las situaciones que en él se inscriben. Una de las manifestaciones esenciales de esta función se pone de relieve en el tratamiento que el ordenamiento da al Registro Mercantil en su relación con la configuración de determinados tipos de comerciantes. A estos efectos hay que partir de la separación entre el comerciante persona física y el comerciante social.

A) *El comerciante persona física*

No todos los comerciantes están sometidos al cumplimiento de una misma serie de obligaciones y por lo tanto sometidos a un mismo estatus. El HGB presta atención a la existencia en el comercio de dos categorías diferenciadas de comerciantes: el pequeño comerciante y el comerciante pleno. Y en base a ella determina el HGB la exención para los primeros del cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 4.^oI) en cuanto que su actividad, por su clase y su volumen, no requiere para su ejercicio una real organización empresarial. Pero no se trata de examinar la construcción del pequeño comerciante, sino tan sólo poner de relieve la relevancia que su figura tiene en relación con la institución registral.

Han sido razones prácticas derivadas de la observación de la realidad y de una consideración a la economía en la proporcionalidad de los medios las que han conducido a eximir de su inmatriculación a los pequeños comerciantes, para los que no sólo no existe el deber de hacerlo, sino tampoco la posibilidad. Los pequeños comerciantes tienen derecho a actuar en el tráfico comercial sin ninguna consideración de la necesidad de su inscripción registral. Es un límite subjetivo al ámbito del Registro Mercantil y a sus efectos (211). El Registro Mercantil es una institución destinada al

(211) CAPELLE, H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 36.

comerciante pleno y a las actuaciones de él conexas, siendo el volumen y la clase de actividad el elemento diferenciador de las posibles manifestaciones que su figura puede revestir y de la función que el Registro cumple con respecto a ellas.

El HGB no ofrece una construcción unitaria de la figura del comerciante puesto que construye una diversidad de tipos que acceden a la cualidad de comerciante por diferentes vías. Esta diversidad se corresponde con una diversidad a su vez de relaciones con el Registro Mercantil.

El HGB alude en primer lugar a los denominados «comerciantes forzosos» (*Musskaufleute*), entendiendo como tales aquellos que ejercen una explotación empresarial de determinadas actividades que el mismo HGB enumera (art. 1.º), sin tener que atender a otros requisitos complementarios. Se trata de actividades que suelen corresponderse con las que han configurado el contenido tradicional del comercio, y es sólo el ejercicio de alguna de esas concretas actividades lo que determina la cualidad de comerciante. La inscripción registral no constituye en ningún caso un elemento esencial de la existencia de esta clase de comerciante y tiene aquí un mero efecto declarativo de su existencia. Si bien tenga carácter obligatorio (art. 29 HGB) y se haga en todo caso necesaria para poder prevalecer el comerciante de los efectos del Registro Mercantil, quedando sometidos a las requisitorias y sanciones derivadas de su no inmatriculación (arts. 14 HGB y 113 y sigs. FGG).

Fue probablemente la necesidad de introducir una cláusula general que sirviera para comprender todos los tipos de actividades no contenidos en el artículo 1 HGB y compensar su escasa amplitud lo que motivó la redacción del artículo 2 HGB (212) que regula la figura del «comerciante por razón de su inscripción» (*Sollkaufleute*). Este tipo de comerciante requiere un doble requisito:

a) Por un lado, que se dé el supuesto de ejercicio de una actividad profesional empresarial, que constituye un elemento necesario para todas las modalidades de comerciante (213), que no sea de las contempladas en el artículo 1 HGB. Y de otro, que esa actividad requiera por su ejercicio y volumen de una organización empresarial. Como se puede apreciar, esta figura de comerciante parece estructurarse en torno al concepto de empresa en sentido objetivo, relegando la actividad a un segundo plano (214).

b) Junto a este requisito objetivo se requiere también el requisito formal de su inmatriculación registral. La inscripción se configura con carácter

(212) GIERKE, J., *ob. cit.*, págs. 77 y sigs.

(213) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs.; CAPELLE, K. H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 29; RAISCH, P., *Unternehmenrecht*, t. I, Hambourg, 1973, págs. 66 y sigs.

(214) CAPELLE, K. H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

obligatorio, al igual que el comerciante forzoso, pero es que además pasa a ser un elemento esencial de la figura. El Registro Mercantil sale de su esfera meramente publicitaria para pasar a constituirse en un elemento para la constitución de esta clase de comerciante. Si no existe la inmatriculación no puede hablarse de comerciante por razón de la inscripción.

Pero ¿cuáles son las consecuencias de la presencia en el tráfico de un comerciante por razón de su inscripción que no ha procedido a su inmatriculación previa? Parece excesivo el resultado que se produciría mediante una interpretación rigurosa del artículo 2 HGB que llevase a la conclusión de rechazarle como inexistente a todos los efectos (215), haciendo además inaplicables las normas que referentes tanto a su estatus como a la actividad en la que intervino. Y parece excesivo porque con dicha medida ni se favorece al tráfico ni tampoco se protege adecuadamente a los terceros. Sería más favorable para éstos y el tráfico el tener al comerciante como existente y sin que pueda sustraerse de las obligaciones y consecuencias propias de esa calificación, pero sin que él pueda prevalerse de su condición ni del Registro hasta que no proceda a su inmatriculación.

En todo caso, no se ve razón suficiente para que sea la naturaleza de la actividad por sí sola la que pueda servir como criterio para poder decidir sobre la no exigencia de la inmatriculación como elemento esencial de la cualidad de comerciante (*Musskaufmann*) y que la necesidad de una organización empresarial para que la inmatriculación sea constitutivamente exigible (*Sollkaufmann*) sólo proceda con respecto a las actividades que no sean las propias de los comerciantes forzosos (*Musskaufleute*). No parece, en consecuencia, apropiado que sólo la actividad constituya un criterio suficiente para determinar la constitutividad de la inscripción registral. El volumen e importancia de la organización empresarial (comerciante pleno frente al pequeño comerciante) debería de ser el criterio utilizable para la exigencia de la inmatriculación, contribuyendo además a avanzar en el intento de construir un Registro Mercantil cuyo elemento central lo constituyera el instituto de la empresa.

La organización empresarial es también un elemento decisivo para el nacimiento de la cualidad de comerciante cuando se trata del ejercicio de actividades accesorias a las agropecuarias y la silvicultura. De manera tal que el titular de esta actividad accesoria tiene la posibilidad de adquirir la calificación de comerciante mediante la inscripción voluntaria (*Kankaufmann*) (art. 3.2 HGB) (216). Y si poco se justificaba la separación entre el

(215) RAISCH, P., *ob. cit.*, pág. 69.

(216) A raíz de la Ley de 30 de junio de 1976 han sido incluidas las actividades agrarias y forestales dentro de este tipo de comerciante potestativo.

comerciante forzoso y el que lo era por razón de la inscripción, menos se puede todavía justificar hoy este nuevo tipo de comerciante a cuya voluntad queda el someter o no su estatus a las normas del Derecho Mercantil (217).

B) *Los comerciantes sociales*

La relación entre el comerciante y el Registro Mercantil requiere, para ser completada, hacer una referencia a los comerciantes sociales o comerciantes por la forma (art. 6 HGB).

El tema del comerciante social y su relación con el Registro Mercantil se presenta en un doble plano: El de la función de la inscripción en el otorgamiento de la personalidad jurídica y en el de otorgamiento de la cualidad de comerciante.

El análisis de la relación entre la sociedad mercantil y el Registro Mercantil desborda el ámbito de su tratamiento sólo bajo la óptica de su incidencia en la obtención de la personalidad jurídica de las sociedades. Y ello en cuanto que en el Derecho alemán la aparición de las diferentes sociedades mercantiles en el tráfico no se efectúa siempre bajo la técnica de la personalidad jurídica. En consecuencia, el tema de «la irregularidad» de las sociedades no va unido siempre al problema de sociedades que actúan en el tráfico sin personalidad jurídica por no haber tenido acceso al Registro Mercantil. La necesidad de la inscripción no se presenta con respecto a las sociedades personalistas en función de la necesidad de la obtención de la personalidad jurídica puesto que carecen de ella, sino en conexión con el tipo de actividad que desarrollan como si de comerciantes individuales se tratara.

Para la consecución de fines comunes a través de una actuación conjunta se pueden adoptar básicamente una de estas dos posibilidades negociales en el ámbito del Derecho Privado (218):

O bien se utiliza como técnica de actuación conjunta una comunidad de individuos atribuyendo a todos ellos la titularidad activa y pasiva de las relaciones en las que intervienen, así como también sobre el posible patrimonio existente.

O bien se constituye una organización que adquiera independencia de los miembros que la componen y con una capacidad propia para contraer derechos y obligaciones y un propio patrimonio. En el caso en el que la comunidad adoptase tales características podríamos hablar de la existencia de un nuevo sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica.

(217) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs.

(218) FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, págs. 455 y sigs., HUECK, A., *Gesellschaftsrecht*, München, 1975, págs. 4 y sigs.

A las figuras asociacionales del primer grupo el BGB las denomina «sociedades en sentido estricto» (arts. 705 y sigs. BGB), con un rigor en la terminología (*Gesellschaft*) que ni la doctrina ni la propia legislación especial mantienen siempre en la denominación de los diferentes tipos societarios existentes. Las sociedades en sentido estricto carecen de personalidad jurídica y tienen su encuadre en el sector de las obligaciones en cuanto que se trata de una relación jurídica establecida entre varias personas mediante la cual se obligan a la consecución de un fin común a todas ellas a través de una comunidad que carece de capacidad de obrar y de organización corporativa y que normalmente cuenta con un patrimonio común a todas ellas (219).

A las figuras asociacionales comprendidas en el segundo grupo las denomina el BGB «asociaciones» (*Verein*) y son tratadas en la parte general referente a las personas jurídicas (arts. 21 y sigs.).

El desarrollo de la legislación mercantil ha ido configurando a su vez diferentes tipos societarios de naturaleza mercantil (comerciantes por la forma —art. 6 HGB—) que por su naturaleza pueden tener cabida, según del tipo de que se trate, en uno u otro de los dos grupos analizados. No obstante lo descrito, sería un error suponer que la clasificación indicada constituye una división diáfana sin zonas intermedias y pensar que la adscripción de los diferentes tipos se presenta sin dificultades.

El grado de subjetivación es, en definitiva, una técnica legislativa y el problema de su reconocimiento y de su amplitud es una cuestión de derecho positivo que puede permitir que el reconocimiento de la personificación se efectúe en un mayor o menor grado y que por lo tanto la interferencia de las notas caracterizadoras de una de las dos grandes divisiones pueda presentarse a veces al lado de las que son propias de la otra, sin que permita claramente identificar cuál sea la naturaleza del tipo concreto que se examina (220). Lo que no ofrece dudas es que la personalidad jurídica no es la única técnica de participación conjunta utilizada por las sociedades mercantiles y que la función del Registro Mercantil con respecto a ellas no cumple siempre la función de ser un instrumento técnico necesario de su reconocimiento.

a) Las sociedades personalistas

Las sociedades personalistas que no pueden desarrollar una actividad a través de una organización empresarial que pudiera servir para calificarlas

(219) LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, 1958, pág. 388; HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(220) HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

como un «pequeño comerciante» (art. 4.2 HGB) no requieren de la inscripción para la configuración del tipo, y si aquella es exigida o no es exclusivamente en conexión con el ejercicio de determinadas actividades y el volumen de su organización empresarial, tal y como si de un comerciante individual se tratase. La inscripción en cualquier caso parece que si se plantea como necesaria a efectos de poder oponer a tercero de buena fe el cambio de la estructura típica con la que legalmente se aparece en aquellos aspectos en los que ello se haga posible por estar regulados bajo un régimen de derecho dispositivo.

La actuación de las sociedades personalistas de naturaleza mercantil plantea el problema de determinar cuál pueda ser el alcance de su naturaleza jurídica y determinar su relación con el concepto de la personalidad jurídica (221).

El examen de los preceptos de la sociedad colectiva, como prototipo de las sociedades personalistas, se aproxima en su estructura a «la comunidad de mano común germánica», aunque el propio HGB señale como supletorias de las normas que la regulan (arts. 105 y sigs. HGB) a la sociedad civil (art. 105 HGB). Esta remisión, no obstante, tiene el alcance de su aplicación sólo en aquellos aspectos de la sociedad civil que no contradigan la naturaleza de la sociedad colectiva y está limitada, lógicamente, por los supuestos de hecho que su régimen jurídico contemple.

La construcción de la «comunidad de mano común» ha de trascender, lo que sería una contemplación tradicional de la figura bajo la óptica de los derechos reales que entiende por ella la pertenencia de una cosa a una pluralidad de personas, pero no por asignación de cuotas, sino como una titularidad absoluta de cada uno de los sujetos sobre la totalidad íntegra de la cosa. La institución de la «comunidad de mano común» es algo más que un patrimonio común puesto que implica además una serie de relaciones entre los socios y un comportamiento de los socios frente al exterior mediante el mecanismo de la representación que supone la existencia de un mínimo de organización corporativa. La organización corporativa no sólo no es incompatible con la comunidad de mano común, sino que, como afirma FERRARA, es históricamente demostrable la relación entre ambas a la vez que conceptualmente necesaria (222). Ello ha llevado a que, a veces,

(221) Es importante en torno a este problema tener presente las nuevas construcciones tanto doctrinales como legislativas que, siguiendo la construcción elaborada en su momento por el profesor GIRÓN TENA, J. (*Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, págs. 226 y sigs.), han venido construyendo bajo esta óptica una nueva visión sistemática de la construcción de la persona jurídica y las sociedades (así, por ejemplo, PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, t. II, AA VV., Madrid, 1991, págs. 1299 y sigs.).

(222) FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas* (traducción de OVEJERO, E.), Madrid, 1929, págs. 53 y sigs.

se le haya podido atribuir la naturaleza de persona jurídica y que el mismo error se haya desplazado al terreno de las sociedades mercantiles.

La dicotomía señalada entre sociedades (*Gesellschaft*) y asociaciones (*Vereine*) no se plantea por tanto con una puridad absoluta al plantearse zonas intermedias de difícil depuración conceptual (223). Lo que queda fuera de toda duda es que la personalidad jurídica no es el único mecanismo técnico de actuación conjunta en el tráfico cuando se efectúa a través de figuras negociales de carácter asociativo. Y que por lo tanto la función del Registro Mercantil en relación con ellas no tiene que ser siempre la de un instrumento necesario para su nacimiento y otorgamiento de la personalidad jurídica (224).

La sociedad colectiva goza de un patrimonio social que pertenece mancomunadamente a todos los socios con respecto a todos y cada uno de sus elementos componentes (art. 719 HGB), sin que pueda hablarse de una distribución por cuotas. Si bien es cierto que existe una cierta separación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad, a efectos de responsabilidad frente a terceros el socio responde solidariamente con aquélla (art. 128 HGB). Lo que la aproxima a la sociedad de mano común. Además, la sociedad colectiva tiene un mínimo de régimen de organización que la distancia de la sociedad en sentido estricto y la aproxima a las figuras de naturaleza asociacional. No constituye una simple relación contractual entre los socios, sino que se dota de una cierta organización para su funcionamiento. Y la existencia de esa organización se manifiesta internamente interfiriendo lo que serían en otro caso relaciones directas entre los socios y a través del mecanismo de gestión. Si bien es cierto que esa organización no llega a desprenderse de la técnica de decisión propia de los contratos ni permite tampoco una movilidad absoluta de sus miembros. Y externamente, aunque actúa en el tráfico bajo una razón social (art. 19 HGB), lo hace más bien mediante una técnica de representación que propiamente orgánica. Se trata de notas esenciales que alejando a la sociedad colectiva de lo que serían las sociedades en sentido estricto no las equipara a las asociaciones con propia personalidad jurídica y las sitúa en una posición intermedia equiparable a lo que sería la «comunidad de mano común germánica». Se pone así de relieve la dificultad para establecer en el ordenamiento alemán una separación tajante entre figuras asociacionales con propia personalidad jurídica y societarias carente de ella (225).

La inmatriculación de las sociedades personalistas no se requiere por lo tanto con una eficacia constitutiva en lo que se refiere a su nacimiento

(223) HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(224) HUECK, G., *ob. cit.*, pág. 60.

(225) DROBNIG, U., *La personnalité morale et ses limites (Etudes de Droit comparé et de Droit International Public)*. AA.VV., París, 1960, págs. 127 y sigs.

como sociedad con personalidad jurídica. La inscripción tiene un carácter esencialmente obligatorio (art. 106 HGB), pero su simple actuación en el tráfico es suficiente para poder constatar su existencia. A veces, sin embargo, la inscripción le puede venir impuesta con un carácter constitutivo, pero lo sería exclusivamente en conexión con la actividad que desarrolla, como si se tratase de un comerciante individual, y no por la razón concreta del tipo. La razón de esta dualidad comprensible por razones históricas no lo es, sin embargo, con meras razones de construcción dogmática. En consecuencia con lo indicado parece que sólo en el caso de que la sociedad colectiva pudiese ser calificada bajo el supuesto de hecho del «comerciante en virtud de su inscripción registral» (*Sollkaufmann*) habría que recurrir a la aplicación de la sanción del artículo 123 HGB de condicionar la eficacia de las relaciones de la sociedad colectiva con los terceros al momento de su inscripción registral.

b) Las sociedades capitalistas

Muy diferente es el planteamiento que hay que efectuar con respecto a las sociedades capitalistas. El Registro Mercantil va a cumplir con respecto a ellas una doble función: la de carácter constitutivo e informativo a efecto de desencadenar lo que constituye en sentido estricto la eficacia de la publicidad registral. Y así, en efecto, lo recogen la AktG de 6 de septiembre de 1965, continuando la línea iniciada con la modificación de ADHGB (art. 208) por la Ley de 2 de febrero de 1870 y que se había mantenido hasta la derogada Ley de 30 de enero de 1937, y la GmbHG de 20 de abril de 1892. Estas sociedades están dotadas de personalidad jurídica y antes de la inscripción no existen como tales (arts. 1 y 41 AktG y 11 GmbHG). La inscripción es así un elemento constitutivo del tipo, atribuye personalidad jurídica y determina en consecuencia su mercantilidad en cuanto por el mero hecho de su nacimiento adquieren el carácter de comerciante (arts. 3 AktG y 13 GmbHG), y además de comerciante pleno (art. 6 HGB). La posibilidad de valerse por parte de la sociedad ya inscrita de los efectos registrales frente a terceros requiere además del complemento de su publicación (art. 40 AktG) en los límites que en su momento fueron expuestos al analizar el artículo 15 HGB.

La existencia en el tráfico de sociedades que aparecen como sociedades capitalistas, incluso con la formalización bajo escritura pública del contrato societario en lo que sería una fase previa a su inscripción (*die Vorgesellschaft*) ha venido planteando tradicionalmente el problema de su naturaleza jurídica y en consecuencia el de delimitación de las normas a aplicar. La falta de inscripción registral reconduciría el supuesto societario a aquella

figura que no requiriera de ella para su existencia, pero en la que se dieran los requisitos mínimos esenciales para poder afirmar la existencia de un contrato de sociedad en sentido amplio. Este mínimo se encontraría en la sociedad civil del BGB, si bien si la actividad fuera de naturaleza mercantil haría factible el que pudiésemos hablar de una sociedad colectiva en cuanto que realmente goza de una naturaleza de «sociedad en sentido estricto» similar a la que es propia de la sociedad civil. Si bien el mayor grado de complejidad organizativa con el que se presentan lleva también a hablar de la existencia de figuras de naturaleza asociacional no tipificada (226). Hoy el acentuamiento en la contemplación del grado de corporación con el que se presentan estas sociedades capitalistas, tanto en su organización como en el ejercicio de su actividad, ha inclinado a la práctica totalidad de la doctrina en el sentido de entenderlas como figuras asociacionales *sui generis* (*Vereinigung eigener Art*) (227), para los que sólo existe un régimen jurídico muy limitado en lo que respecta a la atribución solidaria de responsabilidad por lo actuado a los que lo hicieron en su nombre (arts. 41.1 AktG y 11.2 GmbHG). Lo que supone la aplicación de todas aquellas normas que constituyen el régimen jurídico de las sociedades anónimas o limitadas, salvo en lo que suponga un reconocimiento de la personalidad jurídica. No hay que confundir la figura analizada con aquellas sociedades que son creadas con la finalidad de servir a la constitución de una sociedad de carácter capitalista (*die Vorgründungsgesellschaft*) y que se extinguen cuando constituyen la sociedad procediendo a su inscripción. Su naturaleza sería la de una sociedad civil del BGB o bien colectiva según el tipo de actividad que viniesen desarrollando (228).

C) *El comerciante registralmente aparente*

La trascendencia registral con respecto a la configuración del comerciante no quedaría completa si no se hiciera referencia al problema de aquellas personas que apareciendo inscritas en el Registro Mercantil no son comerciantes plenos o no ejercen una actividad comercial. Se trata del «comerciante registralmente aparente» (art. 5 HGB) al que se considera comerciante pleno con independencia de cuál sea su real situación: «Inscrito un nombre comercial en el Registro Mercantil, no puede oponerse a aquellos que invocan la inscripción que la actividad que se encuentra debajo del

(226) Sobre las posiciones doctrinales, *vid* HUECK, A., *ob. cit.*, pág. 134.

(227) HUECK, G., *Gesellschaftsrecht* (edición corregida de la misma obra de HUECK, A.), München, 1991, págs. 192 y 334 y sigs.

(228) HUECK, G., *ob. cit.*, pág. 192.

nombre comercial no es una actividad mercantil o que pertenece a la recogida en el artículo 4» (229).

No parece que en este caso se esté ante una manifestación del efecto de fe pública registral (230), en su momento analizado, porque la eficacia del precepto parece extenderse tanto en favor del tercero como de quien aparece inscrito. Cualquiera de ellos puede valerse de la presunción *iuris et de iure* de la cualidad de comerciante pleno que el artículo 5.º crea con respecto al comerciante que aparece inscrito registralmente. Sin embargo, el efecto de fe pública registral tiende esencialmente y a la protección exclusiva del tercero.

No parece tampoco tener consistencia la idea de sostener la existencia de un nuevo tipo de comerciante completamente independiente de los anteriormente señalados y que se produciría como consecuencia de la eficacia constitutiva de la inscripción (231). El que aparece registralmente como comerciante o bien es un comerciante que no tenía por qué estar inscrito y lo que sucede es que como consecuencia de la inscripción se le aplica un estatus diferente al que realmente debería de tener; o bien no lo es, en cuyo caso se aplicaría el presente artículo que va dirigido a evitar conflictos posteriores a la inscripción de un comerciante con respecto a las dudas que pudieran plantearse en torno a cual fuera el tipo real de comerciante que le corresponde (232). Sin que parezca claro que ésta pueda ser también la vía para proteger a los terceros con respecto a aquellos que sin ser comerciantes aparezcan inscritos en el Registro Mercantil como tales.

Se trata de una manifestación legal de amparo a la apariencia registral tendente a proporcionar un mayor grado de seguridad al tráfico comercial y cuya eficacia decaería por lo tanto en el supuesto en el que aquel amparo no se hiciera ya necesario como consecuencia del conocimiento que el tercero pudiera tener de la realidad, o bien con respecto al propio comerciante aparente si consiguió la inscripción actuando de mala fe. El juego de la buena fe ha de actuar en todo caso necesariamente como límite de esa protección.

(229) El artículo 4.º se refiere al «pequeño comerciante» estudiado en páginas anteriores.

(230) WEGHMANN, A., *ob. cit.*, págs. 49 y sigs.

(231) AFFERNI, W., *ob. cit.*, págs. 189 y sigs.

(232) El alcance que la exigencia de la presencia de una actividad empresarial se presenta en la doctrina varía desde aquellos que exigen una verdadera empresa comercial Schlegelberger. HILDEBRANDT, W., y *HANDELSGESETZBUCH*, T. I., München, 1973, págs. 59 y sigs.), hasta aquellos que sólo requieren la presencia de una organización empresarial con independencia del tipo de actividad (GIERKE, J., *op. cit.*, pág. 101).

IV. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO ITALIANO DE LA EMPRESA (233)

La finalidad que se persigue con este trabajo es la de ofrecer una representación del sistema de la eficacia registral y una valoración crítica del mismo de un Registro, el de la empresa, que por la aparente divergencia del ámbito de la situación registrable que se presenta con respecto a nuestro Registro Mercantil y la necesidad de ponerlo todavía en marcha ha parecido oportuno realizar a fin de su comparación y de su posible toma en consideración en vías de esa necesaria actualización.

Salvo en lo inevitable se prescinde conscientemente de la exposición de aquellos aspectos del Registro de la empresa que no afectan directamente al tema de la eficacia de la publicidad registral y que normalmente son expuestos cuando se trata la institución registral (organización, situaciones inscribibles, función de la inscripción, calificación, etc.).

1. FORMACIÓN DEL REGISTRO DE LA EMPRESA

A) *Antecedentes inmediatos*

El antecedente publicitario inmediato a la actual regulación del Registro de la empresa lo encontramos disperso en el articulado del Código de Comercio italiano de 1882, cuyo examen ofrece una perspectiva semejante a la que se encuentra en el Código de Comercio francés de 1807, con la diferencia de que mientras el Código de Comercio francés supuso el punto de partida de un lento deslizar a lo largo de la historia hasta conformar la situación publicitaria en su estado actual, el Código de Comercio italiano de 1882 va a mantener su deficiente conformación publicitaria registral hasta que se produjo el corte radical con el pasado que supone la creación del Registro de la empresa en el Código Civil italiano de 1942.

No existía en el Código de Comercio de 1882 un Registro único comercial en el que, con mayor o menor fortuna, se intentase la creación de un sistema publicitario, tal como el Registro alemán o el español, sino que se presentaba una multiplicidad dispersa de Registros de carácter comercial bajo el cuidado de los Jueces encargados de los Tribunales de Comercio, siguiendo

(233) Vid. SEQUEIRA, A., «La eficacia publicitaria en el Registro italiano de la Empresa», *Boletín de Información*, núms. 1656-1657, Ministerio de Justicia, diciembre 1992, págs. 6702 y sigs., y 6829 y sigs. respectivamente, y que ahora se actualiza.

do lo que fue el antecedente normal de muchos de los actuales sistemas registrales (234). Esta situación de dispersión publicitaria concretada en una multiplicación de los Registros comerciales (Registro de autorización al menor, sociedad comercial, poderes, etc.; arts. 9, 90, 13, etc.) (235) iba acompañada de una cierta confusión en cuanto a lo que verdaderamente constituye el ámbito de eficacia de la publicidad registral. No existía una clara delimitación entre lo que constituye la eficacia o la ineficacia frente a terceros derivada de la publicidad registral y la validez o invalidez de las situaciones inscribibles; no fija claramente la frontera entre las funciones de la inscripción (constitutiva, declarativa) y los efectos de la publicidad, que pertenecen a planos diferentes (236). Así se desprende claramente de múltiples preceptos, tanto en materia de comerciantes individuales (arts. 9 y sigs.) como con respecto a la inscripción de las sociedades (237) y los actos con ellas relacionados como otorgamiento de poderes, rescisión de los mismos, etc. (arts. 90 y sigs.), donde se habla de la no validez de situaciones no inscritas, cuando sería mucho más ajustado a la defensa del interés de los terceros hablar de eficacia o ineficacia frente a terceros de las situaciones inscribibles.

Las necesidades del tráfico comercial, cada vez más exigentes en la certeza de las situaciones y en una veraz información, reclamaban justamente la instauración de un sistema publicitario y de un Registro de Comercio que garantizase un mínimo de seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Pero a pesar de los ejemplos de las legislaciones europeas que superando ese viejo temor de que la instauración de un Registro de Comercio pudiera hacer pensar en el superado sistema de las corporaciones y de los privilegios, habían instaurado un sistema de publicidad registral, ya en el mismo proceso de la codificación (Alemania y España), ya en un momento posterior (Francia), la realidad es que en Italia la situación va a permanecer estacionaria hasta 1942.

Esta situación de inexistencia de un Registro de Comercio centralizado y de confusión en cuanto a lo que supone el régimen de eficacia registral tenía que ser superada puesto que las necesidades de un nuevo orden económico lo reclamaban, y, a su vez, la doctrina pugnaba con fuerza en este sentido (238), de forma tal que en los sucesivos proyectos de Códigos

(234) PAVONE DE LA ROSA, *Il Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 9 y sigs. Los llamados «Registri di cancelleria» para sociedades previstos por el Reglamento de ejecución del Código de Comercio de 1882 (RD de 27-XII-1882, modificado por RD de 22-I-1992).

(235) SALANDRA, V., *Manuale di Diritto Commerciale*, Bologna, 1949, págs. 6 y sigs., MOSSA, *Diritto Commerciale*, Milán, 1937, págs. 35 y sigs.

(236) AFFERTI, V., «Registro delle imprese», *Novissimo Digesto V*, 15, 1957, pág. 182.

(237) SALANDRA, V., *Le società irregolare nel Diritto vigente*, Roma, 1935, págs. 16 y sigs.

(238) BOLAFFIO, *Comentario al proyecto de Vivante*, Milán, 1922, págs. 209 y sigs.

aparece ya expresa la configuración de un Registro de Comercio con efectos que superan los meramente administrativos. Es de señalar con especial interés los preceptos del Proyecto de Código de 1922, cuya comisión redactora, con el profesor VIVANTE como Presidente, viene a tener en cuenta la urgencia de un Registro general de Comercio con efectos verdaderamente publicitarios que las necesidades del tráfico requieran y que la doctrina reclamaba. En este sentido, los artículos 20 y siguientes del Proyecto instituirían un Registro general con verdaderos efectos publicitarios. El artículo 27 del Proyecto (239) daba ya una construcción de carácter genuinamente publicitario, centrandó sus efectos en torno al planteamiento clásico de inoponibilidad de lo no inscrito y oponibilidad de lo inscrito, si bien este último lo expresa a través de la presunción absoluta de conocimiento por parte del tercero de las situaciones inscritas (eficacia notificativa). Esta construcción con gran probabilidad de influencia alemana (240) es la que, como habrá ocasión de ver, pasará con ligeros retoques a construir el efecto publicitario del actual Registro de la empresa (241).

La realidad, sin embargo, es que el vacío en materia publicitaria continuó en lo que a la configuración de un verdadero Registro Mercantil se refiere hasta la publicación del Código Civil italiano de 1942, y ello a pesar de la formación publicitaria de muchos de los autores de la doctrina civilística y mercantil (242) que en este sentido pugnaban, como también de las necesidades reales, de sus antecedentes históricos y del Derecho comparado que lo instituía.

La falsa configuración de un Derecho comercial objetivo y el miedo a caer en una consideración estamental del comerciante fueron más fuertes que la realidad objetiva de las situaciones.

B) *El Código Civil italiano de 1942 y el Registro de la empresa: Intento de construir un Derecho Mercantil en torno a la empresa y su reflejo en la configuración del Registro*

El nuevo Código Civil va a traer consigo la innovación en dos puntos fundamentales: por un lado, la unificación en materia de obligaciones y el

(239) Fundamental (art. 27): «Hecha la inscripción, nadie puede aducir el desconocimiento de los actos transcritos. Quien tiene la obligación de pedir la inscripción no puede oponer a los terceros los actos no transcritos, a no ser que demuestre que aquél tenía conocimiento de ellos».

(240) Ver artículo 15 HGB, sin olvidar la gran influencia que en los grandes teóricos italianos (PAVONE, CORRADO) de la publicidad tuvieron las construcciones de la doctrina alemana.

(241) Ver artículo 2193 del Código de Comercio italiano.

(242) Así MOSSA, VIVANTE, BOLAFFI, CORRADO, etc.

tratamiento unitario en materia contractual (arts. 1.173 y sigs.) que suprime la doble regulación civil y mercantil tanto en materia general de obligaciones como en la de contratos, y por otro lado, va a suponer, o por lo menos va a intentarlo, una nueva construcción del Derecho Mercantil que descansará sobre el instituto de la empresa (Libro V). Es en definitiva, con ligeros retoques, la plasmación legislativa del proyecto de ASQUINI de 1940, que logró, probablemente como consecuencia de la entonces situación política, tener un mejor fin que sus inmediatos anteriores VIVANTE (1922) y D'AMELIO (1925) (243).

Esta nueva construcción del Derecho Mercantil en torno a la empresa, o incluso el intento de equiparar el Derecho Mercantil como Derecho de la empresa (244) es, junto con las construcciones doctrinales que vislumbran con certeza al empresario como el nuevo sustituto del antiguo comerciante (245), resultado de una nueva concepción política y económica que va a colocar a la empresa como «el elemento base del encuadramiento de la economía nacional en el sistema corporativo» (246). La empresa va a concebirse, al igual que el Estado, como un todo orgánico y corporativo donde bajo la idea de la contemplación del todo por encima de sus elementos componentes no late otra concepción que la de ocultar los intereses en conflicto (247). Esta concepción corporativista de la empresa es la que yacía en el proyecto de ASQUINI y, en gran medida, dentro del actual Código Civil.

Era lógico y consecuente que si esta idea era la que dominaba la nueva concepción del Derecho Mercantil, de alguna manera tuviera que verse reflejada en la construcción de un sistema publicitario registral comercial. Y así, el nuevo Registro comercial del vigente Código Civil italiano poniendo de relieve esta nueva concepción, va a denominarse y a intentar ser «el Registro de la empresa» (arts. 2.188 y sigs.).

El encaje sistemático del «Registro de la empresa» dentro del Libro V, «Del lavoro», indica la intención de dar un tratamiento completo y orgánico de la empresa en conformidad con la concepción política de su promulgación (248). Así como la denominación del Capítulo III de dicho Libro V, «Delle imprese commerciale e delle altre imprese soggette a registrazione», al cual el Registro de la empresa pertenece, inclina a creer en un primer

(243) MOSSA, L., *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, págs. 161 y sigs.

(244) ASQUINI. «Profili dell'impresa», *RDCI*, págs. 104 y sigs.; MESSINEO, *Manuale di Diritto Commerciale*, 1949, págs. 5 y sigs.

(245) MOSSA, «Per il nuovo Codice di Commercio», *RDCI*, 1928, págs. 16 y sigs.; GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Nápoles, 1959, págs. 18 y sigs.

(246) LA LUMINA, *Diritto Commerciale*, Milán, 1950, págs. 40 y sigs.

(247) MOSSA, L., *ob. cit.*, págs. 166 y sigs.

(248) Ver artículo 2.085 sometiendo la marcha de la empresa «al Estado según las normas de carácter corporativo».

momento que dicho Registro de la empresa va a ser un Registro totalizador de los elementos componentes de la misma en su sentido económico y con independencia de su carácter comercial o no.

Es necesario depurar, sin embargo, el exacto carácter del objeto de la inscripción en torno a su adecuación o no y, en su caso, en qué términos, al concepto económico de la empresa de una manera totalizadora. Y esta depuración es especialmente importante no sólo en función de señalar el exacto objeto de la inscripción, sino también en cuanto que sirve para facilitar en algo la polémica en torno a la caracterización del Derecho Mercantil italiano como un derecho de la empresa y el alcance de lo que por ella se entiende (249).

Un examen detallado de lo que para el Código Civil italiano supone el *Registro delle Imprese* (Libro V, Título II, Capítulo III, arts. 2.188 y sigs.) pone de relieve:

- Que el verdadero objeto de la inscripción en el Registro de la empresa son los empresarios individuales o sociales, pero no la empresa.
- Que ni sólo se inscriben los empresarios comerciales ni todos los empresarios comerciales se inscriben.

En definitiva, que el Registro de la empresa no tiene por objeto la inscripción de empresas en sentido económico, sino de sujetos que aunque normalmente desarrollan una actividad comercial pueden no hacerlo (ejemplo: sociedades de capital).

Contra lo que en un primer momento pudiera hacer pensar la mera interpretación literal de los preceptos dedicados al Registro de la empresa, lo que se inscribe en el Registro de la empresa no es, ni mucho menos, la empresa concebida en términos económicos (250).

No obstante, al Código Civil y a la doctrina italiana les cabe el haber logrado hacer patente una realidad, completando la posición del gran precursor WIELAND (251) con más o menos fortuna: el que el empresario viene a desplazar en el tráfico a la antigua figura del comerciante, y expresión de ello es el intento de dar cabida a esta concepción dentro del sistema publicitario creando el llamado Registro de la empresa.

(249) BROSETA, M., *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones*, cit. En las págs. 106 y sigs. da una panorámica bastante amplia de la situación italiana.

(250) Por otro lado, la no existencia de una clara delimitación de lo que el Código Civil ha entendido por empresa ha ocasionado el que la doctrina haya diferido en sus conclusiones en torno a la concepción de la posible existencia de un Derecho Mercantil como un derecho de la empresa, pasando desde posiciones que la adoptan como tal hasta otras que lo rechazan abiertamente. En sentido positivo, AQUINI, MESSINEO, etc.; en sentido negativo, FRANCESCHELI, GRAZIANI, etc.

(251) WIELAND, *Handelsrecht*, Munich, 1931, I, págs. 114 y sigs., seguida en Italia por MOSSA.

Quien se inscribe en el Registro no es la empresa (en términos económicos concebida), sino el empresario. El artículo 2.195 del Codice Civile dice: «Están sujetos a la inscripción en el Registro de la empresa *los empresarios que...*»; el artículo 2.196 insiste en el mismo sentido al señalar que «son los empresarios quienes deben requerir la inscripción...»; y para más abundamiento, en el ordenamiento italiano la empresa como tal carece de personalidad jurídica, siendo una persona física o jurídica el centro de imputabilidad y de conexión de los diferentes elementos que la componen.

El Registro de la empresa tiene por finalidad inmediata el deslindar claramente el sujeto que interviene en el tráfico y las condiciones que reúne para ser centro de imputabilidad y de responsabilidad de aquellas relaciones en las cuales interviene. Y en Derecho italiano sólo las personas físicas o jurídicas son centro de imputabilidad y responsabilidad y, en definitiva, con capacidad jurídica, y nunca la empresa como tal la tiene. Lo que sucede es que el empresario se distingue por el desarrollo de una actividad profesionalmente organizada y dirigida a la producción o al cambio de bienes y servicios (art. 2.082 CC) y en el Registro de la empresa será necesaria la inscripción de aquellas facetas más relevantes de su actividad que sirvan para deslindar claramente el sujeto que se encuentra detrás de ella y al que, por tanto, le serán imputables las consecuencias de la misma. Y si se inscribe algún aspecto de carácter objetivo y patrimonial (nombre, sede, etc.), hay que entender la inscripción en el sentido de ser un elemento fundamental para la configuración y delimitación del sujeto que a través de ellos desarrolla su actividad y que por lo tanto es responsable de la misma. Este y no otro parece ser el sentido que tiene el artículo 2.196 del Codice Civile cuando al hablar de «Inscrizione dell'impresa» en realidad lo que está haciendo es enumerar aquellos elementos que más claramente sirven para delimitar la actividad e identidad del empresario. Así menciona el nombre, apellidos, nombre comercial, objeto, sede, etc.).

Sólo en el sentido de *identificación de actividad y empresa* puede hablarse propiamente cuando se quiere decir Registro de la empresa, y ello sin olvidar que si la actividad (o mejor, los elementos configuradores de la misma) se publica se hace en tanto en cuanto sirve para señalar el sujeto que se encuentra detrás de la misma y que es responsable de ella. Y en este sentido de identificación de actividad y empresa, es decir, dando a la denominación «empresa» el significado de acometimiento de una actividad, es en el que la moderna doctrina italiana se viene inclinando cuando habla de Derecho Mercantil como un derecho de la empresa (252). Se hace necesario revisar entonces las concepciones de un Derecho Mercantil como un dere-

(252) TAMBURRINO, G., *Manuale di Diritto Commerciale (L'impresa commerciale. Gli atti dell'imprenditore)*. Roma, 1962, págs. 20 y sigs.

cho de la empresa, entendida ésta de un modo totalizador (así como sus críticas) desde el momento en el que por Derecho Mercantil empieza a entenderse el derecho que regula el ejercicio de una actividad (o empresa) organizada dirigida a la producción de bienes y servicios (253). Y ésta es la pequeña aportación que el examen de la publicidad registral italiana puede realizar en orden a un mejor deslinde y comprensión del aspecto conceptual del Derecho Mercantil.

Pero la delimitación del Registro de la empresa como un Registro de empresarios (254), es decir (en consideración a lo que se ha llamado aspecto subjetivo de la empresa), un Registro de empresarios cualificados por su actividad, quizás podría todavía ocasionar alguna duda en cuanto que el artículo 2.556 CC afirma que los contratos de transferencia de propiedad o goce de la «azienda» deben ser inscritos. Sin entrar en el problema sobre la naturaleza de la «azienda», elementos componentes de la misma y posibilidad de un tratamiento unitario de la misma (255), la realidad es que la «azienda» es considerada como el aspecto objetivo e instrumental que ayuda al desenvolvimiento de la actividad empresarial, y ello con el apoyo legislativo del artículo 2.555 del Código Civil, que al proceder a dar la noción de la «azienda» la califica como «el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa». Todo ello podría llevar a pensar que el Registro de la empresa pudiera ser también un Registro de titularidades sobre conjuntos de bienes organizados con una finalidad unitaria, titularidades reales de manera similar a las de los Registros inmobiliarios. Sin entrar en el problema de la dificultad de construir la «azienda» en torno sólo a titularidades reales, lo que no es objeto de este estudio (256), lo que sí se debe rechazar es que el sistema publicitario del Registro de la empresa tenga un objeto y finalidad de defensa de las titularidades reales inscritas frente a las no inscritas. Cuando el Registro de la empresa señala la necesidad de inscribir el transferencia de «la azienda», la idea que late debajo es identificar realmente quién es el titular de la empresa, pero no entendido como titular de un derecho real cuya naturaleza es difícilmente configurable y cuyo objeto sería el conjunto de bienes entendido de una manera totalizadora bajo el concepto de «azienda», sino que, distinguiendo entre «azienda» y su ejercicio (257), se pone de relieve el aspecto meramente comercial de la transmisión (no el real de

(253) GRAZIANI, A., *Manuale di Diritto Commerciale*, Nápoles, 1968, pág. 9.

(254) AFFERNI, V., *ob. cit.*, pág. 196.

(255) ASCARELLI, T., *Corso di Diritto Commerciale (Introduzione e teoria dell'impresa)*, Milán, 1962, págs. 311 y sigs.

(256) TAMBURRINO, G., *ob. cit.*, págs. 130 y sigs.; ASCARELLI, T., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.

(257) ASCARELLI, T., *ob. cit.*, págs. 316 y sigs.

titularidad). Y es en cuanto que se señala el fin de un empresario (transmitente) y el inicio de uno nuevo (adquirente) cuando se puede hablar de señalamiento de un nuevo titular. El titular debe ser entendido, como afirma ASCARELLI (258), en el sentido de titularidad de los derechos que aseguran el ejercicio de la actividad empresarial. En definitiva, que nos muestra quién es el que al actuar como empresario será el titular activo o pasivo de las relaciones jurídicas habidas en el tráfico propio de su actividad. Se delimita, a fin de cuentas, la persona física o jurídica centro de imputabilidad.

En definitiva, como se ha venido afirmando, el Registro de la empresa es esencialmente un Registro de sujetos caracterizados por ser titulares de una actividad empresarial, es decir, un Registro de empresarios (un supuesto diferente es el de las sociedades de naturaleza capitalista).

La «azienda» figura en el Registro de la empresa (art. 2.556 CC), pero éste no protege las titularidades reales sobre el bien «azienda» ni sobre sus elementos componentes en el sentido de proteger al adquirente de dicha titularidad frente a otros posibles titulares no inscritos (sería éste el efecto mínimo de la publicidad sobre bienes). La «azienda» va a figurar en el Registro de la empresa porque el aspecto subjetivo (actividad) y el objetivo («azienda») van tan íntimamente ligados que difícilmente podría configurarse el titular de la actividad empresarial si no se delimitara el aspecto objetivo del que se sirve para el desarrollo de la misma. Se trata de que puesto que el tercero que se relaciona en el tráfico con un empresario lo hace frecuentemente a través de elementos objetivos de la empresa (en sentido económico), siéndole difícil el comprobar quien se sigue encontrando o no el mismo titular empresarial, se procura que la contemplación del Registro de la empresa le proporcione la información para comprobar quién es el empresario y, también, si en efecto sigue siéndolo o no. Hasta un punto tal que, a mi parecer, el titular de una «azienda» transmitida de cuyo cambio no se ha realizado la inscripción en el Registro seguirá respondiendo como titular del ejercicio de la misma frente a aquellos que al relacionarse con él confiaron en la apariencia registral que seguía haciéndole aparecer como empresario (259). El Registro de la empresa trata, insistiendo en el tema, de delimitar quién es el titular de la actividad empresarial y, por lo tanto, quién responderá del ejercicio de la misma, pero no de proteger las titularidades reales sobre el conjunto de bienes constituidos en «azienda». La protección de estas titularidades procederá de aquellos Regis-

(258) ASCARELLI, T., *ob. cit.*, pág. 329.

(259) En este sentido, la Ley de 23-III-1967 sobre el Registro de Comercio francés (art. 42.2.º), «quien cede el “fond de commerce” no puede oponer el cese de su actividad ni sustraerse a la responsabilidad de las obligaciones contraídas por su sucesor hasta que sea operada la cancelación correspondiente».

tros donde se encuentran inscritos los distintos bienes que constituyen el elemento objetivo, pero no del Registro de la empresa.

Otra cosa es que, de *lege ferenda*, no fuera deseable la contemplación de un Registro de la empresa que no sólo contemplara al titular de la actividad y las situaciones inscribibles a él conexas a fin de delimitar quién es el sujeto responsable, sino que también pusiera de manifiesto las titularidades reales sobre el elemento objetivo o «azienda» de manera que se diera también una protección publicitaria registral al titular y adquirente de la «azienda», sin que dicha protección se tenga que buscar en cada uno de los diferentes Registros a los cuales tienen acceso los diferentes bienes componentes de la «azienda» (260). Se trata, en definitiva, de que partiendo del tratamiento unitario que el Codice Civile italiano ha dado a la «azienda» (arts. 2.555 y sigs.) y de la necesidad de que la transmisión absoluta o limitada de la misma deba constar en el Registro de la empresa (art. 2.556), se arbitre el instrumento técnico adecuado para que consten los elementos objetivos de la empresa, no sólo a fin de una mejor delimitación del titular y responsable de la actividad empresarial (art. 2.196), sino también como medio de protección de titularidades sobre el conjunto de bienes organizados constituyentes de la «azienda» (art. 2.555).

Las razones prácticas que avalan la idea son obvias:

- Las ventajas de centralizar en un Registro único todas aquellas situaciones que mereciendo ser registradas hagan de alguna manera referencia a la empresa, evitando multiplicidad de Registros y logrando dar una visión de conjunto de la situación real del empresario que cada uno de los Registros de por sí no ofrece.
- Facilitar y asegurar los negocios transmisivos de la empresa mediante la defensa que el Registro de la empresa aseguraría a través del efecto publicitario al titular de la misma sobre los elementos componentes de ella y a los terceros. Y esto es factible en cuanto que las disposiciones del Código Civil relativas al Registro de la empresa necesitan ser desarrolladas mediante un Decreto emanado del Presidente de la República (art. 99 del RD de 30-III-1942 sobre disposiciones para la actuación del CC) que todavía no ha tenido lugar, y, por otro lado, no existen preceptos en el Código Civil, ni concretamente en la parte relativa al Registro de la empresa, que se opongan a este tratamiento registral unitario que sirva tanto para la identificación del titular en orden a la responsabilidad de sus actuaciones y a la publicidad de situaciones a él conexas (poderes, incapacidades,

(260) BOCCHINI, E., *Il Registro delle Imprese consiglio nazionale del notariato*. Per l'istituto fione del Registro delle imprese, Milán, 1979, pág. 36.

capitulaciones, etc.) como también para la protección de titularidades sobre la «azienda».

Además, el Código Civil en su artículo 2.188 indica que el Registro está establecido «para las inscripciones previstas por la Ley», lo que significa que pueden tener cabida otras inscripciones complementarias de las recogidas por el Código Civil a las que no necesariamente habría que atribuir la eficacia registral del artículo 2.193, puesto que como en su párrafo tercero se indica esos efectos se producen «salvo las particularidades dispuestas en la Ley» (261). No hay duda que el Registro de la empresa es esencialmente un Registro de empresarios y que las necesidades de inscripción en las transmisiones de la «azienda» va dirigida a determinar el nuevo titular más que a proteger titularidades sobre ella (art. 2.556 CC). Pero ¿existen en el Código Civil posibilidades para intentar un desarrollo registral en el sentido totalizador antes expuesto, es decir, no sólo como Registro de *status* empresariales, sino también como Registro de las titularidades sobre los elementos objetivos de la «azienda»?

Aunque es cierto que los elementos objetivos de la empresa no juegan otro papel en el Registro que el de elementos que ayudan a la determinación del empresario, es igualmente cierto que no existen preceptos que se opongan a la posibilidad de esa construcción unitaria por la que se pugna (262), sino más bien lo contrano. Existe, en efecto, un precepto, el artículo 2.564 del Código Civil, que otorga al Registro de la empresa una cierta eficacia sobre uno de los elementos objetivos de la empresa, de manera que él aparece como algo más que como elemento configurador del empresario. Se trata del nombre comercial. La inscripción del nombre comercial en el Registro de la empresa otorga al titular del mismo una cierta defensa consistente en la posibilidad de oponerse a que se inscriba otro igual que no figuraba con anterioridad en el Registro; es, en definitiva, una protección registral sobre las titularidades inscritas. Y si esto es así no se ve obstáculo para que los demás elementos configuradores de la «azienda» puedan llegar a figurar como objeto de titularidades reales (problema arduo es el de una posible titularidad sobre todos los elementos reales o sólo sobre cada uno de ellos en particular) y que sean todos los posibles efectos deducibles del Registro de la empresa los que incidan sobre ellas. Posibilidad que al no haber obstáculo en contra es deseable que sea llevada a cabo por el desarrollo reglamentario pertinente.

Se trata en definitiva de desenvolver los preceptos del Código Civil de

(261) RUGGIERO, A., *Nuove prospettive per il Registro delle Diritte. Il Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 238 y sigs.

(262) BOCCHINI, E., *ob. cit.*, pág. 36.

manera que se rompa la tradicional configuración registral mercantil en aras de un mejor desarrollo y seguridad del tráfico comercial a través de un más amplio contenido del Registro de la empresa.

La sensación que la denominación del Capítulo III («Del Registro delle imprese») del Título II («Del lavoro nell'impresa»), pertenecientes al Libro V («Del lavoro») del Código Civil podría sacarse es la de que se ha intentado construir un Registro general para toda clase de empresas (263) sin distinción a su actividad. Pero la realidad es que el objeto empresarial del Registro de la empresa es normalmente, y a ello va dirigido, un Registro de empresarios comerciales. Se inscriben, en primer lugar, los empresarios que ejercitan una de las actividades consideradas como las tradicionalmente comerciales (así las actividades intermediarias, bancarias, de transportes, etc. —art. 2.195 CC—). Son los empresarios que podríamos considerar tradicionales en el comercio y la industria y que constituyen el núcleo básico de los empresarios que caen bajo la esfera de los ordenamientos comerciales, son los llamados expresivamente por el Derecho alemán «comerciantes forzosos» (art. 1 HGB). Han de inscribirse también los entes públicos que desarrollan una actividad comercial (art. 2.201 CC), que quedan sometidos al mismo sistema de obligatoriedad que los anteriormente señalados. Y por último, han de ser inscritas las sociedades tipificadas en los Capítulos III y siguientes del Título V, sea cual fuere su objeto (arts. 2.291 y sigs. CC). Entre estas sociedades se encuentran los tipos clásicos de comerciantes por la forma, y es en este sentido en el que se puede afirmar que no todos los tipos societarios desarrollan una actividad verdaderamente comercial e industrial y, sin embargo, deben figurar inscritos. La realidad formal se habría salvado si la misma Ley hubiera considerado comerciantes sin más a estos tipos societarios por el mero hecho de su constitución, como sucede en algunas legislaciones, pero sin embargo no lo ha hecho así y pueden figurar por lo tanto en el Registro sociedades que ni ejercen una actividad comercial, ni por Ley tampoco son comerciantes, aunque en la realidad del tráfico no sea normalmente así. La publicidad registral no es por lo tanto un elemento de calificación de lo que es o no el empresario y sin que en consecuencia se derive de ella automáticamente la aplicación de las normas propias del estatuto del comerciante (264).

(263) RUGGIERO, A., *Nuove prospettive per il Registro delle Diritte. Il Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 238 y sigs.

(264) AFFERNI, V., «Il Registro delle Imprese», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico delle Economia*, vol. II, Padova, 1978, pág. 195.

C) *Consideraciones sobre la no entrada en vigor del instituto publicitario: «El Real Decreto de 30 de marzo de 1942 sobre disposiciones para la actuación del Código Civil» y su relación con los efectos publicitarios*

La idea de construir una nueva concepción del Derecho Mercantil donde el antiguo comerciante viene a ser sustituido por la figura del empresario que para la realización de su actividad se vale de una adecuada organización, choca paradójicamente con la realidad de que el Registro de la empresa, que es una de las instituciones clave de la nueva visión del derecho comercial en torno a la empresa, es solamente letra impresa en el Código Civil y no derecho vivo para la realidad del tráfico. En efecto, el Real Decreto de 30-III-1942, que contiene las disposiciones para la actualización del Código Civil, señala que: «Las disposiciones complementarias, así como la fecha para la entrada en vigor del Registro de la empresa, serán emanadas de un Decreto del Presidente de la República» (art. 99), y «hasta entonces las inscripciones se llevarán a cabo en los Registros de las Cancillerías» (art. 100), «sin que vengan obligados a la inscripción los empresarios individuales» (art. 100). Y todavía hoy no ha sido publicado el Decreto que desarrolle los preceptos del Código Civil que regulan el Registro de la empresa, aunque se han presentado algunos proyectos como el de 1958, de modificación del Código Civil, si bien afectaban básicamente al Registro en su aspecto formal y administrativo. Esta situación hace que el Libro V, «Del trabajo», no pueda desarrollar su plena eficacia hasta tanto en cuanto el Registro de la empresa sea totalmente establecido.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, el estudio de la publicidad registral debe ser llevado a cabo por tres razones fundamentales:

- En primer lugar, porque si bien es cierto que por el momento no se inscriben en el Registro de la empresa, sino en las Cancillerías, las situaciones sometidas a publicidad (y no todas las que señala el CC son todavía inscribibles —art. 100 RD—), lo cierto es que a estas situaciones inscribibles se le aplican las disposiciones del Código Civil publicitarias relativas al contenido, a los términos de la inscripción y a los efectos de la misma (art. 100 dips. att.); y en este aspecto limitado puede decirse que el Registro de la empresa tiene una cierta eficacia.
- En segundo lugar, porque contra la opinión de algunos autores de la ineficacia todavía del artículo 2.193 del Código Civil (265) que señala los efectos publicitarios, la realidad es que para las situacio-

nes inscritas sí tiene vigor, ya que cuando el artículo 100 disp. att. señala la aplicabilidad de los efectos de la inscripción no se está refiriendo a la eficacia declarativa o constitutiva, que son las propiamente derivadas de la inscripción, sino que con ello se hace referencia a los efectos verdaderamente publicitarios del artículo 2.193 del Código Civil, que cuando habla de los efectos publicitarios lo hace bajo el epígrafe confuso de efectos de la inscripción.

- En tercer lugar, como señala PAVONE LA ROSA (266), por razones de política legislativa, ya que un verdadero estudio y examen de los preceptos actuales del Registro de la empresa, así como de los fines que con el mismo pueden alcanzarse, pondría de relieve las líneas a seguir para darle un adecuado desenvolvimiento. Máxime cuando, como hemos señalado, necesita todavía ser desarrollado en toda su plenitud mediante la promulgación de un Decreto emanado del Presidente de la República (art. 99 disp. att.), y este desarrollo legal podría dar satisfacción a las deficiencias y lagunas que todavía se desprenden de un examen de los preceptos del Código Civil relativos al Registro de la empresa.

Se expondrá así en las páginas posteriores el sistema publicitario del Registro de la empresa tal como se contiene en los preceptos del Código Civil (arts. 2.188 y sigs.) señalando los problemas y deficiencias que en él se presentan.

D) *Trascendencia del mecanismo registral en la configuración del empresario*

Como en páginas anteriores hemos tenido ocasión de señalar, el Registro de la empresa es realmente un Registro de empresarios cuya configuración viene delimitada por el ejercicio de una actividad que se desenvuelve a través de un conjunto organizado de bienes que tiene cabida en el Registro de la empresa en tanto en cuanto sirvan para una mejor delimitación de quien sea el titular de la actividad y por tanto su responsable. Se trata en definitiva de reflejar aquellas situaciones que delimitan el titular y configuran el alcance de su responsabilidad.

La función de la inscripción a veces va, sin embargo, más allá de ser el vehículo de entrada en el Registro de la empresa de determinadas situaciones inscribibles, convirtiéndose en elemento configurador de las mismas. La trascendencia de la inscripción con respecto a los empresarios individuales o sociales en orden a su nacimiento como tales es así punto básico de partida.

(266) PAVONE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 2 y sigs.

a) Empresarios individuales

Con relación al empresario individual la inscripción en el Registro no cumple otra función que la de ser mero vehículo a través del cual la situación extrarregistral —empresarios— ingresa en el Registro, gozando así de un plus de eficacia (los efectos registrales) propio de las situaciones registrales. En definitiva, la inscripción del empresario individual es una inscripción meramente declarativa que nada quita ni nada añade en la formación que va a ser registrada. El empresario individual está sin embargo obligado a solicitar su inscripción dentro de los treinta días siguientes al comienzo del ejercicio de su actividad, pero esta obligación es derivada de consideraciones político-legislativas y no de una necesidad técnica jurídica (arts. 2.194-2.196).

El empresario individual cuya inscripción es requerida con carácter obligatorio bajo pena de sanción (art. 2.194 CC) es realmente un comerciante o industrial cuya configuración como tal viene determinada por el ejercicio de una de las actividades contempladas por el Código, de manera que el mero ejercicio de la actividad determina la naturaleza del empresario comercial o industrial (art. 2.195). Es empresario con independencia de que como tal conste o no inscrito en el Registro.

Quedan sin embargo eximidos de la obligación —carga— de inscribirse en el Registro los pequeños empresarios (art. 2.202 CC), los cuales gozarán frente a terceros de la posibilidad de oponerles su configuración plena de empresarios, así como las situaciones a ellos referentes (concesión de poderes, limitación de los mismos, etc.) a pesar de no figurar inscritas. La construcción del pequeño empresario no viene sin embargo claramente delimitada por un criterio único y objetivo, normalmente el volumen de su actividad y organización, sino que su delimitación unas veces viene dada por la actividad (así los artesanos), otras parece querer hacer referencia al volumen y organización (así los pequeños comerciantes) y otras, finalmente, con referencia a la condición de que sea el mismo empresario quien ejercite con trabajo propio fundamentalmente, o de sus familiares, la actividad de que se trate (así el cultivador directo del fondo) (art. 2.803 CC). Una multiplicidad y confusión en la delimitación de los criterios, que muchas veces hará difícil deslindar la existencia de empresarios no inscritos y que deberían figurar en el Registro, y de empresarios inscritos que no deberían constar como tales. Lo cual tendría como consecuencia el otorgar ventajas a empresarios que podrían poner en dificultades la seguridad y confianza del tráfico o el imponer cargas a otros que por su importancia económica deberían estar exentos de ellas.

La inscripción en el Registro para nada incide en el nacimiento del empresario individual, sino que tan sólo le concede la posibilidad de valerse

de sus efectos, imponiendo, no obstante, la obligatoriedad bajo sanción de su inscripción. Aunque hasta la configuración del Registro de la empresa tal obligación queda en suspenso (art. 100.4 RD 30-III-1942). El pequeño empresario queda libre de la obligación y de la carga de la inscripción, pudiendo prevalecerse plenamente de su condición y de las situaciones de ella derivadas. La inscripción tiene en todo caso una naturaleza meramente declarativa.

b) Empresarios sociales: Problemas en torno a la personalidad jurídica y a las sociedades irregulares

Un tratamiento más conflictivo plantea el tratamiento del empresario social en relación con la función de la inscripción registral.

La relación sociedad-Registro Mercantil no hay que hacerla girar en torno a los problemas de existencia o no de las sociedades y de nulidad de lo por ellas realizado en base a la no existencia de personalidad jurídica hasta tanto no se inmatriculen en el Registro. La legislación italiana desborda esta concepción de «las sociedades irregulares» o no inscritas y va a plantear el problema (arts. 2.247 y sigs. CC) en unos términos diferentes. La inscripción (sus efectos y necesidad) no va a tener un tratamiento uniforme (tampoco en cuanto a la sanción de las no inscritas) tanto para las sociedades de tipo personalista como de tipo capitalista. Se aleja así de la anterior regulación del Código de Comercio de 1882, que daba un tratamiento al problema de la falta de inscripción (267), entendiendo la irregularidad de un modo amplísimo que abarcaba a todo tipo de incumplimiento de formas y formalidades y estableciendo como sanción la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad (art. 98), si bien ésta no podía ser opuesta a terceros (art. 99.III), a la vez que establecía una responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, promotores, administradores y de todos aquellos que operaron en nombre de ella (art. 98).

En el actual Código Civil la relevancia de la inscripción, y como consecuencia la falta de la misma, va a tener efectos diferentes según nos movamos en el campo de las sociedades personalistas o en el de las de capital.

Las sociedades personalistas, colectivas y comanditarias no permanecen ligadas a la inscripción como elemento esencial para su nacimiento o para su actuación en el tráfico. La Ley ni configura a la inscripción como constitutiva ni establece el procedimiento de la personalidad jurídica como

(267) SALANDRA, *Le società irregolare nel Diritto vigente*, Roma, 1935, págs. 84 y sigs.

instrumento técnico necesario para que las sociedades personalistas actúen en el tráfico. El Código Civil va a fijar los efectos publicitarios en sus justos límites, la defensa de los terceros, y para ello no va a acudir a extender la personalidad jurídica a toda sociedad como único procedimiento de actuación en el tráfico comercial. La inscripción para las sociedades personalistas cumple una función meramente declarativa y de instrumento desencadenante de los efectos publicitarios, si bien de carácter obligatorio (arts. 2.200 y 2.194 CC), de manera tal que para nada se mezcla en el proceso de constitución de las mismas. El Codice Civile italiano depura perfectamente, así como la doctrina, el término y función de la personalidad jurídica, de forma que admite la posibilidad de actuación en el tráfico mercantil de «tipos societarios» con una estructura corporativa análoga a «la comunidad de mano común» (268) cuyo contenido y finalidad traspasa (269) el mero campo de las cotitularidades reales y cuyo alcance viene en definitiva trazado por el derecho positivo concreto que puede llegar a configurarle como un patrimonio colectivo y autónomo cuyas diferencias de disciplina con la técnica de la personalidad jurídica —nuevo sujeto de derecho y patrimonio completamente separado de sus otorgantes— sean mínimas. Y para ello no ha sido necesario recurrir exageradamente a la personalidad jurídica extendiéndola a tipos que de otra manera podrían actuar en el tráfico (bajo distintas técnicas de más o menos amplitud según el ordenamiento positivo), con lo que se evitan los conflictos y problemas que plantea el utilizar sin matizaciones el instrumento de la personalidad jurídica en casos en los que ni se da una absoluta separación de patrimonios ni el sistema de gestión es meramente corporativo e independiente del cambio de sus miembros; todo lo cual hace que sólo en un valor mínimo pueda ser mantenido el concepto de «personalidad jurídica» cuando no se hacen matizaciones o que al realizarse éstas y hablar de «personas jurídicas perfectas» y «personas jurídicas imperfectas» nos encontremos con adjetivos —imperfectas— que vacían y desnaturalizan completamente el sustantivo del que depende —personas jurídicas—, ya que la separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, el sistema corporativo y la actuación a través de órganos son mínimos.

La existencia de la «sociedad simple» (arts. 2.251 y sigs. CC) que constituye el tipo mínimo que de sociedades puede darse en el tráfico (ya que ni siquiera esta separación mínima de patrimonios del art. 2.304 CC para las sociedades colectivas se da automáticamente, puesto que los socios han de indicar claramente cuáles son los bienes afectos a la sociedad para

(268) GIERKE, J. von, *Derecho comercial y de la navegación*, t. I, Buenos Aires, 1957, pág. 257.

(269) FERRARA, *ob cit*, págs. 53 y sigs.

poder responder ellos en segundo lugar (art. 2.268), hace que el legislador, para evitar la posible confusión de los tipos de manera que no pueda discernirse con claridad cuándo existe y cuándo no ese mínimo de separación patrimonial, haya establecido la necesidad de que cualquier separación patrimonial y de responsabilidad tuviera que constar como tal frente a terceros, que en caso contrario podrían acogerse a la regla general de comunicabilidad de los patrimonios de la sociedad simple.

La sociedad colectiva es el tipo mínimo societario para poder dedicarse a una actividad comercial (art. 2.249 CC), ya que es en él donde se produce una menor separación de patrimonios, responsabilidad y gestión entre el ente societario y los miembros que lo componen, los socios responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales (art. 2.291), la administración y representación puede competir a todos los socios (art. 2.298). Sin embargo, sigue manteniéndose una característica propia de un patrimonio colectivo y autónomo: los socios no responden hasta tanto en cuanto no se haya hecho exclusión del patrimonio social (art. 2.304 CC).

Ahora bien, para que sus socios puedan acogerse al beneficio de responder después del patrimonio social ha de estar registrada en el Registro de la empresa, haciendo pública frente a terceros esta mínima limitación, a la vez que en cierta manera también la inscripción de la sociedad hace patente frente a terceros ciertos elementos patrimoniales constitutivos de la «azienda». Si tal publicidad no consta, los terceros podrán considerarles incursos en la responsabilidad y separación de patrimonios que establece el tipo mínimo societario que es la sociedad simple (arts. 2.297 CC, que remite al 2.267 y 2.268 y excluye la aplicación del 2.304).

La sociedad comanditaria simple está sometida para los socios colectivos a las mismas vicisitudes que las señaladas para los socios de las sociedades colectivas en caso de falta de inscripción de la misma, es decir, se les debe aplicar el artículo 2.297 del Código Civil antes señalado. No parece justo, sin embargo, que los socios comanditarios que hicieron su aportación con la idea de una responsabilidad limitada a la misma y que al verse alejados de la administración de la sociedad (art. 2.320), difícilmente pueden intervenir en la creación de apariencias que puedan confundir a terceros y en la culpabilidad de la no inscripción en el Registro de la empresa respondan también solidariamente y en el mismo grado que la sociedad no registrada. Es por ello que el artículo 2.317 del Código Civil les excluye, a no ser que como excepción a la regla general hayan participado de alguna manera en las operaciones sociales, siendo responsable entonces de las situaciones de apariencia que creó.

En definitiva, la inscripción de estas sociedades se requiere a efectos de la aplicación íntegra de su tipo y el tema de las sociedades irregulares de carácter personalista se soluciona en el Derecho italiano dentro de sus justos

límites registrales: La inaplicación de determinados aspectos estructurales del tipo elegido pero no inscrito. Las limitaciones de responsabilidad que disminuyan de alguna manera la responsabilidad del tipo mínimo societario «sociedad simple» necesitan figurar inscritas en el Registro de la empresa. Esto ni desvirtúa el carácter declarativo de la inscripción ni necesita recurrir a la técnica de la personalidad jurídica y de la nulidad de lo actuado por las sociedades no inscritas (270).

Si bien parece claro la admisibilidad por el ordenamiento de la existencia de «sociedades personales irregulares», es decir, de sociedades personalistas no inscritas y que actúan en el tráfico, mucho más problemático es la admisibilidad de sociedades capitalistas irregulares. En este punto, ni la legislación es clara ni la doctrina, como consecuencia, se pone de acuerdo (271).

El tema viene planteado por el carácter constitutivo que para las sociedades de capital el Codice Civile italiano concede a la inscripción en el Registro de la empresa. La inscripción no es solamente vehículo de inmatriculación de la sociedad para que pueda valerse de los efectos de la publicidad, sino que también parece que se constituye en el elemento necesario para la configuración de la sociedad de capital misma. «Con la inscripción en el Registro la sociedad adquiere la personalidad jurídica», afirma el artículo 2.331 CC para las sociedades anónimas.

¿Qué sucede si no se inscribe? ¿Existe la sociedad de capital, no existe nada, existe otro tipo societario en su lugar? ¿El sistema de responsabilidad limitada a las aportaciones y la separación matrimonial se mantiene?

Los autores sostienen la posibilidad de que existan sociedades irregulares de tipo capitalista (272); mantienen sus tesis en base a las siguientes argumentaciones que a continuación se sintetizan:

- Como argumentos de tipo legal hay que sostener la viabilidad en base a que el artículo 2.331 habla de que la sociedad anónima adquiere la personalidad jurídica por la inscripción, luego pone de manifiesto que antes de la misma ya existía. El mismo artículo habla de las operaciones realizadas en nombre de la sociedad antes de la inscripción, lo cual viene a reafirmar la razón antes sostenida de la preexistencia del tipo societario antes de la inscripción.

(270) MENGONI, *La disciplina giuridica delle società personali irregolari non registrata nel Codice attuale*. Arch. Giur., 1945, págs. 82 y sigs.

(271) MESSINEO, «Sulla pubblicità e irregolarità delle società commerciali», *Riv. D. Fall.*, 1942, I, págs. 5 y sigs.; GENOVESE, «Le forme integrative e le società commerciali irregolari», *RTDPC*, 1948, págs. 119 y sigs.; BRUNETTI, «Le società commerciali irregolari», en *Studi per Eula*, I, 1957, págs. 185 y sigs.; SALANDRA, «Le società irregolari nella nuova codificazione», *Riv. D. Fall.*, 1942, I, págs. 151 y sigs.

(272) GHIDINI, *Il Registro delle Imprese*. Milán, 1943, págs. 78 y sigs.; PUGLIATTI, *ob. cit.*, págs. 197 y sigs.

- Como argumentos de tipo lógico se afirma:
Que es difícil comprender la razón por la cual se ha variado la construcción del anterior Código de Comercio que admitía frente a terceros la existencia de sociedades anónimas no registradas.
Que no es posible mantener tajantemente separados los efectos meramente obligacionales del contrato de sociedad de capital, sino que el contrato origina efectos que afectan al ámbito externo, ya que origina una indisponibilidad de las aportaciones sociales que pueden ser reclamadas y deben ser restituidas a los socios si al cabo de un año no ha sido efectuada la inscripción (art. 2.329).
Que la existencia de una responsabilidad de los que han obrado en nombre de la sociedad en lugar de una responsabilidad con el patrimonio social puede llevar a claras injusticias frente a los terceros que han confiado en un patrimonio social que normalmente sería mayor que el de los que han actuado en representación social.

En sentido contrario, de inadmisibilidad de sociedades irregulares capitalistas, se manifiesta un número ostensible de autores italianos (273) que sostienen sus afirmaciones en base a los siguientes criterios que de forma sintetizada se exponen:

- Como argumentos de tipo legal afirman que el reconocimiento por la Ley de Sociedades Irregulares Personalistas (arts. 2.297 y 2.317) y el silencio sobre la disciplina de sociedades irregulares capitalistas pone bien a las claras el deseo del Código Civil. Ahora bien, la existencia de un ente anterior al otorgamiento de la personalidad jurídica no lleva consigo la necesidad de admitir que tal grupo sea reconocido con una capacidad de obrar semejante al tipo de la sociedad no inscrita.
- Como argumento lógico se mantiene que lo que la Ley ha querido es que las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios a su aportación mediante la separación tajante de sus patrimonios y del patrimonio social aparezcan públicamente frente a terceros como tal, y el instrumento publicitario legal es el Registro de la empresa; y esto no se juzga necesario cuando tal separación patrimonial no se da.

El Código Civil ha establecido por imperativo legal la necesidad de la inscripción constitutiva para aquellos tipos sociales que han de actuar con

(273) GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 92; PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 338 y sigs.; CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 263 y sigs.; GALGANO, F., *La società azironi. Le oltre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1979, págs. 48 y sigs.

plena separación de patrimonios y con independencia del carácter personal de sus socios; en definitiva, bajo personalidad jurídica. La Ley ha estimado necesario como garantía frente a terceros que el medio idóneo es el de publicidad legal, de manera tal que sin ella no se produciría. Pero una cosa es que no se admita el tipo societario capitalista y su sistema de responsabilidad y otra cosa es afirmar que si no existe inscripción no existe ningún tipo societario y por tanto sólo han de responder en lugar de éste y de sus miembros los que hubieran actuado frente a terceros (274).

Difícilmente podría comprenderse, como afirma PUGLIATTI (275), que «en el ámbito del mismo sistema el mismo instrumento sea a veces idóneo y a veces inidóneo para producir el mismo resultado», es decir, «como un contrato destinado a dar vida a un ente que deberá manifestarse al exterior da en otra hipótesis como resultado una relación meramente interna». Y no sólo en el plano técnico-jurídico es incongruente, sino que tampoco es defendible en el plano de la lógica la solución que pretendiendo la carencia de personalidad jurídica de la sociedad y la imposibilidad de que tenga un patrimonio autónomo sustituye la responsabilidad de ella por la que aquellos que obraron en su nombre, con la posibilidad de que esta medida más que favorecer a los terceros pueda perjudicarles desde el momento en que el patrimonio de los responsables sea menor que el de la sociedad.

La falta de publicidad de las sociedades de capital supone, sin duda, el que éstas no pueden nacer como tipos dotados de personalidad jurídica desde el momento que la inscripción tiene carácter constitutivo; pero esto no quiere decir que no exista ningún tipo societario. El acuerdo societario no inscrito reúne las condiciones mínimas de sociabilidad para constituir el tipo más genérico de sociedades comerciales que es la sociedad colectiva. El acuerdo de voluntad, fin común y mínimo organizativo, son los elementos requeridos para la sociedad colectiva, sin que la inscripción sea requisito para el nacimiento de la misma. Y esto sí se da. La construcción que se obtendría sería, pues, la de una sociedad colectiva pero sometida a las normas de responsabilidad de la simple por las consideraciones hechas en páginas anteriores.

Queda, sin embargo, por aclarar un problema que justamente plantea PUGLIATTI (276): ¿Cómo es posible que los socios de una sociedad de capital, que han querido arriesgar sólo limitadamente, puedan verse obligados a responder ilimitadamente en base a decir que una sociedad de capital no inscrita debe asumir el tipo de una sociedad colectiva con responsabilidad limitada?

(274) GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*. I, Madrid, 1976, págs. 234 y sigs.

(275) PUGLIATTI, S., *ob cit.*, págs. 198 y sigs.

(276) PUGLIATTI, S., *ob cit.*, págs. 201 y sigs.

La respuesta se mueve en un doble plano: Por un lado, el derecho positivo no ha querido que la simple voluntad de los socios sea suficiente para poder limitar su responsabilidad a lo aportado al patrimonio social, imponiendo por ello en garantía de los terceros un mecanismo publicitario que en caso de limitación de responsabilidad exprese los límites de esa responsabilidad, a la vez que la existencia de una calificación que garantice la confianza de los terceros en el cumplimiento de los requisitos necesarios con respecto a las aportaciones para hacer frente con cierta garantía a las responsabilidades societarias si a ellas hubiere lugar. Por otro lado, es también criterio de justicia que si la inscripción no ha tenido lugar y se efectúa la subsunción en los términos antes señalados no deban de responder ilimitadamente todos los socios de la sociedad que, queriendo ser anónima, no pudo serlo por falta de inscripción. Y no es justo porque en la creación de esa situación es probable que muchos de los socios ni fueran conscientes ni la hubieran querido, de manera tal que sólo responderán de una manera ilimitada aquellos socios que o bien fueron conscientes de la situación de irregularidad o que actuaron en nombre de ella, mientras que aquellos que no contribuyeron a crear la situación de apariencia sólo deben de responder limitadamente hasta la cuantía de su aportación. (En este sentido, *vid.* art. 2.331.2.º CC, en relación con los arts. 2.338.3.º y 2.341).

Un problema completamente diferente es el de la responsabilidad por lo actuado por una sociedad que es declarada nula después de su inscripción registral. La seguridad del tráfico ha llevado a una restricción de las posibles causas de nulidad, con unas consecuencias similares a las de un efecto sanatorio limitado, a la vez que al mantenimiento de la eficacia de todos los actos realizados en nombre de la sociedad, con un efecto bastante similar al que se produciría de la admisión del principio de fe pública registral (art. 2.332, con nueva redacción como consecuencia del Decreto de 29 de diciembre de 1969 para adaptación a la 1.ª Directiva Comunitaria, núm. 151, de 9 de marzo de 1968).

II. FORMULACIÓN LEGAL Y APORTACIONES DE LA DOCTRINA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DIFERENTES EFECTOS DE LA PUBLICIDAD MATERIAL

El Código Civil italiano al regular los efectos publicitarios del Registro de la empresa en el artículo 2.193, bajo el epígrafe «Efficacia dell'iscrizione», ofrece, en líneas generales, la siguiente panorámica:

Incurre en una cierta imprecisión al hablar de «eficacia de la inscripción», ya que lo que a continuación va a regular son los efectos publicita-

rios, que, como reiteradamente se ha expuesto, es algo diferente. La inscripción es el mecanismo requerido para que las situaciones inscribibles puedan ingresar en el Registro, y de ahí derivan los efectos publicitarios. La inscripción o es simple vía de ingreso en el Registro —inscripción declarativa— o bien es elemento necesario para el nacimiento de una determinada situación —inscripción declarativa—, pero los posibles efectos publicitarios afectan en principio por igual tanto a unas, las declarativas, como a otras, las constitutivas. Esta confusión en la terminología legal ha llevado, a veces, a que como consecuencia del apego a la letra de la Ley algunas veces no se hayan deslindado claramente ambos campos, el de la inscripción y el de la publicidad, con el consiguiente confusionismo (277).

La eficacia publicitaria registral que el Código Civil regula en su artículo 2.193 (278) viene centrada fundamentalmente en torno al efecto clásico publicitario que concibe a la publicidad como un requisito de eficacia para que las situaciones registrables puedan hacerse valer frente a terceros. La doctrina (279) ha pretendido a su vez, no sin dificultades, deducir otros efectos publicitarios (principalmente legitimatorios y de fe pública), ya de la interpretación de la misma letra de la Ley, ya del juego de la apariencia y de la publicidad en general. Nos encontramos, en definitiva, ante una regulación escasa de la publicidad registral que la doctrina de alguna forma pretende ampliar.

Pero es que en la regulación del artículo 2.193 del Código Civil no viene tampoco claramente expuesto el efecto publicitario de la llamada por algunos autores italianos «publicidad declarativa» (280); es decir, de la posibilidad de oponer o no las situaciones inscribibles según estén o no inscritas. La regulación es deficiente no sólo porque sus efectos, inoponibilidad y oponibilidad, no tienen en su desarrollo una perfección técnica que otras legislaciones han alcanzado, sino porque parece caer en un error básico, consistente en la creencia de que oponibilidad de las situaciones inscritas es lo mismo que presumir que el tercero conoce la situación por el mero hecho de la inscripción. Oponibilidad y presunción de conocimiento son campos diferentes, como en su momento se verá, aunque ocasionalmente se encuentren. Así pues, el susodicho artículo 2.193 del Código Civil regula en primer lugar el

(277) PAVONE, A., *ob. cit.* págs. 101 y sigs.

(278) Artículo 2.193 del Código Civil: «Los hechos para los que la Ley señala la inscripción no pueden ser opuestos a los terceros por aquellos que estaban obligados a solicitarla si no hubiesen sido inscritos, a no ser que éstos prueben que los terceros los conocían. La ignorancia de los hechos para los que la Ley preceptúa la inscripción no puede ser opuesta por los terceros a partir del momento en que se realizó la inscripción. Quedan a salvo las disposiciones particulares de las leyes».

(279) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 243 y sigs.

(280) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 107 y sigs., y 125 y sigs.

efecto negativo de la publicidad material, la inoponibilidad de lo no inscrito, y a continuación el efecto notificativo, presunción de conocimiento por los terceros de la situación inscrita, sin recoger propiamente el efecto positivo que señala que lo inscrito es oponible. De manera tal que el artículo 2.193 ha ido mucho más lejos de donde una construcción tradicional de la inoponibilidad y oponibilidad llega, o por el contrario equipara, confundiendo el efecto de la oponibilidad y el notificativo.

Por último, queda señalar la situación de transitoriedad en la que se encuentra la institución del Registro de la empresa, de manera tal que el Registro de la empresa no rige como tal que hasta la publicación del Decreto que señala el artículo 99 de «Las disposiciones para la actuación del Código Civil». Esta falta de vigencia de la institución registral hace que sigan todavía en vigor las instituciones publicitarias y las materias objeto de las mismas anteriores a la publicación del Código Civil (art. 100 de las disposiciones para la actuación del CC), de forma tal que podría cuestionarse el valor actual de los efectos publicitarios. La mención del artículo 100, «Disp. para la act.», que señala en su párrafo segundo que «los efectos de la inscripción» se regirán por las disposiciones del Código Civil, no debe interpretarse sin embargo en un sentido meramente literal de efecto declarativo o constitutivo (281), sino que, de acuerdo con lo antes señalado (282), hay que tener presente la confusión terminológica en la que el Código Civil cae cuando al hablar de eficacia de la inscripción lo que quiere decir es eficacia de la publicidad. Y en este sentido hay que proceder, sosteniendo así el valor actual de los efectos publicitarios recogidos en el Código Civil (art. 2.193), si bien sólo de una manera restringida para aquellas situaciones que el artículo 100 señala como inscribibles según los procedimientos anteriores al Registro de la empresa, ya que, en líneas generales, hasta la publicación del mencionado Decreto que señale la entrada en vigor del Registro de la empresa no están obligados a inscribirse los empresarios individuales (art. 100 disp. de act.).

En definitiva, nos encontramos ante una situación publicitaria escasa, confusa y de limitada eficacia. Todo lo cual constituye un problema de mayor envergadura todavía si se tiene presente que el actual Código Civil intenta una regulación de las relaciones jurídico-comerciales en torno a la institución de la empresa, configurando el Registro de la misma como eje central en el sistema de confianzas y de responsabilidades frente a terceros. Se hace así necesario el proceder a un examen detallado de los efectos publicitarios, señalando un camino de perfección y desarrollo de los mismos.

(281) ASCARELLO, T, *ob. cit.*, pág. 181

(282) Ver pág. 286.

A) *La inoponibilidad de lo no inscrito y oponibilidad de lo inscrito según el artículo 2.193 del Código Civil italiano*

El precepto del Código Civil dedicado a regular la eficacia de la publicidad con respecto a las sanciones inscritas en el Registro de la empresa es el 2.193:

«Los hechos para los que la Ley señala la inscripción no pueden ser opuestos a los terceros por aquellos que estaban obligados a solicitarla si no hubiesen sido inscritos, a no ser que éstos prueben que los terceros los conocían.

La ignorancia de los hechos para los que la Ley preceptúa la inscripción no puede ser opuesta por los terceros a partir del momento en que se realizó la inscripción.

Quedan a salvo las disposiciones particulares de las leyes».

El primer párrafo de este artículo viene a contener el efecto que tradicionalmente han recogido las legislaciones mercantiles en orden a la publicidad: «La inoponibilidad de lo no inscrito» o eficacia negativa de la publicidad.

a) *Inoponibilidad: requisitos*

En definitiva, el artículo 2.193.1.º ofrece una construcción clásica del efecto tradicional de la «inoponibilidad de lo no inscrito», tal y como se nos aparece en la mayoría de las legislaciones europeas. Y así lo expone la gran totalidad de la doctrina italiana (283):

La construcción básica del efecto de inoponibilidad dada por el precepto 2.193 del Código Civil se construye sobre:

1. La publicidad registral es un requisito de eficacia para que las situaciones jurídicas surjan pleno efecto frente a terceros, de manera que lo no inscrito sólo es eficaz entre las partes.

2. La inoponibilidad de lo no inscrito está condicionada al hecho de que los terceros no conociesen la situación no inscrita. Resulta lógico de entender la inoponibilidad como consecuencia de la cognoscibilidad a que tiende el Registro, pero que al ser efectuada por otros medios deja de tener razón de ser.

Es el planteamiento clásico de la inoponibilidad. Pero sin embargo necesita ser examinado para poner de relieve las posibles deficiencias o

(283) LA LUMINA, *ob. cit.*, pág. 181, GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 25; AFFERNI, V., *Tratatto... ob. cit.*, pág. 200.

insuficiencias que la mencionada regulación pudiera tener, máxime cuando todavía es necesario un Decreto que actualice y desarrolle el Registro de la empresa (art. 99 disp. att.).

La inoponibilidad de lo no inscrito requiere lógicamente la existencia de unos requisitos para que puedan ser utilizados por los terceros, pero, sin embargo, ni la legislación ni tampoco la doctrina italiana los han recogido:

La necesidad de que el tercero haya confiado en el Registro (tanto si hay algo inscrito como si no lo hay) tomándolo en consideración para su actuación y la necesidad de un nexo de unión entre el comportamiento del tercero, la situación no inscrita y las consecuencias producidas.

No especifica tampoco el artículo 2.193 del Código Civil, como en otras legislaciones sucede, si la inoponibilidad actúa sólo en el terreno comercial o, por el contrario, es aplicable en todo el ámbito jurídico. Y aunque la doctrina viene considerando de manera unánime la afirmación de un efecto limitado al terreno comercial, y a primera vista parece lógico que así sea en cuanto que el Registro de la empresa va destinado a los comerciantes y a los que con él se relacionan, se hace necesario poner de manifiesto, por un lado, las grandes dificultades existentes muchas veces para separar lo jurídico comercial de lo que no lo es, y por otra parte, no olvidar que la publicidad registral comercial se encuentra englobada dentro del conjunto de la publicidad registral que tiende a dar seguridad al tráfico jurídico-patrimonial en su conjunto. Consideración ésta que hay que tener muy en cuenta en el Registro de la empresa italiana si se quiere arbitrar un verdadero Registro de la empresa y no el tradicional Registro de personas físicas o jurídicas comerciantes. En este sentido, quizás el silencio de la Ley sea acertado en cuanto no delimita de una manera tajante y apriorística el campo de aplicación del efecto de inoponibilidad, quedando su posterior aplicación tanto en manos de las autoridades judiciales como en el futuro desarrollo legal del instituto.

Queda, por último, señalar el alcance que la buena fe del tercero recibe a efectos de que su desconocimiento de la situación real pueda o no ser argüido conjuntamente con la falta de inscripción frente a quien debió de inscribirla. En resumen, ¿si hay manera de que aquel que no inscribió pueda oponer a los terceros las situaciones no inscritas? Frente al tratamiento general que el artículo 1.147 del Código Civil hace de la buena fe, haciéndola inaplicable cuando la ignorancia es debida a culpa grave, el artículo 2.193 del Código Civil no hace ninguna precisión en cuanto a la clase de ignorancia que debe concurrir con la falta de inscripción. Silencio que parece adecuado en cuanto que una precisión en el sentido del artículo 1.147 del Código Civil podría empañar la rapidez y seguridad del tráfico con pruebas y demostraciones de carácter confuso y excesivamente dilatorio. Por lo que parece lógico que se imponga un máximo rigor a aquellos que no inscribieron, facultándoseles tan sólo a destruir la presunción de la buena fe, entendida como desco-

nocimiento de la situación y, por tanto, a poder oponer las situaciones no inscritas cuando demuestren claramente que el tercero las conocía, pero no cuando quieran argüir que las desconocía por culpa suya, incluso grave. La buena fe pasa a jugar en el campo registral de una manera absoluta en aras de la rapidez y seguridad del tráfico jurídico.

Con estas precisiones en torno al efecto de la inoponibilidad queda examinado el aspecto negativo de la publicidad material, debiendo procederse ahora en el orden lógico al desarrollo del aspecto positivo o de oponibilidad de las situaciones inscritas.

b) Eficacia notificativa y oponibilidad de lo inscrito

No ofrece el Código Civil italiano una clara enunciación del efecto positivo u oponibilidad de lo inscrito (284), sino que de una manera confusa viene a expresarlo indirectamente a través de la redacción del artículo 2.193 del Código Civil.

Esta situación de confusión ha ocasionado el que la gran mayoría de la doctrina italiana haya venido equiparando el párrafo segundo del artículo 2.193 del Código Civil con el aspecto positivo. De manera tal que el párrafo primero ofrecería «la inoponibilidad», mientras que el segundo ofrecería «la oponibilidad». Pero en lugar de hacerlo de una manera directa (las situaciones inscritas son oponibles a terceros) expresaría la justificación dogmática (son oponibles, ya que los terceros no pueden oponer la ignorancia de los mismos). Se concibe, en líneas generales, la siguiente construcción: Lo inscrito es oponible a terceros en base a que se presume *iuris et de iure* el conocimiento que de las situaciones inscritas tienen los terceros, cuya consecuencia lógica es que éstos no puedan oponer la ignorancia de lo que en el Registro figura inscrito. Se instrumenta el efecto notificativo de la publicidad como la causa inherente del efecto positivo o de oponibilidad, que se supone a pesar del silencio del precepto.

Nada más lejos de la realidad que identificar ambos efectos, ya que existen razones de tipo dogmático y de derecho positivo que claramente los diferencian. Razones que, en sus líneas generales, son las siguientes (285):

1.^a Que la inscripción sea necesaria para ser oponible a los terceros no significa el que éstos tengan que conocerla. Una cosa es la oponibilidad que se mueve en el plano de la eficacia de la publicidad y otra es la posibilidad de colocar a los terceros en mala fe que se movería en el campo del conocimiento.

2.^a Los efectos positivos derivan de la inscripción con completa inde-

(284) AFFERNI, V., *Trattato...*, ob. cit., pág. 200.

(285) PAVONE, A., ob. cit., págs. 111 y sigs., y 129 y sigs.

pendencia del conocimiento de los terceros, de manera tal que el conocimiento no es causa de la oponibilidad, sino que ambos en última instancia dependen de la extensión con que el Derecho positivo les haya recogido.

3.^o Expresamente dice el Código Civil en el artículo 2.193 que «los terceros no pueden oponer la ignorancia de las situaciones inscritas» y no que «se puedan oponer a los terceros las situaciones inscritas, lo que exclusivamente se desprende del párrafo primero interpretado *a sensu contrario*.

Está claro que no pueden identificarse oponibilidad y efecto notificativo y que cada uno corresponde a planos diferentes. Pero no está tan claro que el Código Civil italiano haya querido ir tan lejos a donde la interpretación literal del párrafo segundo del artículo 2.193 puede llevar si de él se deduce el efecto notificativo de la publicidad. No es improbable que los redactores del Código Civil hayan caído en el mismo error que muchos de sus intérpretes y al redactar el artículo 2.193 del Código Civil, en su párrafo segundo, hayan querido expresar la justificación —equivocada— del efecto positivo de inoponibilidad que sólo se desprende del párrafo primero en sentido contrario. El error de unificar oponibilidad y efecto notificativo puede ser tanto del legislador como de sus intérpretes, si bien la letra de la Ley ofrece indirectamente un efecto notificativo del que no se puede prescindir sin más.

Avala la razón de una posible confusión del redactor del Código Civil el que en ningún momento el otro pilar de la publicidad registral —el inmobiliario— haga aparecer el efecto notificativo de la publicidad. El Registro inmobiliario construye sus efectos en torno a la inoponibilidad de lo no inscrito dirigido a solucionar fundamentalmente el problema de la doble venta (arts. 2.643 y 2.644), sin que haga referencia a los demás efectos publicitarios y, naturalmente, tampoco al efecto notificativo. Y es raro que en el Código Civil no se haya intentado dar una construcción unitaria de la publicidad registral en orden a los efectos, sino que, por el contrario, se construyan Registros publicitarios que en un mismo texto legal desarrollan efectos diferentes.

Pero es que, además, el artículo 2.193 del Código Civil en su encabezamiento habla de «eficacia», no de «efectos» o «eficacia», tratamiento en singular que se corresponde además con la regulación, técnicamente confusa, en un solo precepto de lo que pueden parecer diferentes situaciones y efectos jurídicos.

Nos encontramos así, probablemente trascendiendo la intención del legislador, con un nuevo efecto notificativo que al igual que el de oponibilidad, que habría de deducirse en sentido contrario del párrafo primero, se presenta de manera insuficiente.

Fundamentalmente son dos los puntos en torno a la oponibilidad en los que la Ley presenta lagunas: ¿Desde qué momento comienza la oponibilidad

y, en su caso, la imposibilidad de que los terceros aleguen ignorancia? ¿Y qué posibilidades pueden asistir a los terceros para obviar la oponibilidad de las situaciones inscritas o para poder alegar la ignorancia de las mismas?

No señala el Código Civil (art. 2.193) otro momento para poder oponer las situaciones a terceros y para que éstos no puedan alegar ignorancia de la situación inscrita que el de la inscripción en el Registro de la empresa, pero sin hacer mención para nada de otros medios complementarios de publicación, como anuncios, periódicos oficiales, etc.

La adaptación de las sociedades de capital a la Directiva de la CE de 9 de marzo de 1968 se efectuó mediante un Decreto de 29 de diciembre de 1969 que modificando determinados artículos del Código Civil (art. 2.457) alteró el régimen general de la oponibilidad a terceros (art. 2.193) de las situaciones inscribibles a ellas referidas al condicionarla a la complementaria publicación de las mismas en el *Boletín Oficial* creado a estos efectos mediante la Ley de 12 de abril de 1973, salvo que la sociedad demuestre que los terceros las conocían e, incluso, al transcurso de un plazo de quince días para aquellos terceros que probaran la imposibilidad de haber podido conocerlas (art. 2.457.3.º) (286).

Se crea así una duplicidad no justificada del régimen de «oponibilidad-inoponibilidad», según se trate de situaciones que afecten a las sociedades de capital o no, que sería conveniente subsanar (287).

Si bien la inscripción registral, y en su caso la correspondiente publicación en el Boletín, es considerada como técnica suficiente para poder oponer las situaciones a terceros, existen algunos supuestos con respecto a los cuales el legislador se aleja de esta técnica de amparo del tráfico considerándola insuficiente para la protección de los terceros. Se trata de supuestos en los que se produce una actuación de los representantes de las sociedades que va más allá de los límites del poder inscrito o que incluso traspasan el objeto social (arts. 2.384 y 2.384 bis CC), ya que en estos casos la representación es vinculante salvo prueba de una actuación dolosa de terceros o de un conocimiento suficiente del objeto social respectivamente. La necesidad de una mayor rigurosidad en la diligencia del empresario, o incluso del establecimiento de una responsabilidad cercana a la objetiva parecen haber desplazado a la técnica de la publicidad registral en estos casos en función de una mayor protección de los terceros y de la seguridad del tráfico (288).

El régimen de los efectos negativos y positivos del Registro de la

(286) DI FABIO, M., *Principali sistemi di pubblicità in Europa e prospettive di armonizzazione. Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 113 y sigs.

(287) LANZA, A., «E possibile prevenire le crisi di regetto delle direttive comunitaire per materia de società?», *Riv. Soc.*, septiembre-diciembre 1971, págs. 994 y sigs.; BOCCHINI, E., *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.

(288) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, págs. 207 y sigs.

empresa encuentra su complemento en el párrafo tercero del artículo 2.193 del Código Civil, que salva los efectos que además pueden derivarse de la inscripción o de su falta según las «disposiciones particulares de la Ley».

c) Posibilidad de deducir otros efectos del artículo 2.193 del Código Civil

Ante la carencia de otros efectos publicitarios expresamente mencionados por la legislación, algunos autores (289) han pretendido deducirlos el primer párrafo del artículo 2.193 del Código Civil en donde se regula el efecto negativo de la publicidad. Se parte para ello de que el efecto negativo de la inoponibilidad no tiene otra finalidad que la protección de aquellos terceros que confiaron en las situaciones inscritas, de forma que las modificaciones no inscritas que dicha situación sufre no les serían oponibles salvo que las conociesen. De manera tal que el alcance del efecto de inoponibilidad sólo tiene aplicación en los casos en que hubiere una situación anteriormente inscrita y no en caso contrario. Como apoyo de esta tesis se ha sostenido: a) Que el título del artículo 2.193 del Código Civil figura bajo «*efficacia dell'iscrizione*», lo cual significa que la inscripción se presupone; b) Si no hay nada inscrito, el empresario puede oponer tranquilamente la situación real, puesto que no existe ningún contraste con otra en la que el tercero hubiere confiado; c) De lo dicho se deduciría la primacía de la realidad inscrita sobre la no inscrita en base a una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad de la situación inscrita, de la que se puede deducir el efecto publicitario de «la legitimación registral» (290).

Tales argumentos son de por sí rechazables por ser dogmáticamente erróneos. La primera aseveración, en cuanto a la fuerza que a la mera redacción «*efficacia dell'iscrizione*» se le quiere atribuir, queda sobradamente descartada con las consideraciones que en páginas anteriores se hicieron sobre el tema y donde se ponía de relieve que al decir eficacia de la inscripción se quería decir eficacia de la publicidad. Pero es que junto a esta confusión entre eficacia de la inscripción y eficacia de la publicidad existen, como afirma PAVONE (291), artículos en el Código Civil que mantienen la posibilidad de inscribir modificaciones de situaciones que son inscribibles y que no figuran en el Registro; así el artículo 2.207.1.º, que regula la posibilidad de inscribir las limitaciones o cancelaciones de poderes aunque éstos no se hayan inscrito.

La segunda aseveración que intenta hacer jugar el efecto de «inoponibilidad» únicamente en los casos en que existe «una realidad inscrita» y «otra

(289) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

(290) GHIDINI, M., *ob. cit.*, pág. 54.

(291) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 142.

realidad no inscrita» que la modifica, de manera tal que prevalezca la primera en base a una confianza derivada de presumir que la inscripción tiene una eficacia de «legitimación», cae en un doble error que perjudica a los terceros.

Se olvida, en primer lugar, la función fundamental de la publicidad registral, que tiende a hacer cognoscibles frente a terceros de la manera más exacta posible determinadas situaciones productoras de consecuencias jurídicas y que en el ámbito mercantil son fundamentalmente situaciones que afectan a los campos de la responsabilidad y de la representación. Si sólo se contempla el caso de confrontación entre la realidad tabular y la no inscrita, se olvida proteger a los terceros en todas aquellas situaciones en las que al no haber una situación registral en la que puedan ampararse se verían obligados a tener que someterse a situaciones que ellos desconocen al no ser aparentes y que, sin embargo, por ser conformes con la realidad le podrían ser opuestas (292). Y esto, obviamente, tiende a evitarlo el Registro al procurar el conocimiento de todas las situaciones productoras de consecuencias jurídicas, de manera tal que aquellas situaciones no conocidas por los terceros y no inscritas no puedan en ningún modo serles opuestas ni siquiera aunque fueran conformes con la realidad. Pero es que, en segundo lugar, no se puede confundir la inoponibilidad y la legitimación poniéndolas en un mismo plano. Una cosa es decir que lo no inscrito no puede oponerse a terceros y otra muy diferente el afirmar que no puede oponerse por estimar que lo inscrito es exacto. La discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral no quiere decir, ni mucho menos, que lo que el tercero contempla sea tenido por real y exacto. Ello dependerá en última instancia de la regulación positiva que de los efectos publicitarios haga el ordenamiento concreto de que se trate. El establecer una presunción de exactitud y veracidad de una manera general, sin deslindar claramente los campos de la legitimación y de la fe pública y el respectivo juego de las presunciones, podría llevar a posibilitar el que el titular de la inscripción pudiera oponer a los terceros situaciones inscritas y no reales, todo lo cual podría redundar en contra de la protección del tercero, que es lo que se pretende. Se caería en el error de poder construir el efecto de legitimación en base a la apariencia registral (293).

El precepto regulador de la publicidad material (art. 2.193) no posibilita de una manera clara deducir la existencia de otros efectos que los ya indicados. Sin embargo, la doctrina ha pretendido ampliar el ámbito de los mismos mucho más allá de donde la letra de la Ley parece dar a entender, y no siempre lo ha hecho de una manera afortunada.

En algún caso no ha sabido la doctrina proceder acertadamente a distinguir en el plano de los conceptos entre eficacia defensiva de la publicidad

(292) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

(293) LA LUMIA, *ob. cit.*, pág. 181; GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 25.

registral, dirigida fundamentalmente a la protección de los titulares de las situaciones inscritas otorgando a su favor una presunción de exactitud y de veracidad de las mismas, y entre la eficacia ofensiva de la publicidad registral dirigida a proteger la confianza que sobre la apariencia registral depositó el tercero.

Sólo aquellos autores que de una manera clara han estudiado la construcción publicitaria germana y han sido influenciados por ella han llegado a atisbar el problema y a colocar las cosas en su justo lugar (294), conduciendo las presunciones de exactitud, veracidad y legalidad al campo de la prueba y del efecto de legitimación y colocando al efecto de fe pública en los límites de su función protectora de los terceros que confiaron en la situación registrada que después adolecía de vicios legales de exactitud o de veracidad. Se deslinda así la oponibilidad de lo inscrito y la subsiguiente inoponibilidad de lo no inscrito como una técnica dirigida a dar seguridad al tráfico protegiendo a aquellos terceros que confiaron en la situación que el Registro manifestaba.

B) *Construcción doctrinal del efecto de legitimación (presunciones de exactitud y legalidad). La calificación como base de las presunciones*

Un sector de la doctrina ha intentado configurar de una manera limitada la presunción de exactitud y de legalidad, y afirma que lo inscrito se presume exacto para terceros en base al alcance y profundidad de la calificación, de todo lo cual se deduciría además la existencia de la fe pública registral (295) que ampararía los derechos adquiridos por terceros de buena fe en base a una situación registral que posteriormente fue declarada nula.

Es inadecuado el afirmar que lo inscrito en base a su calificación se presume exacto y legal, pero sólo para terceros. Si es exacto lo es objetivamente, y por lo tanto también para el titular de las situaciones inscritas.

Por otro lado, la «fe pública» no es deducible de la calificación y su amplitud, sino del juego de la apariencia dentro del instituto registral. Mientras que la legitimación va a poner de relieve lo que es normalmente el resultado registral obtenido a través de un proceso calificadorio, es decir, va a afirmar que lo inscrito es con gran probabilidad legal y exacto, la fe pública viene a introducir a favor de terceros el mecanismo de la apariencia para protegerles de situaciones inexactas pero registralmente publicadas. La legitimación acompaña a la calificación, mientras que la fe pública es resultado de la apariencia.

Una excesiva preocupación por la defensa de los terceros ha llevado a olvidar el principio genérico de que lo inscrito favorece también a los titulares de las situaciones inscritas conjuntamente con los terceros.

(294) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 78 y sigs., y 167 y sigs.

(295) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

Se ha llegado a deformar el efecto de legitimación, olvidando y relegando lo que constituye su fundamento: la defensa de las titularidades y situaciones registradas, porque en virtud del proceso calificadorio ellas son tendencialmente exactas, a no ser que se demuestre lo contrario. Lo que sucede es que estas presunciones de exactitud y legalidad a favor del titular de las situaciones inscritas se permiten también que jueguen en su contra, pudiendo en este caso favorecer al tercero que se quiera valer de ellas, salvo que el titular demuestre su no veracidad o su inexactitud.

Este genuino concepto de legitimación interesa además mantenerlo en el Registro de la empresa con mucha más razón si de verdad se quiere lograr un instituto publicitario tanto de los elementos subjetivos como objetivos.

El Registro de la empresa, como en su lugar se vio, es realmente un Registro de empresarios cualificados por su actividad y no un Registro de titularidades. Si determinados elementos objetivos de la empresa constituyentes de la «azienda» figuran en el Registro, no es como posible objeto de titularidades de naturaleza fundamentalmente real, sino como elementos identificadores del titular de la actividad empresarial, de manera que sobre ellos no inciden los efectos publicitarios del Registro de la empresa.

Una construcción publicitaria que quiera abarcar de una manera totalizadora el fenómeno empresarial, y no solamente el aspecto configurador del *status*, debe de intentar que el efecto de legitimación abarque un campo más amplio que el de las meras situaciones de responsabilidad y personales configuradoras del *status* de empresario. Ha de intentar que el efecto de legitimación afecte a los elementos objetivos configuradores de la «azienda», de manera que éstos no sean un mero elemento identificador del empresario, sino que se revelen como objetos de titularidades reales, de forma que se presuma que el empresario es el titular, salvo prueba en contrario, de los elementos objetivos con la naturaleza y extensión que el Registro de la empresa determine.

La correcta inclusión de un principio de legitimación no tiene ninguna razón práctica de ser si no existe un procedimiento de calificación lo suficientemente amplio para asegurar que lo inscrito es normalmente legal, exacto y real. En caso contrario, la existencia del efecto de legitimación enturbiaría más que facilitaría la correcta defensa y seguridad del tráfico.

El control de legalidad del Juez del Registro viene especificado de una manera genérica sólo a través de dos preceptos:

Artículo 2.189.II: «Antes de proceder a la inscripción el encargado del Registro debe comprobar la autenticidad de la firma y de las condiciones requeridas por la Ley para la inscripción».

Artículo 2.191: «Si una inscripción se ha efectuado sin que existan las condiciones requeridas por la Ley, el Juez del Registro ordena la cancelación de la misma».

De estos preceptos se deduce la existencia de un control de legalidad de las situaciones para las que se requiere la inscripción mediante un acto de jurisdicción voluntaria del encargado del Registro (296). La situación inscribible debe de ser conforme con la Ley no sólo en cuanto a los aspectos formales de competencia, forma, necesidad de firma, etc., sino también en cuanto a los requisitos internos de validez de las situaciones que se inscriben, como se deduce de la comparación con los artículos 2.330.III y 2.411, en donde la alusión al cumplimiento de las condiciones requeridas por la Ley están claramente comprendidas dentro del sentido de homologación judicial (297).

Mayores problemas plantea dilucidar si el alcance de la calificación debe de extenderse a comprobar la realidad y la exactitud de las situaciones inscritas.

El control de la realidad de las situaciones que se quieren inscribir no parece dudoso, ya que si lo que se quiere es ofrecer a los terceros una real situación del empresario, parece lógico que los elementos que deben de figurar en la inscripción (art. 2.196), sede de la empresa, objeto, nombre comercial, otorgamiento y limitación de poderes, etc., sean comprobados mediante los procedimientos que el Juez del Registro estime pertinentes. Añadiendo quizás otros, como sostiene GHIDINI (298), que aunque no figuran en la Ley no existe ningún problema en que sean exigidos si contribuyen a clarificar el contenido del Registro.

Sería ilógico que se inscribieran situaciones que al pretenderse oponer a terceros tuvieran que cancelarse, al no ser conforme con la realidad, por el mismo Juez que las inscribió (299).

Se dan así los presupuestos para poder afirmar que si se inscribieron situaciones sobre las que el Juez no tuvo motivo para dudar, éstas se han de presumir exactas y legales.

Pero ¿con qué alcance ha de presumirse esta presunción? Las situaciones inscritas en el Registro de la empresa, por el mismo proceso calificadorio al que han sido sometidas, proceso de carácter judicial, deben lógicamente desempeñar un principio de prueba de carácter mayor que la mera prueba simple que no comporta consigo inversión de la prueba, sin que tampoco se pueda admitir una presunción de carácter *iuris et de iure* ya que no lo señala expresamente la legislación, siendo como es de carácter legal (art. 2.728).

Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, con admisibilidad de prueba en contrario e inversión de la carga de la prueba. Situación ésta que, por otra parte, vienen a corroborar los artículos 2.714 y siguientes del

(296) AFFERNI, V., *Trattato...*, ob. cit., pág. 199.

(297) PAVONE, A., ob. cit., pág. 598.

(298) GHIDINI, M., ob. cit., págs. 26 y sigs.

(299) GRAZIANI, A., ob. cit., pág. 32. Es de señalar que el artículo 81 del Real Decreto 4-I-1925 prevé expresamente que las Cámaras antes de proceder a la inscripción podrán cumplir las indagaciones que crean oportunas para comprobar la veracidad de los Registros a su cargo

Código Civil al conceder este carácter a las copias de actos públicos y a las copias de las escrituras expedidas por oficiales públicos.

C) *Construcción doctrinal del efecto de la fe pública registral*

¿Es posible construir un efecto de fe pública registral como consecuencia normal del juego de la publicidad registral en el Registro de la empresa?

La posibilidad de construir la fe pública registral, entendida en el sentido de que los terceros de buena fe puedan tener como cierto y legal el contenido de la inscripción, de manera que una modificación de las situaciones o incluso la declaración de las mismas no les perjudique, no es factible si se intenta llevarla a cabo mediante una interpretación de los preceptos legales que el Código Civil dedica a la regulación general del efecto publicitario en el Registro de la empresa (arts. 2.188 y sigs. CC).

Ni expresamente se contempla dicha posibilidad, ni de una manera indirecta cabe deducirla de los mismos. Aquella parte de la doctrina que ha pretendido construirle mediante interpretación de los preceptos legales ha caído en errores fácilmente comprobables.

Algunos autores (300) han pretendido deducirle de la inoponibilidad del artículo 2.193.I, sosteniendo que si expresamente se constata la imposibilidad de oponer a los terceros las situaciones no inscritas, ello tiene como consecuencia el que los terceros puedan tener las inscritas como exactas y legales a todos los efectos.

Pero se incurre así en un doble error. Por un lado, no se separan de una manera clara, como antes se señaló, la diferencia entre legitimación y fe pública y el juego respectivo que legalidad y exactitud tiene en cada uno de ellos. Pero es que además se viene a confundir dos situaciones completamente distintas: una cosa es que lo no inscrito no se pueda oponer a los terceros y otra el que los terceros puedan tener a todos los efectos lo inscrito por legal y exacto. La inoponibilidad es la consecuencia de la falta de un requisito de eficacia frente a terceros de las situaciones no inscritas; las presunciones de exactitud y veracidad son efecto lógico de una calificación adecuada, y el que los terceros puedan tener lo inscrito por legal y por real de manera tal que declarada la inexactitud o ilegalidad de las situaciones inscritas no se pueda perjudicar a los terceros que confiaron en ellas es el resultado del juego de la apariencia dentro del mecanismo publicitario como corrector de sus deficiencias.

Tampoco es deducible del efecto negativo de la publicidad (301), estimando que si lo no inscrito no puede oponerse a los terceros es porque éstos

(300) GHIDINI, M., *ob. cit.*, pág. 54.

(301) WYSSA, G., *Les effets externes de l'inscription aun Registre du Commerce*, Lausanne, 1950, págs. 76 y sigs.

pueden tener lo no inscrito por inexistente. Aunque el efecto práctico es el mismo, no se opone al tercero, varía sin embargo en torno al juego de la buena fe en la inoponibilidad y en la fe pública. Mientras que para que cese la inoponibilidad es necesario el demostrar el conocimiento por el tercero de las situaciones no inscritas (art. 2.193.I. CC), para que la buena fe negativa no tenga lugar es suficiente el demostrar que el desconocimiento es debido a negligencia grave del tercero (art. 1.147 CC).

Erradas las vías de una posible interpretación de los preceptos generales sobre publicidad del Código Civil, es más acertado el intentar construir dicho efecto de fe pública sobre interpretaciones derivadas del juego de las instituciones del derecho general.

En este sentido se manifiesta parte de la doctrina publicista italiana. Un sector de ella se inclina por el intento de hacer jugar en el derecho publicitario registral italiano el juego de las construcciones que para lograr un mismo fin realizó la doctrina y la jurisprudencia alemanas (302): La construcción del principio de fe pública en base al juego de las declaraciones a la generalidad y del principio de la apariencia. Otro sector (303) intenta construirle en base a la decisiva intervención que el Registro como órgano de carácter público tiene en la conformación de situaciones en las que por su propia naturaleza los terceros tienen derecho a confiar y no ser perjudicados.

La realidad es que ninguna de las posibles doctrinas ha logrado llegar a tener una real preeminencia sobre las otras, situación que se complica más desde el momento en que algunos autores difieren no ya de la posible óptica con la que enfocar la construcción de la fe pública, sino que deniegan la posible existencia de la misma para el sistema actual registral italiano (304). Y máxime cuando en uno de los preceptos (el ya mencionado 2.332) sobre sociedades el Código Civil va a afirmar:

«La declaración de nulidad no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la sociedad después de la inscripción en el Registro de la empresa» (2.332.3.º CC),

de lo que se deduce, según esta última teoría negadora, que al querer instituir la el Código Civil de manera particular para una institución ha querido a la vez rechazarle como efecto de aplicación general.

En torno al efecto de fe pública hay que distinguir, en consecuencia, la posibilidad de construir *lege lata* y *lege ferenda*. Parece clara la imposibilidad de deducirle, como se vio, de los preceptos del Código Civil, ya que ni de una manera directa ni de una manera indirecta se le contempla como

(302) AFFERNI, V., *Trattato.*, *ob. cit.*, págs. 208 y 266.

(303) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 237 y sigs.

(304) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 191 y sigs.

efecto de aplicación general. Sin embargo, la construcción del efecto mediante el esperado desarrollo reglamentario no parece que encuentre obstáculo en la afirmación de que por estar especialmente mencionado para una institución en especial está excluido de una manera general por voluntad del legislador. Más bien hay que pensar que ante las dificultades de una construcción general se le ha querido dar carta de naturaleza en aquella institución —sociedades— donde quizás la realidad cotidiana del tráfico le demandaba de una manera más perentoria.

La justificación de su existencia vendrá dada, como tantas veces se ha dicho, por el mecanismo corrector de la apariencia en cuanto que allí donde se den las condiciones requeridas para que las situaciones inscritas aparezcan creando frente a terceros situaciones que aparezcan como legales y exactas deben ser éstos amparados por un mecanismo que les proteja de la confianza que en ellas depositaron y que después se vio defraudada.

El Registro de la empresa se presenta, pues, con una sistemática del mecanismo publicitario escasa y deficiente, cuyo único punto positivo radica en la posible aportación que pueda hacer en orden a la construcción de un verdadero Registro de la empresa que abarque tanto a un Registro de empresarios como al elemento objetivo del que éstos se valen para el desarrollo de su actividad. Pero de manera que estos elementos objetivos consten no como meros elementos delimitadores del empresario, sino también como objeto de titularidades que vengan a ser amparadas por el Registro, a la vez que constituyen para los terceros una garantía patrimonial de la responsabilidad del ejercicio de la actividad empresarial.

ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN
Profesor de la Universidad de Almería

Estudio comparado de los regímenes jurídicos español y suizo relativos a las situaciones de cotitularidad en el Derecho de Propiedad (*)

SUMARIO. 1. INTRODUCCION.—2. COPROPIEDAD: 2.1. INDICACIONES GENERALES. 2.2. RÉGIMEN JURÍDICO: 2.2.1 *Derechos de los copropietarios en relación a la cosa en copropiedad.* 2.2.2. *Derechos de los copropietarios en relación a su cuota-parte.* 2.2.3. *Extinción de la copropiedad.*—3. PROPIEDAD COMUN: 3.1. INDICACIONES GENERALES. 3.2. RÉGIMEN JURÍDICO: 3.2.1. *Derechos y deberes de los comuneros.* 3.2.2. *Extinción de la propiedad común.*—4. EL CASO ESPECIAL DE LA MULTIPROPIEDAD: 4.1. INDICACIONES GENERALES. 4.2. DIRECTIVA EUROPEA: 4.2.1. *Objetivos y líneas generales.* 4.2.2. *Contenido mínimo de los contratos de adquisición.* 4.2.3. *Derecho de rescisión.* 4.2.4. *Puesta en marcha de la Directiva.*

1. INTRODUCCION

La titularidad, en sentido jurídico, es simplemente la «conexión de un derecho con un sujeto» (1). Pero un mismo derecho subjetivo privado puede pertenecer también a varias personas; de simple, la titularidad se transforma en plural o compuesta. De forma general, se habla entonces de titularidad múltiple o plural o, como aquí se prefiere, de cotitularidad. La situación de cotitularidad implica que un derecho pertenece o está vinculado a varias personas o, mejor dicho, se encuentra sometido a un régimen de codependencia, en el sentido que el derecho de cada uno está limitado por

(*) Este trabajo ha sido resultado de una estancia de investigación realizada durante el curso 1993-94, en la Facultad de Derecho de Fribourg, bajo la dirección del profesor P. H. STEINAUER, a quien agradezco su atención y el tiempo dedicado.

(1) Vid. FERRARA. *Trattato di Diritto Civile italiano*, Roma, 1921, pág. 448

los derechos de los otros (2). En este estudio me limitaré a tratar las situaciones de cotitularidad del derecho de propiedad que son reguladas por el Código Civil suizo y por el Código Civil español (3).

La expresión utilizada por el Código Civil español y las expresiones empleadas por el Código Civil suizo para referir las situaciones de cotitularidad del derecho de propiedad no coinciden; ellas son extremadamente diferentes. Por ello me parece oportuno, antes de proceder a un análisis de estos dos regímenes jurídicos, clarificar la terminología con el fin de evitar cualquier confusión.

En la nota marginal a los artículos 646 a 654, el Código Civil suizo utiliza en francés la expresión «**Propriété de plusieurs sur une chose**» (4), en alemán la expresión «**Gemeinschaftliches Eigentum**» y en italiano la expresión «**Proprietà collettiva**». Conforme al principio de «**numerus clausus**» de los derechos reales adoptado por el Código Civil suizo, la propiedad colectiva no puede tomar más que dos formas: la copropiedad (**copropriété, Miteigentum, coproprietà**) y la propiedad común (**propriété commune, Gesamteigentum, proprietà commune**). La distinción entre copropiedad y propiedad común no atiende a la naturaleza del derecho de propiedad, sino a la manera en la cual la propiedad colectiva está constituida y después es ejercida (5).

El Código Civil español, en su Libro II «**De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones**», consagra el Título III a la «**Comunidad de bienes**». Según el artículo 392 de la Ley Civil española, hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «**pro indiviso**» a varias personas. Esta definición legal ha sido criticada por emplear la expresión «**la propiedad... de un derecho**», cuando la propiedad en sentido preciso y técnico no recae más que sobre cosas corporales (6). El texto del

(2) Vid. GARCÍA-GRANERO, «Cotitularidad y comunidad», *RCDI*, 1946, pág. 146.

(3) El enfoque se limitará a las situaciones de cotitularidad donde el derecho de propiedad es ejercido conjuntamente por varias personas, en principio situadas en un plano de igualdad. Las hipótesis de titularidad fraccionada, de coparticipación de varias personas en la utilización de una cosa determinada o de desmembramiento cualitativo de un derecho como, por ejemplo, cuando una misma cosa es objeto de un **dominium directum** y de un **dominium utile**, no serán tomadas en consideración.

(4) La versión francesa no utiliza la expresión «**propriété collective**», como lo hacen las versiones alemana e italiana.

(5) Vid. LIVER, *Schweizerisches Privatrecht*, t. V/1, Basel, 1977, págs. 50-51; MEIER-HAYOZ, *Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen*, *Berner Kommentar*, Bern, 1981, 5.^a ed., t. IV/1/1, págs. 457 y 626; STEINAUER, *Les droits réels*, Berne, 1990, 2.^a ed., t. I, pág. 303.

(6) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español Común y Foral*, 14 ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, t. II, vol. 1, pág. 458. Para Díez-PICAZO Y GULLÓN, la expresión «**propiedad de un derecho**» en el artículo 392 del Código Civil español engloba en la comunidad de bienes no solamente la comunidad del derecho

artículo 646 del Código Civil suizo parece más exacto y más adaptado a las situaciones que son objeto de nuestro estudio cuando precisa que la propiedad de varios recae necesariamente sobre una cosa (7). El Código español asimila las expresiones «**comunidad por cuotas-partes**» y «**comunidad de bienes**» regulando casi exclusivamente la copropiedad (8). La «**comunidad de bienes**» corresponde en efecto a la cotitularidad del derecho de propiedad que se puede definir como una «**comunidad por cuotas-partes**»; esta última expresión no puede relacionarse más que con la copropiedad, forma de propiedad que recae solamente sobre cosas específicas y determinadas. El artículo 392 del Código Civil español confunde así «**comunidad**» y «**copropiedad**»; ha olvidado que esta última no es, en Derecho español, más que una especie de la primera. A mi juicio, la expresión empleada por el legislador español no es muy acertada. Hubiera sido más técnico y preciso emplear el término copropiedad, reservando la expresión comunidad de bienes para designar situaciones de cotitularidad sobre cualquier clase de derechos si la intención era incluir un concepto general.

2. COPROPIEDAD

2.1. INDICACIONES GENERALES

La copropiedad en el sentido del artículo 646, párrafo 1, del Código Civil suizo es la forma de propiedad colectiva que no exige la existencia de una comunidad anterior entre los propietarios colectivos y en la cual cada titular tiene una parte ideal de la cosa (9). En Derecho español, sobre la base del artículo 392 del Código Civil, la copropiedad puede ser definida

de propiedad, sino igualmente de otros derechos; *vid.* DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistemas de Derecho Civil*, 5.ª ed., Madrid, 1990, vol. III, pág. 240; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 4.ª ed., t. III, Madrid, 1995, págs. 900-901.

(7) Sin embargo, tanto en el Derecho suizo como en el Derecho español ciertos derechos son considerados como inmuebles y pueden de este modo ser objeto de derechos reales (*vid.* los arts 655.2 CCS y 334.10 CCE).

(8) *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1991, 2.ª ed., t. III, vol. 2.º, pág. 466; CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 520; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1975, 8.ª ed., t. III, pág. 474; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, pág. 1067; ALBACAR LÓPEZ Y TORRES LANA, *Código Civil Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1991, pág. 263; BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 127; CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, 1980, pág. 323.

(9) *Vid.* HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, *Das Eigentum. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1977, pág. 88; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 305.

como la situación jurídica donde la propiedad de una cosa pertenece «**pro indiviso**» a varias personas.

Los caracteres de la copropiedad en ambos Derechos son los siguientes:

- a) La pluralidad de los sujetos. En los dos Códigos, la cosa pertenece simultáneamente y no sucesivamente a varias personas (arts. 392.1 CCE y art. 646.1 CCS). En caso de pluralidad sucesiva no se trata de copropiedad, sino de titularidades singulares que son ejercidas la una después de la otra.
- b) La indivisibilidad jurídica del objeto (10). La copropiedad entraña la indivisión de la cosa objeto de copropiedad y crea entre los copropietarios una comunidad.
- c) La atribución de cuotas-partes que definen la proporción en la cual cada propietario disfruta de los frutos de la cosa, soporta las cargas y obtiene una parte «**in natura**» en caso de partición o una fracción del valor si una cosa no es divisible, sin disminución notable de su valor. En defecto de convención contraria, estas cuotas-partes se presumen iguales (art. 393.3 CCE y art. 646.2 CCS). Se trata de una presunción legal «**iuris tantum**»: en caso de litigio, corresponde al copropietario probar la desigualdad de las partes. En materia inmobiliaria, la convención en Suiza previendo una reglamentación particular de las cuotas-partes está sometida a la forma auténtica (art. 657.1 CCS). Bajo reserva de convención unánime contraria, las cuotas-partes en Suiza no podrán ser ya modificadas (11).
- d) El copropietario puede enajenar u obligar su parte, al igual que sus acreedores la pueden embargar (art. 399 CCE y art. 646.3 CCS). La «**parte**» a la que se refieren los dos Códigos es una porción de la cosa determinada por la cuota-parte y representa el conjunto de los derechos y de los deberes que pertenecen a cada copropietario. No se debe confundir, pues, la parte de la copropiedad que puede ser objeto de derechos y la cuota-parte que permite expresar la proporción de esta parte (12). Según WIELAND (13), el Código Civil suizo emplea la expresión de «**parte**» en un doble sentido. En primer lugar, este término designa el conjunto de los derechos del copro-

(10) El Código Civil suizo exige este elemento de forma específica cuando el artículo 646, párrafo primero, dispone que «**la propiedad de una cosa que no está materialmente dividida...**»

(11) Vid. HAAB, *ob. cit.*, págs. 137-138.

(12) Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2º, Madrid, 1985, pág. 425; Vid. también la Sentencia del Tribunal Federal suizo (de ahora en adelante, ATF) 116/1990 II 55/59=JdT 1992 I 71/74.

(13) Vid. WIELAND, *Les droits réels dans le Code Civil suisse* (traduit et mis au courant par HENRI BOVAY). París, 1913, t. I, pág. 78.

pietario. En esta acepción, la parte es el objeto material de los derechos (art. 646.3 «*in fine*» CCS). El otro sentido del término, según este mismo autor, es la medida en la cual cada copropietario es titular de derechos en relación a los otros. Es en este sentido que se debe, según WIELAND, entender el artículo 646.3 «*in initio*» del Código Civil suizo. Este autor parece cometer un error de terminología utilizando la misma expresión para designar dos realidades distintas como él mismo reconoce; error no comprensible, por otra parte, cuando el propio legislador suizo las denominó de modo diferente. El derecho del copropietario recae sobre la cosa y su parte está determinada cuantitativamente por la cuota-parte, y no materialmente (14).

- e) Ni el Código Civil suizo ni el Código Civil español prevén formas específicas de constitución de la copropiedad. Unas veces, la copropiedad tendrá su origen en un pacto *inter partes*, como cuando dos personas se ponen de acuerdo para comprar una propiedad a título indiviso para las dos; otras veces, resulta de un acontecimiento del cual la Ley hace depender su nacimiento.

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico de la copropiedad está regulado en el Código Civil español en los artículos 392 a 406. El artículo 396 corresponde al primer artículo de la Ley, de 21 de julio de 1960, sobre la propiedad horizontal (15). El Código Civil suizo conoce actualmente dos tipos de copropiedad, la copropiedad ordinaria (arts. 646 a 651 CCS) y, desde el 1 de enero de 1965, la propiedad por pisos cuyo régimen jurídico está recogido también en el Código Civil en los artículos 712.a) a 712.t).

2.2.1. *Derechos de los copropietarios en relación con la cosa en copropiedad*

Cada copropietario dispone de las facultades siguientes:

(14) PIOTET precisa que, en francés, la palabra «**parte**» es la fracción expresando la importancia de los derechos y cargas de uno de los copropietarios en relación al conjunto de los copropietarios. Pero no se entiende la razón por la que este autor utiliza el término de «**parte**» teniendo en cuenta que la versión francesa del Código Civil suizo distingue entre cuota-parte y parte de copropiedad. Vid PIOTET, *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne, 1991. pág. 56.

(15) Esta forma especial de propiedad por pisos no será estudiada de manera específica en el presente trabajo.

a) Derechos relativos al uso de la cosa

En la copropiedad, cada participante es dueño, proporcionalmente a su cuota-parte, de la cosa en copropiedad. Razón por la que los textos de ambos Códigos reconocen al copropietario la facultad de utilizar la cosa común (16).

En principio, cada copropietario puede utilizar libremente la cosa en copropiedad (17). Sin embargo, si el uso colectivo de la cosa no es posible o si es incómodo, será preciso regular el uso en función de las cuotas-partes. El Código Civil español y el Código Civil suizo dan una solución a este problema a través de la elaboración de un acuerdo relativo al uso de la cosa en copropiedad. La Ley Civil española exige para llegar a una decisión en la materia el acuerdo de la mayoría de las partes de copropiedad (art. 398.2 CCE). El Código Civil suizo, por su parte, reconoce también la posibilidad para los copropietarios de pactar un reglamento de uso (en francés: *utilización*) y de administración que derogue a las disposiciones legales previstas. Este reglamento puede ser mencionado en el Registro de la Propiedad (art. 647.1 CCS). Según la jurisprudencia suiza, el reglamento de uso y de administración de los copropietarios no puede ser mencionado en el Registro de la Propiedad más que si ha sido aprobado por todos los copropietarios, aunque el reglamento anterior previese que podía ser modificado por una decisión de la mayoría (18). La misma regla debería aplicarse cuando el reglamento no está inscrito en el Registro de la Propiedad, sólo que en este caso no hay control.

El Código Civil suizo prevé reglas específicas que se aplican a título supletorio para los actos de administración. Por contra, ninguna disposición regula los actos de uso. En consecuencia, si los copropietarios no han adoptado ningún reglamento de uso, será el Juez quien finalmente decidirá (19). El Código Civil español prevé solamente la posibilidad de un

(16) El artículo 648.1 CCS prescribe: «Cada copropietario puede velar por los intereses comunes; disfruta de la cosa y la usa en la medida que sea compatible con el derecho de los otros». Por otra parte, el Código Civil español dispone en su artículo 394: «Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según sus derechos».

(17) PIOTET parte de la regla contraria, según la cual el ejercicio de la propiedad de cada partícipe sobre una cosa está en principio paralizado por el de las otras propiedades sobre la misma cosa. *Vid. PIOTET, ob. cit.*, pág. 44.

(18) *Vid. ATF 103 Ib 76=JdT 1977 339.*

(19) Para PIOTET, es preciso siempre un acuerdo de todos para la administración, el uso o la disposición de la cosa. Este autor considera el estatuto comunitario como una de las piezas esenciales de la construcción de la propiedad colectiva. Para él, poco importa que el estatuto comunitario sea legal o convencional. *Vid. PIOTET, ob. cit.*, pág. 44.

acuerdo entre los copropietarios, y si «la mayoría, o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrando un administrador» (art. 398.3 CCE). El legislador español ha previsto, pues, un recurso judicial que deja al Juez una amplia libertad de decisión al no estar previsto un procedimiento especial y rápido que resuelva este tipo de casos, que en su mayoría requerirán una actuación urgente. Ante la falta de un sistema propio adecuado a las exigencias de este tipo de procesos, se ha sugerido (20) que un buen sistema podría serlo el arbitraje, al que, desde luego, siempre pueden acudir los comuneros.

El derecho de uso de la cosa en copropiedad está limitado por el interés mismo de la comunidad y por el interés individual de los otros copropietarios. En lo que respecta al primer límite, el Código Civil español es más preciso ya que prescribe que la cosa en copropiedad debe ser utilizada conforme a su destino (art. 394 CCE). El Código Civil suizo no dice nada referente a este tema, pero exige el concurso de todos los copropietarios para los cambios en el destino de la cosa (art. 648.2 CCS). El otro límite al uso de la cosa en copropiedad consiste en que el derecho de cada copropietario de disfrutar de la cosa no debe impedir el derecho análogo de los otros copropietarios (21). Este límite debe ser absolutamente respetado a fin de preservar entre los copropietarios la armonía que es necesaria para esta forma de propiedad.

b) Derechos relativos al disfrute y conservación de la cosa en copropiedad

Para definir la extensión de estos derechos, los dos Códigos utilizan el criterio de la proporcionalidad con las cuotas-partes (art. 393.1 CCE y art. 646.3 CCS).

Los copropietarios tienen los siguientes derechos:

1.º Percibir una parte de los beneficios proporcionalmente a la cuota parte de cada uno.

2.º Obligar a los otros participantes a contribuir, proporcionalmente a su cuota-parte, a los gastos de conservación de la cosa en copropiedad (art. 395 CCE y art. 649.1 CCS); el Código Civil español añade en el mismo artículo que no se puede liberar de esta obligación más que renunciando a la parte de copropiedad.

(20) Vid ALBACAR LÓPEZ Y TORRES LANA, *ob. cit.*, pág. 411.

(21) Vid nota 16, artículos 394 CCE y 648.1 CCS.

La renuncia del artículo 395 del Código Civil español opera solamente en el ámbito de la comunidad, es decir, frente al resto de copropietarios, pero no frente a un tercero, que puede ser acreedor por cualquier título y frente al cual no puede liberarse renunciando (22). Esta renuncia debe ser considerada como un acto unilateral expreso que no necesita del consentimiento de los otros copropietarios. Si se trata de inmuebles, en el sentido del artículo 1.280 del Código Civil español, la renuncia deberá figurar en un documento público. La renuncia tiene, por un lado, un efecto liberatorio con respecto a la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común; y por otro lado, efectos en la organización de la comunidad al producirse la separación del copropietario renunciante y el aumento de la parte de los otros copropietarios a costa de la parte que pertenecía a aquél.

El copropietario suizo puede también renunciar a su parte de copropiedad. En materia inmobiliaria, la renuncia supone un requerimiento escrito de cancelación extintiva dirigido al Encargado del Registro de la Propiedad (art. 666 CCS, arts. 13 y 61 de la Ordenanza sobre el Registro de la Propiedad, de 22 de febrero de 1910). La jurisprudencia suiza considera que la simple renuncia escrita dirigida a los otros copropietarios es insuficiente (23). Para la doctrina suiza actual (24), la parte de copropiedad del renunciante acrece las cuotas-partes de los otros copropietarios proporcionalmente a sus cuotas-partes respectivas. El copropietario que renuncia a su parte no está liberado de las cargas y de las obligaciones que le incumben personalmente. Desde la inscripción de la renuncia en el Registro de la Propiedad, los derechos y las obligaciones «**propter rem**» del renunciante pasan a los otros copropietarios.

c) Derechos relativos a la administración

Cada copropietario tiene la facultad de administrar la cosa en copropiedad con los otros copropietarios. Sobre este punto, el Código Civil español y el Código Civil suizo presentan unas diferencias notables.

El legislador español no ha dictado reglas relativas a la administración de la cosa común, partiendo del principio general que el acuerdo de la

(22) *Vid.* sobre la renuncia del copropietario el trabajo fundamental de ROCA JUAN, «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, págs. 91 y sigs. Así como los trabajos más recientes de: MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 1080 y 1081; ALBACAR LÓPEZ Y TORRES LANA, *ob. cit.*, págs. 287 y 288.

(23) *Vid.* ATF 69/1943 II 223=JdT 1944 I 180.

(24) *Vid.* HAAB, *ob. cit.*, págs. 131-132; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 498; LIVER, *ob. cit.*, pág. 63; PIOTET, *ob. cit.*, pág. 74.

mayoría de las partes en copropiedad tiene fuerza obligatoria y que, por tanto, el acuerdo será ejecutado por todos los copropietarios (art. 398 CCE). Los acuerdos entre copropietarios no están sometidos a ninguna forma, pero no son eficaces más que si son conocidos por todos ellos (25). Cada copropietario, según el Código Civil español, podrá recurrir al Juez cuando el acuerdo sea gravemente perjudicial a sus intereses, cuando no haya acuerdo (por ejemplo, en caso de empate en la votación) o cuando la comunidad no se pronuncie sobre una petición de medidas de administración solicitada por uno de los copropietarios. Se trata de saber entonces qué actos pueden ser incluidos en el concepto de administración en el sentido del artículo 398 del Código Civil español. En defecto de una noción general y precisa de actos de administración en el Código, la doctrina mayoritaria ha definido como actos de administración los que regulan el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia. Tales actos son los relativos al aprovechamiento y conservación de la cosa (26). No obstante, en último caso, los Tribunales serán quienes decidan si se trata o no de actos de administración. Es muy importante que el copropietario sepa que se encuentra en presencia de un acto de administración porque, si se trata de una alteración, el consentimiento de los otros copropietarios es necesario.

Por contra, el Código Civil suizo incluye reglas sobre la administración de la cosa en copropiedad. Distingue, en efecto, entre los actos de administración ordinaria, que pueden ser realizados por cualquier copropietario (27), y los actos de administración más importantes, que necesitan una decisión tomada por la mayoría de todos los copropietarios, representando sus partes reunidas más de la mitad de la cosa (28). Por otra parte, el Código Civil suizo incluye unas disposiciones especiales para los trabajos de construcción sobre la cosa en copropiedad. Distingue entre las obras necesarias (art. 647.c) CCS) que exigen el acuerdo de la mayoría de los

(25) Vid. MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentarios....*, ob. cit., pág. 406.

(26) Vid. especialmente AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1974; DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., pág. 471.

(27) El artículo 647.1 del Código Civil suizo establece una lista no exhaustiva de actos que son considerados como actos de administración corriente, tales como las reparaciones de mantenimiento, los trabajos de cultivo y de recogida, la guarda y vigilancia de corta duración, así como la conclusión de contratos a este efecto y el ejercicio de las atribuciones derivadas de estos contratos, de arrendamientos urbanos y rústicos o de contratos de obra comprende el poder de pagar y cobrar sumas de dinero por el conjunto de los copropietarios.

(28) El artículo 647.b), párrafo primero, del Código Civil suizo considera como actos de administración más importantes especialmente los cambios de cultivo o de utilización, la extinción o la resolución de arrendamientos urbanos o rústicos, la participación en las mejoras del suelo y la designación de un administrador cuyas atribuciones no estarán limitadas a los actos de administración corriente.

copropietarios (29), las obras útiles que requieren el acuerdo de la mayoría de todos los copropietarios, representando sus partes reunidas más de la mitad de la cosa (art. 647.d) CCS), y finalmente las obras destinadas exclusivamente a embellecer la cosa, a mejorar su aspecto o a volver su uso más fácil y que no pueden ser ejecutados más que con el consentimiento de todos los copropietarios (art. 647.e) CCS). Teniendo en cuenta que los artículos 647.a) a 647.e) del Código Civil suizo tienen un carácter dispositivo, es posible derogarlos convencionalmente.

d) Derechos relativos a la defensa ante los Tribunales y a la reivindicación de la cosa en copropiedad

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, no importa qué copropietario pueda comparecer ante los Tribunales sobre los asuntos que conciernen a los derechos de la comunidad, sea para obtener la ejecución de un acuerdo previo, sea para obtener del Juez que ordene unas medidas determinadas (30). La sentencia a favor de un copropietario beneficiará también a los otros copropietarios, pero la sentencia desfavorable no les reportará ningún perjuicio.

El artículo 648, párrafo primero, del Código Civil suizo dispone que cada «**copropietario puede velar por los intereses comunes...**» Esta frase no está relacionada ni con el uso ni con el disfrute de la cosa en copropiedad. Parece referirse a la conservación de la posesión y de la integridad material y jurídica de la cosa respecto a terceros. Para WIELAND, cada copropietario puede hacer valer sus derechos frente a terceros. Pero la sentencia a favor o en contra del copropietario demandante no tiene efectos más que respecto a él, y no respecto a los otros copropietarios, que no han estado en este caso representados por el demandante (31). En nuestros días, esta posición ha sido abandonada. Para MEIER-HAYOZ (32), la cosa más simple es dar a cada copropietario un derecho de actuar ante los Tribunales, salvo en lo que concierne a la facultad de pedir daños e intereses.

La jurisprudencia suiza, por otra parte, estima que cada uno de los

(29) El artículo 647.c) del Código Civil suizo considera como trabajos de construcción necesarios los trabajos de conservación y de reparación que exigen el mantenimiento del valor y de la utilidad de la cosa, salvo que se trate de actos de administración corriente que ninguno de ellos puede hacer.

(30) Entre otras, se pueden citar la STS de 7 de febrero de 1981, STS de 3 de julio de 1981, STS de 3 de febrero de 1983 y STS de 21 de noviembre de 1987.

(31) Vid. WIELAND, *ob. cit.*, pág. 92.

(32) Vid. MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 563.

copropietarios del objeto perturbado puede intentar la acción negatoria, incluso si los otros copropietarios consienten en la perturbación (33).

e) Derechos relativos a la alteración de la cosa en copropiedad

El Código Civil español dispone que ninguno «**de los copropietarios podrá, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos**» (art. 397 CCE). La jurisprudencia del Tribunal Supremo español (34) estima que la unanimidad es necesaria cuando las alteraciones afectan a la sustancia de la cosa; pero si se trata de simples alteraciones que mejoran el disfrute de la cosa en copropiedad, el acuerdo de la mayoría será suficiente, según el artículo 398 ya citado.

En el Código Civil suizo, las alteraciones (en francés: modificaciones) son tratadas no solamente como trabajos de construcción sobre la cosa en copropiedad, trabajos cuyo régimen jurídico ha sido examinado en los actos de administración, sino también como cambios en el destino de la cosa (art. 648.2 CCS). Recordemos que el Código Civil suizo toma en consideración la necesidad, la utilidad, el embellecimiento o la comodidad de la cosa en copropiedad para determinar si la mayoría o la unanimidad de todos los copropietarios es necesaria.

f) Derechos relativos a la división de la cosa

Todo copropietario tiene el derecho de exigir la división de la cosa en copropiedad (art. 400.1 CCE y art. 650.1 CCS). Esta materia se estudiará cuando aborde las diferentes formas de dividir la cosa en copropiedad.

2.2.2. Derechos de los copropietarios respecto a su cuota-parte

Estos derechos se caracterizan por el principio de la autonomía de cada copropietario. Cada uno de ellos tiene los derechos del propietario en razón de su parte, que él puede enajenar u obligar y que sus acreedores pueden embargar (art. 399 CCE y art. 646.3 CCS). El Código Civil español esta-

(33) *Vid.* ATF 95/1969 II 397=JdT 1971 I 244.

(34) Entre otras, se pueden citar la STS de 25 de junio de 1945, STS de 25 de septiembre de 1968, STS de 24 de enero de 1976, STS de 14 de marzo de 1978, STS de 7 de junio de 1982 y STS de 18 de junio de 1986.

blece unos límites al derecho de libre disposición del copropietario sobre su parte:

- a) El efecto de la enajenación o de la hipoteca en relación con los otros copropietarios está limitado a la parte que él recibe después de dividir la cosa en copropiedad (art. 399 CCE).
- b) El copropietario no puede imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso sin el consentimiento de todos los copropietarios; pero la concesión hecha por uno de ellos, separadamente de los otros, obliga al concedente y a sus sucesores, incluso a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido (art. 597 CCE).
- c) Si la parte es enajenada a un tercero, los otros copropietarios pueden ejercer un derecho de retracto (art. 1.522 CCE y art. 628.1 CCS).

En los dos Códigos Civiles, el derecho de retracto reconocido a los copropietarios es un derecho legal. Pero el Código Civil suizo reconoce solamente el derecho de retracto a los copropietarios de inmuebles, mientras que el Código Civil español habla del derecho de retracto sobre la cosa en copropiedad. El derecho de retracto en materia de copropiedad no puede ser ejercido más que contra un tercero adquirente. Si es un copropietario quien adquiere la parte, los otros copropietarios no están en disposición de hacer valer sus derechos de retracto (35). El segundo párrafo del artículo 1.522 del Código Civil español prevé además que cuando dos o más copropietarios quieren ejercer el derecho de retracto, deberán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

El artículo 969, párrafo primero, del Código Civil suizo refuerza el deber del encargado del Registro de la Propiedad de avisar al titular del derecho de retracto después de la inscripción cuando un inmueble objeto de un derecho de retracto anotado haya sido adquirido por un tercero sin que el titular de dicho derecho haya tenido conocimiento. Este mismo funcionario tiene la misma obligación cuando el derecho de retracto existe en virtud del artículo 682 del Código Civil suizo, donde se reconoce específicamente que los copropietarios tienen un derecho de retracto contra todo adquirente de una parte que no es copropietario. Por su parte, el Código Civil español establece la obligación de ejercer el derecho de retracto en los nueve días a contar a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad

(35) Vid. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 649; REBOLLEDO VARELA, *Comentario al artículo 1.522*, en *Comentario al Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pág. 1009, STEINAUER, «La nouvelle réglementation du droit de préemption», *Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier*, 1992, núm. 73, pág. 10.

y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (art. 1.524.1 CCE).

2.2.3. Extinción de la copropiedad

a) Causas de extinción

Además de la división de la cosa común que será estudiada especialmente en el punto *b)* en razón de su importancia, estas causas son las siguientes:

1.^a La pérdida del derecho de propiedad puede resultar de la renuncia de todos los copropietarios, de la prescripción adquisitiva y de la destrucción de la cosa objeto de copropiedad.

2.^a La consolidación o reunión de las cuotas-partes en un solo propietario. Esta causa de extinción puede producirse después de la venta de las cuotas-partes a uno de los copropietarios o a un tercero cuando una persona hereda las cuotas-partes o en caso de ejercicio del derecho de retracto.

3.^a La exclusión de un copropietario. Esta forma de extinción por uno de los copropietarios no está prevista más que por el Código Civil suizo [art. 649.b)]. El legislador suizo de 1965 consideró necesario poder excluir de la comunidad el copropietario que por su insociabilidad, su comportamiento ofensivo o mala fe hace imposible una coexistencia pacífica entre los copropietarios (36). Se trata de una medida para favorecer que las copropiedades sean duraderas y para salvaguardar la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad (37).

Las condiciones y el procedimiento de exclusión son definidos de forma precisa por el artículo 649.b) del Código Civil suizo. Las normas fijando las condiciones de exclusión son de Derecho imperativo. En cambio, la doctrina suiza dominante estima que los copropietarios pueden, en una cierta medida, hacer el procedimiento de exclusión más difícil o más fácil (38).

Las condiciones de exclusión son las siguientes:

— que el copropietario o las personas a las cuales ha cedido el uso de la cosa infrinja las obligaciones derivadas de la copropiedad;

(36) Vid. *Feuille Fédérale* 1962, vol. II, pág. 1490.

(37) Vid. especialmente STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 319, y también ATF 94/1968 II 17/1 sv=JdT 1969 I 363/367.

(38) Vid. MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 589; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 319.

- que la violación de una obligación derivada de la copropiedad presente una gravedad particular.

La decisión de excluir a un copropietario no debe tomarse más que como última «*ratio*» cuando todas las medidas posibles y razonablemente concebibles para poner fin a las perturbaciones han quedado sin efecto (39). Infringe gravemente sus obligaciones hacia los otros copropietarios el que, por las manifestaciones de su temperamento violento y su actitud negativa en el uso de la cosa en copropiedad, atente a los derechos personales de los otros copropietarios y de sus allegados y se haga de este modo insoportable el mantenimiento de la comunidad (40).

La exclusión de un copropietario no puede ser pronunciada más que por el Juez al término de un proceso ordinario [art. 649.b).1 y 3 CCS]. El párrafo segundo del artículo 649.b) exige que la iniciativa para la acción de exclusión sea tomada, salvo convención en contrario, por la mayoría de todos los copropietarios y no solamente de los copropietarios presentes o representados en la asamblea. Las abstenciones son asimiladas a los votos negativos (41). No es necesario obtener la autorización de la comunidad cuando ésta no comprende más que dos copropietarios o cuando, por convención, todo copropietario puede dirigirse directamente al Juez [art. 649.b).2 CCS].

La sentencia tiene por efecto obligar al copropietario excluido a enajenar su parte; en defecto de ejecución en el plazo fijado, el Juez ordena la venta en las subastas públicas de su parte [art. 449.b).3 CCS].

b) La división de la cosa en copropiedad

1.º ¿Cuándo puede ser exigida la división?

Los dos Códigos reconocen el principio que cada uno de los copropietarios puede pedir en cualquier momento la división de la cosa en copropiedad.

2.º Las limitaciones al derecho de pedir la división.

La facultad de pedir la división está limitada por los motivos siguientes:

1. La existencia de una convención excluyendo la división. El plazo de validez de esta convención varía de un Código al otro. El Código español prevé un período que no puede sobrepasar los diez años; este plazo puede

(39) *Vid.* ATF 113/1987 15=JdT 1987 332.

(40) *Vid.* ATF 94/1968 17=JdT 1969 363.

(41) *Vid.* ATF 113/1987 II 15/21=JdT 1987 I 332/333.

ser prolongado por una nueva convención (art. 400.2 CCE) (42). Sin embargo, el Código Civil suizo dispone que la división puede ser excluida por convención por un período de treinta años (art. 650.2 CCS). Al finalizar este plazo, nada impide a los copropietarios de prever un nuevo período de exclusión.

El Código Civil español no regula la cuestión de la eficacia de la convención respecto de los terceros adquirentes de una parte de una copropiedad. En cambio, el Código Civil suizo prevé que cuando la división concierna a inmuebles, la convención para ser válida debe realizarse en la forma auténtica y puede ser anotada en el Registro de la Propiedad (art. 650.2 CCS). Cuando esta convención es anotada en el Registro de la Propiedad, el adquirente de una parte está igualmente vinculado a la misma. Tal anotación puede así tener un efecto modificador del derecho real del copropietario. Pero la doctrina suiza admite que incluso durante el período de exclusión la disolución puede ser pedida por justos motivos por una aplicación analógica del artículo 343, número 5, del Código Civil suizo y del artículo 545, número 7, del Código de las obligaciones (43).

2. Otro límite puede resultar del contrato de donación que ha sido el origen de la copropiedad; el donante puede imponer a los donatarios un plazo durante el cual estos últimos deberán conservar la cosa indivisa.

3. El derecho a la división no existe para la propiedad por pisos (art. 401 CCE y art. 650.1 CCS).

4. En el Código Civil suizo la división no debe ser provocada en tiempo inoportuno (art. 650.3 CCS). En cambio, el Código Civil español permite pedir la división en cualquier momento (art. 400.1 CCE), salvo para el caso de la sociedad civil, donde para que la renuncia surta efecto debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno (art. 1.705.2 CCE). Según la jurisprudencia suiza, el momento de división es inoportuno cuando la puesta en marcha de la disolución entraña una carga excesiva o unos inconvenientes sensibles para los otros copropietarios o para algunos de ellos (44). En definitiva, se trata de una cuestión relevante del poder de apreciación del Juez (art. 4 CCS).

5. El Código Civil suizo añade todavía un límite al derecho de exigir la división. Este límite es impuesto en razón de la afectación de la cosa a

(42) Una parte de la doctrina española considera que esta prórroga debe tener lugar de una vez por todas; *vid* BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 341 y sigs., otros autores admiten, sin embargo, prórrogas sucesivas; este es el caso especialmente de MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 464.

(43) *Vid* HAAB, *ob. cit.*, pág. 153; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, págs. 604 y sigs.; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 326.

(44) *Vid* SJ 1993, págs. 530-531, ATF 98/1972 II 341/345=JdT 1973 I 349; ATF 47/1921 II 55/57=JdT 1921 I 194.

un fin duradero (art. 650.1 CCS). La apreciación del carácter duradero de la afectación depende no de la duración durante la cual los copropietarios han estado vinculados, sino del fin perseguido con la constitución de la copropiedad. La afectación a un fin duradero no impide evidentemente que los copropietarios decidan la disolución de común acuerdo (45).

c) Formas de dividir la cosa en copropiedad

1.º En caso de acuerdo de los copropietarios (art. 400.1 CCE y art. 651.1 CCS). Para que la división despliegue sus efectos, la convención, si se trata de inmuebles, debe ser realizada en la forma auténtica.

2.º En el artículo 402, párrafo primero, del Código Civil español se dispone que la división puede ser practicada por árbitros o por amigables componedores. El segundo párrafo de este mismo artículo precisa que los árbitros y los amigables componedores deberán evitar los suplementos en metálico.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 651 del Código Civil suizo dispone **«en el caso de la división “in natura”, la desigualdad de las partes puede ser compensada»**. Para ROSSEL y MENTHA, **«este texto, analizado literalmente, diría un absurdo, ya que hace facultativa la compensación por la desigualdad de las partes»** (46). Sin embargo, para WIELAND, si los copropietarios disponen de cuotas-partes iguales y si los lotes son desiguales después de la división, aunque los lotes no sean respectivamente equivalentes a las cuotas-partes de la copropiedad, tendrá lugar la compensación (47). A este propósito, la jurisprudencia suiza ha precisado que el pago de compensaciones debe encontrarse en una relación razonable con las partes (48).

En este punto, el Código Civil español parte del principio que se deben evitar las compensaciones pecuniarias. Sin embargo, para el Código Civil suizo la compensación es obligatoria y no facultativa. Pero se debe precisar que la persona que realiza la división puede ser diferente en los dos Códigos. Mientras que en el Código Civil suizo es el Juez quien realiza siempre la división cuando no hay acuerdo entre los copropietarios, en el Código Civil español, además del Juez, pueden ser los árbitros y los amigables componedores los competentes para llevarla a cabo. Ello explicaría la recomen-

(45) Vid. ATF 81/1955 II 598/608=JdT 1956 I 539; ATF 77/1951 II 235/239=JdT 1952 I 219

(46) Vid. ROSSEL ET MENTHA, *Manuel du Droit Civil suisse*, Lausanne, 1922, t. II, pág. 27.

(47) Vid. WIELAND, *ob. cit.*, pág. 101.

(48) Vid. ATF 100/1974 II 187/193=JdT 1975 I 379.

dación del Código Civil español de evitar en cuanto sea posible los suplementos en metálico.

3.º La división judicial.

Si los copropietarios no se entienden sobre la forma de dividir, cada uno de ellos puede ejercitar la acción de división (art. 400 CCE y art. 651.2 CCS).

En el Código Civil suizo, el Juez no puede sin embargo fijar el modo de dividir de forma totalmente libre. Está vinculado primero por las conclusiones de las partes. El artículo 651, párrafo segundo, del Código Civil suizo determina exhaustivamente (49) las posibilidades del Juez: éste ordena la división «*in natura*» o la venta en subasta pública (50). El Juez suizo es libre de elegir entre estas dos soluciones (51); averiguará si la cosa es divisible sin disminución notable de su valor y tomará su decisión en función de la situación especial, de las circunstancias personales, de las necesidades y de las aspiraciones de los copropietarios, como lo prescribe el artículo 4 del Código Civil suizo. La división «*in natura*» no puede ser ordenada más que si la cosa puede ser dividida sin disminución notable de su valor (art. 651.2 CCS). Las subastas pueden ser públicas o limitadas a los copropietarios (art. 651.2 CCS). Pero si uno de los copropietarios está bajo tutela, las subastas deben ser públicas (art. 404.2 CCS) (52).

El Código Civil español no establece la forma de dividir que el Juez debe seguir. Su artículo 406 prevé que las reglas relativas a la división de la herencia (arts. 1.051 a 1.081 CCE) son aplicables a la división entre los copropietarios. A propósito del reenvío del artículo 406, el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de febrero de 1964 ha declarado el carácter supletorio y complementario de las disposiciones de la comunidad hereditaria en relación a los artículos 400 a 406 sobre la división de la cosa común. El Código Civil español dispone que los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso (art. 403 CCE). No pueden ser perjudicados por la división y conservan, a pesar de ésta, los derechos de hipoteca, de servidumbre u otros derechos reales que les pertenecieran, e igualmente los derechos personales que tenían contra la comunidad (art. 405 CCE).

(49) Vid. ATF 72/1946 IIJd 160/162=JdT 1946 I 426/427.

(50) En Derecho suizo se prevé, contrariamente al Derecho español, una forma especial de división regulada por el artículo 205.2.

(51) Vid. ATF 100/1974 187=JdT 1975 379

(52) Vid. ATF 80/1954 II 369/377=JdT 1955 I 489/496.

3. PROPIEDAD COMUN

3.1. INDICACIONES GENERALES

En Derecho romano, cuando varias personas querían ser al mismo tiempo propietarias de la misma cosa, podían o bien convertirse en copropietarias o bien constituir una entidad colectiva.

Los juristas creyeron durante largo tiempo que no podían existir en materia de propiedad otros principios que los del Derecho romano y se esforzaron en someterlos a todos los casos de propiedad colectiva propios del Derecho alemán. Poco a poco, descubrirán sin embargo en las instituciones alemanas nuevas particularidades, y es así como se elaborará desde finales del siglo xvii la teoría de la «*Gesamteigentum*» o «*Miteigentum zu gesamter Hand*» (53). Los términos franceses empleados para designar esta forma germánica de la propiedad plural son: «*propriété commune*» o «*propriété en main commune*». Mientras que para nosotros se trataría de la «*comunidad germánica*» o «*comunidad en mano común*».

La distinción entre la copropiedad de origen romano y la propiedad en mano común de origen germánica ha tenido repercusiones en algunos Códigos Civiles, entre ellos el Código Civil suizo. Por contra, el Código Civil español no ha acogido esta distinción, ya que no trata de forma orgánica más que la copropiedad por cuotas-partes ideales.

Para los autores de Derecho Civil español, es frecuente confrontar, en el estudio de la propiedad de varios sobre una cosa, el Derecho romano al Derecho germánico. Pero lo que la doctrina española propone como «*comunidad germánica*» es una abstracción, un modelo teórico, y no una institución efectiva operando en un tiempo y un lugar determinados (54). Sin embargo, en la doctrina española hay autores que han aplicado la propiedad en mano común a algunas instituciones de Derecho español. Según estos mismos autores (55), los ejemplos más claros de propiedad en mano común en el Derecho español son la comunidad de herederos, la comunidad matrimonial de bienes, la comunidad de pastos y leñas y algunos casos particulares de Derecho Foral. Conviene precisar que incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado español, a través de sus Resoluciones, sobre todo la de 8 de julio de 1933 y la más reciente de 2 de febrero

(53) Vid. sobre el origen de la teoría de la «*Gesamte Hand*». COURVOISIER, *La propriété en main commune*, thèse, Neuchâtel, 1904, págs. 13 y sigs.; GUIBAN, *La notion de Gesamte Hand*, thèse, Lausanne, 1905, págs. 45 y sigs.; RICOL, *La copropriété en main commune*, thèse, Toulouse, 1907, págs. 57 y sigs.

(54) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 497; MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 14; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 904-905.

(55) Vid. especialmente DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, págs. 497 y sigs.

de 1983, ha intentado no solamente adaptar las comunidades precitadas al modelo de la propiedad en mano común, sino que ha establecido igualmente los criterios de diferenciación entre la copropiedad y la propiedad común.

Frente a esta posición, ciertos autores se oponen a la aplicación de la «**Gesamte Hand**» al Derecho español. Tal es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA, que después de haber analizado los diferentes supuestos llega a la conclusión siguiente: «**Los intentos de acercamiento con la comunidad germánica son, en nuestra legislación, forzados en la mayoría de los casos. Suponen un afán de introducir, en nuestro sistema legislativo, unos moldes alemanes perfectamente elaborados si se quiere, pero que responden, en cuanto a espíritu informador, a unos principios totalmente opuestos con los del Derecho español**» (56). Aunque más matizada, la proposición de MIGUEL GONZÁLEZ (57) es igualmente restrictiva. Para este autor no hay, en el Derecho Civil español, ninguna base positiva para asimilar la comunidad de los herederos y la sociedad de gananciales a una comunidad germánica. En cambio, para él, esta asimilación es más clara en lo que respecta a las comunidades de pastos y leñas.

El Código Civil español, contrariamente al Código Civil suizo (arts. 652 a 654 CCS), no incluye ninguna disposición destinada a regular la propiedad común.

La propiedad común es definida por la doctrina suiza (58) como la forma de propiedad colectiva que supone la existencia entre los propietarios de un vínculo personal anterior y en la cual los propietarios no pueden en principio ejercer sus derechos más que en el sentido y por intermedio de esta comunidad. En la copropiedad, cada miembro ejerce su derecho de manera más bien individual, a través de la parte ideal de la que cada copropietario puede disponer libremente. En cambio, el derecho de propiedad de los comuneros se ejerce colectivamente, según el principio de mano común y, además, aquéllos no podrán disponer libremente de su derecho.

Mientras que la copropiedad deriva directamente del hecho que tiene su origen, sea la ley o el contrato, la propiedad común, por el contrario, es una formación secundaria; es la consecuencia de alguna cosa que existe ya (59). En la duda, se presume la copropiedad, que no supone la existencia de vínculos anteriores entre los propietarios colectivos (60).

El sujeto de la propiedad común debe ser una colectividad de personas

(56) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, pág. 111.

(57) Vid. MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.

(58) Vid. MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 621; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 375.

(59) Vid. TUOR/SCHNYDER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10 ed., Zürich, 1986, pág. 622.

(60) Vid. MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 457; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 303, y ver también en este sentido ATF 94/1968 II 96/99=JdT 1969 I 533/536.

(art. 652 CCS). El sujeto de derechos y obligaciones que componen el objeto de la propiedad común, aunque aparezca como una entidad jurídica, no es, sin embargo, de ningún modo una persona jurídica separada de los miembros que la componen; se trata, por el contrario, de una pluralidad de individuos.

En cuanto al objeto de la propiedad común, pueden destacarse dos opiniones en la doctrina. La primera estima que el objeto de la propiedad común es siempre un patrimonio y no unos objetos aislados (61). La segunda opinión considera que el objeto de la propiedad común no es un patrimonio como tal, sino cada una de las cosas que forman parte tomadas individualmente (62). Pero en todo caso, el patrimonio sometido a la propiedad común constituye una masa de bienes separada de los que pertenecen a cada comunero en propiedad.

Para que una propiedad común pueda ser constituida, es preciso, por una parte, que preexista una de las comunidades limitativamente enumeradas por la ley, y, por otra parte, que esta comunidad tenga unos bienes comunes en virtud de la ley o de un contrato. Los artículos 652 a 654 del Código Civil suizo no precisan qué comunidades tienen por consecuencia una propiedad común; se debe acudir a las reglas (legales o jurisprudenciales) de cada comunidad para determinarlas. Hay un «*numerus clausus*» de las comunidades que fundan una propiedad común (63).

Se trata de:

- a) la comunidad matrimonial de bienes, bajo sus diversas formas (arts. 221 a 246 CCS);
- b) la indivisión familiar (arts. 336 a 348 CCS);
- c) la comunidad hereditaria (arts. 602 a 640 CCS);
- d) la sociedad simple (arts. 530 a 551 COS);
- e) la sociedad en nombre colectivo (arts. 552 a 593 COS);
- f) la sociedad en comandita (64) (arts. 594 a 619 COS);
- g) las comunidades previstas por el derecho público cantonal (65).

A excepción de la comunidad hereditaria, todas las comunidades enu-

(61) Vid. LIVER, *ob. cit.*, pág. 111, ROSSEL ET MENTHA, *ob. cit.*, pág. 317; GHUL ET KUMMER, *Fiches Juridiques*, núm. 678, Genève, 1942, pág. 3; BAECHTOLD, *Le droit de propriété commune*, thèse, Lausanne, 1949, pág. 48. Este último autor habla incluso de interdependencia entre los diversos objetos comunes.

(62) Vid. MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, págs. 626-627; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 376.

(63) Vid. en este sentido ATF 84/1958 I 126/128=JdT 1959 I 36/38.

(64) Para PIOTET, la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita no son comunidades, sino que, en su opinión, son personas jurídicas. Vid. PIOTET, *ob. cit.*, págs. 26 y 27.

(65) Vid. HAAB, *ob. cit.*, pág. 157; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, págs. 633-634.

meradas aquí arriba son instituidas por contrato. Cuando dicho contrato es celebrado, un régimen de propiedad común se aplica, en virtud de las disposiciones imperativas de la ley, a las cosas que constituyen los bienes de la comunidad.

Dos principios generales rigen la inscripción de la propiedad común en el Registro de la Propiedad (66). En virtud del primero, la inscripción de partes de comunidades está prohibida; el Registrador no debe diferenciar las cuotas-partes, puesto que ninguno de los miembros de la comunidad es propietario de una fracción ideal de los bienes comunes; por el contrario, el derecho de cada uno se extiende a la cosa entera. El segundo principio exige la mención de la relación sobre la cual la comunidad se funda: el Registrador debe examinar de oficio si la propiedad común cuya inscripción es solicitada reposa sobre una de las comunidades legales o contractuales previstas por la ley (67); no se satisface a esta obligación por la simple indicación de una «**comunidad contractual**» (68).

El tenor de la inscripción en el Registro de la Propiedad varía en función del tipo de comunidad considerada. Para las comunidades matrimoniales de bienes, las indivisiones y las sociedades simples, se inscribe en la columna propiedad el nombre de todos los comuneros (art. 33.3 de la Ordenanza del Registro de la Propiedad). Según la letra de la Ordenanza, se debería proceder de esta manera igualmente para las comunidades hereditarias; sin embargo, en la práctica, se ha admitido que cuando hay un gran número de herederos o que no son conocidos todos el Funcionario puede escribir en el lugar de todos los herederos una expresión como «**Herencia de X**» (69). En el caso de las sociedades en nombre colectivo o en comandita, es preciso inscribir la razón social, la sede y el tipo de sociedad (art. 31.4 de la Ordenanza del Registro de la Propiedad).

Una modificación del estado de los comuneros a consecuencia de la entrada en la comunidad o de la salida de ésta entraña una disminución o un aumento de los derechos de los otros (70). Del mismo modo, no hay cambio de propiedad cuando una comunidad, manteniendo su régimen

(66) Vid. HAAB, *ob. cit.*, pág. 168; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, págs. 635 y sigs., GROSSEN, «Propriété commune et Registre foncier», *Revue Suisse du Notariat y du Register Foncier*, 1959, núm. 40, pág. 6.

(67) Vid. ATF 84 I 126=JdT 1959 I 36 y art. 33.3 de la Ordenanza sobre el Registro de la Propiedad.

(68) Vid. Avis de l'Office Fédérale du Registre Foncier, del 30 de mayo de 1952, *Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier*, 1954, núm. 35, pág. 108.

(69) Vid. HAAB, *ob. cit.*, pág. 168; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, págs. 635 y sigs.

(70) Cuando los comuneros son propietarios de un inmueble, la adaptación de la inscripción al Registro de la Propiedad no tiene más que un carácter declaratorio. Vid. HAAB, *ob. cit.*, págs. 177-178; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 642, y también ATF 116/1990 II 174.

de propiedad común, modifica su forma jurídica. No siendo indispensable que todos los participantes en la primera comunidad se encuentren en la segunda (71).

3.2. RÉGIMEN JURÍDICO

3.2.1. *Derechos y deberes de los comuneros*

Estos derechos y deberes no son objeto de reglas generales aplicables al conjunto de las propiedades comunes. Al contrario de lo que se ha hecho para la copropiedad, el Código Civil suizo no ha instituido disposiciones uniformes respecto de la administración, del disfrute y del uso de las cosas sometidas a un régimen de propiedad común. Para estas cuestiones el artículo 653, párrafo primero, del Código Civil suizo reenvía a las reglas de la comunidad legal o convencional que las crea.

En defecto de otra regla, los derechos de los comuneros, en particular el de disponer de la cosa, no pueden ser ejercidos más que en virtud de una decisión unánime (art. 653.2 CCS). El ejercicio del derecho de propiedad, la administración, así como la representación judicial o extrajudicial necesitan, salvo disposición contraria, «una decisión unánime» de todos los comuneros. Sin embargo, si se estudia una por una todas las comunidades, se llega a la conclusión que el campo de aplicación del principio subsidiario del artículo 653, párrafo segundo, del Código Civil suizo no es muy amplio (72).

La propiedad común es una propiedad colectiva sin cuotas-partes (73). Sin embargo, se puede hablar en un cierto sentido de la «**parte de la comunidad**» refiriéndonos al conjunto de todos los derechos y de todas las obligaciones de un miembro de la comunidad, entre las cuales figura una participación en el patrimonio común y en consecuencia en cada una de las cosas en propiedad común. Estos derechos y obligaciones están vinculadas íntimamente a la cualidad de miembro de la comunidad; el comunero no puede, pues, cederlos separadamente. Desde este punto de vista, el estatuto de miembro de una comunidad es decisivo, sobre todo para las comunidades reguladas por el Código de las obligaciones suizo. El estatuto expresa la

(71) *Vid.* GROSSEN, *ob. cit.*, pág. 13.

(72) *Vid.* los artículos 226-227 CCS sobre la comunidad de bienes; los artículos 340-341 CCS sobre la indivisión familiar, el artículo 602.2 y 3 CCS para la comunidad hereditaria; los artículos 535-541 COS sobre la sociedad simple; el art. 557 COS sobre la sociedad en nombre colectivo y el art. 598 COS sobre la sociedad en comandita que reenvía a las reglas de la sociedad simple. Todos estos artículos prevén disposiciones sobre la gestión y la administración de cada comunidad.

(73) *Vid.* WIELAND, *ob. cit.*, pág. 120; MEIER-HAYOZ, *ob. cit.*, pág. 91; STEINAUER, *ob. cit.*, pág. 304; GHUL ET KUMMER, *ob. cit.*, pág. 3; GROSSEN, *ob. cit.*, pág. 4.

relación que existe entre la competencia de los individuos-miembros y la competencia del sujeto colectivo que comprende el conjunto de los miembros en cuanto a la administración y empleo de los bienes comunes, cuya utilización está estrictamente limitada a los actos necesarios para la realización de un fin social (74). Esta noción de estatuto comunitario es sobre todo útil para que las comunidades de una cierta envergadura puedan funcionar normalmente; si cada decisión de la comunidad debiera ser tomada unánimemente por todos los comuneros, ello representaría un grave obstáculo al desarrollo normal de la vida en comunidad. Para las comunidades del derecho de familia esta necesidad de unanimidad es menor, incluso podría ser dificultoso obtener una decisión unánime para todas las cuestiones.

El comunero no dispone de acción de división (art. 653.3 CCS); si deseara obtener una división del bien común, debe primeramente provocar la disolución de la comunidad. El párrafo tercero del artículo 653 del Código Civil suizo dispone la exclusión de la división durante el tiempo que subsiste el vínculo personal que es el origen de la propiedad común. Se debe acudir a las reglas especiales de los diferentes tipos de comunidades para determinar en qué medida este lazo personal puede ser disuelto.

Las modificaciones relativas a la titularidad de la propiedad común no pueden tener lugar más que por la entrada de una persona en la comunidad o por la salida de un miembro. La posibilidad de modificación de la composición de la comunidad deriva del vínculo que une a sus miembros. El sistema es diferente en la comunidad matrimonial respecto al utilizado para la sociedad simple, por ejemplo.

La inexistencia de cuotas-partes en la propiedad común tiene como consecuencia que los acreedores de un comunero no pueden proceder a la ejecución forzosa de sus bienes comunes. Los acreedores deben sin embargo poder beneficiarse del valor económico que representa la cualidad de miembro de la comunidad. Pero para que esto sea posible es preciso liquidar antes la comunidad.

El artículo 143 del Código de las obligaciones suizo no prevé la solidaridad entre los deudores más que si ha sido convenida o en el caso que sea mencionada por la ley. Una vez más, es preciso acudir a las reglas de cada comunidad para ver que en numerosos supuestos la ley prescribe la solidaridad del conjunto de los comuneros para las deudas relativas a la cosa en propiedad común (75).

(74) Vid. VOGELSANG, *Essai d'une étude dogmatique de la société simple en Droit suisse*, thèse, Montreaux, 1931, pág. 103.

(75) Vid para la comunidad de bienes entre esposos los artículos 233 y sigs. del CCS que instituyen un sistema especial: para la indivisión, el artículo 342 CCS; para la comunidad hereditaria, el artículo 603 CCS; para la sociedad simple, el artículo 544.3 COS; para la sociedad en nombre colectivo, el artículo 658.1 COS.

3.2.2. Extinción de la propiedad común

Las causas de extinción están previstas en el artículo 654, párrafo primero, del Código Civil suizo. Según esta disposición, la propiedad común se extingue por la enajenación de la cosa común o por la extinción de la comunidad donde tiene su origen.

Para la enajenación de la cosa, no hay diferencia entre la copropiedad y la propiedad común. Todos los comuneros deben dar su consentimiento, salvo regla comunitaria convencional contraria. La enajenación puede ser hecha a un tercero o a uno de los comuneros. En el caso que el adquirente de la cosa común sea uno de los comuneros, la doctrina suiza dominante considera que hay una renuncia de los otros propietarios a sus derechos sobre la cosa (76). Sin embargo, para PIOTET, cada uno de los otros comuneros le cedería su propiedad y habría consolidación en una propiedad única (77). Las causas que ponen fin a la comunidad deben ser examinadas también de forma separada para cada comunidad (78).

Contrariamente al copropietario, el comunero no dispone de una acción de división (79). Para poner fin a la propiedad común, es preciso, en la medida de lo posible, exigir antes la disolución de la comunidad que la funda. Si la comunidad está disuelta, los comuneros constituyen primeramente una comunidad en liquidación que va a durar hasta el fin de la liquidación (80). El modo de división es fijado según el derecho aplicable a cada comunidad (81); subsidiariamente, se puede acudir a las disposiciones de la copropiedad (arts. 654.2 CCS).

Hay unos casos excepcionales donde no se procede a ninguna división. Es lo que se produce cuando ha sido convenido, antes de la disolución, que a pesar de la salida de uno o de varios socios la sociedad continuará, ella

(76) Vid STEINAUER, *ob. cit.* : pág. 378, KUNZ, *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand*, thèse, Zurich, 1963, págs. 127-128.

(77) Vid. PIOTET, *ob. cit.* , pág. 85.

(78) Vid. el artículo 236 CCS para la comunidad de bienes entre esposos; el artículo 343 CCS para la indivisión; el artículo 545 COS para la sociedad simple; el artículo 574 COS para la sociedad en nombre colectivo; las disposiciones que regulan este último tipo de sociedad son aplicables a la disolución de la sociedad en comandita (art. 619.1 COS).

(79) Salvo para la comunidad hereditaria donde cada heredero tiene el derecho de pedir en cualquier momento la partición de la herencia, a menos que convencional o legalmente esté obligado a demorar en la partición (art. 604.1 CCS).

(80) Vid GHUL ET KUMMER, *ob. cit.* , pág. 3; STEINAUER, *ob. cit.* , pág. 378.

(81) Vid. para la comunidad matrimonial los artículos 243 y siguientes CCS, para la indivisión, el artículo 346 CCS; el Capítulo II del Título 17 del Libro III del CCS está dedicado al modo de división de la comunidad de herederos; para la sociedad simple, el artículo 550 COS; para la sociedad en nombre colectivo, los artículos 582 y siguientes COS, y estas mismas reglas serán aplicables a la sociedad en comandita.

no se extingue más que respecto de los socios salientes (art. 576 COS). El mismo efecto puede obtenerse por convención, cuando un único socio retome la empresa mientras que los otros socios se retiran del negocio. Es el caso de la sociedad simple y de la sociedad en comandita. En las indivisiones y las comunidades hereditarias, un miembro de la comunidad puede igualmente comprar las partes de los otros comuneros.

Con el estudio del régimen jurídico de la propiedad común queda de manifiesto que es preciso acudir a las disposiciones de cada comunidad para determinar las reglas que les son aplicables. Sería oportuno elaborar una teoría general a partir de las reglas particulares de cada comunidad, en tanto que los artículos 652 a 654 del Código Civil suizo no establecen un modelo de propiedad común eficaz. De este modo con una teoría general elaborada y fundada sobre una regulación que recoge un modelo operativo en un tiempo y lugar concretos, se podría analizar si alguna de nuestras instituciones podrían ser explicadas a través del modelo suizo.

4. EL CASO ESPECIAL DE LA MULTIPROPIEDAD

4.1. INDICACIONES GENERALES

En este trabajo se aborda el tema de la multipropiedad porque una de las posibles explicaciones de su naturaleza jurídica es que se trata de una modalidad de «comunidad pro indiviso». La multipropiedad (82) se carac-

(82) En Derecho español el tema de la multipropiedad que ha surgido en los últimos años ha suscitado una bibliografía nutrida de la que he seleccionado las siguientes obras: HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*, Madrid, 1988; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989; MUNAR BERNAT, *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, Madrid, 1991; ORTEGA MARTÍNEZ, *La multipropiedad vacacional*, Madrid, 1991; MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992; DE PABLO CONTRERAS, «La multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Barcelona, 1993; ROCA GUILLAMÓN, «Consideraciones sobre la llamada multipropiedad», *RDN*, 1982, julio-diciembre, págs. 291 y sigs.; ROMA RIERA, «Multipropiedad», *RDN*, 1987, enero-marzo, págs. 313 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La multipropiedad», *AC*, 1987, págs. 1663 y sigs.; PAU PADRÓN, «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *RCDI*, 1988, págs. 9 y sigs.; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, «La multipropiedad», *RDN*, 1988, enero-marzo, págs. 125 y sigs.; este mismo autor, «La multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de los Conjuntos Inmobiliarios», *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, núm. 2, págs. 69 y sigs.; SEISDEDOS, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», *RCDI*, 1990, págs. 420 y sigs.; DE LEÓN ARCE, «De la multipropiedad al *Time Share*. Propositiones comunitarias y proyectos de Derecho interno español», *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, núm. 5, págs. 139 y sigs.; O'CALLAGHAN, «De nuevo sobre la multipropiedad», *AC*, 1994, págs. 1 y sigs.

teriza por una repartición de la posesión en el tiempo; cada uno de los adquirentes tiene la posesión exclusiva del inmueble, pero solamente durante un lapso de tiempo determinado del año, a lo largo de un período de años o, incluso, durante toda la vida del inmueble.

El fin perseguido con esta fórmula es ofrecer el uso exclusivo de un inmueble, en particular de pisos o de apartamentos de vacaciones, a lo largo de cada año durante un período de tiempo determinado (83). El desarrollo del turismo y el coste elevado de las estancias en hoteles han favorecido esta modalidad.

El hecho, siempre más frecuente, de disponer de un alojamiento para pasar una temporada en la playa, en el campo o en la montaña, admite la aplicación de regulaciones muy diferentes, pero sin embargo todas válidas. Lo importante para el consumidor es saber cuál es la calificación jurídica del sistema que ha elegido y conocer los derechos y los deberes que de dicha opción se derivan.

Si el consumidor es propietario ordinario del apartamento o del chalé, disfrutará de la protección máxima en el supuesto de que celebre el contrato en escritura pública y proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero el consumidor puede igualmente alquilar el apartamento o el chalet durante la duración de su estancia; dada la breve duración de su contrato, no se beneficia generalmente de la protección ofrecida al arrendatario habitual (84). El consumidor puede ser también miembro de una sociedad, de una asociación o de un club que le permita disponer de un chalet o de un apartamento en diferentes lugares del mundo por un período de tiempo determinado cada año: es el «time-sharing». Puede, finalmente, adquirir la (co)propiedad por un período determinado del año: es propiamente la multipropiedad.

Prefiero utilizar el término «time-sharing» para el caso en el que el adquirente es simplemente miembro de una sociedad que es propietaria del inmueble y que concede a sus miembros el derecho de ocupar éste durante un período bien definido del año (85). El término de multipropiedad se reserva para el supuesto en que los diferentes adquirentes que utili-

(83) Vid. LOBSIGER, «Time Sharing von Ferienimmobilien aus schweizerischer Internationalprivatrechtlicher und Zivilprozessualer Sicht», *Aktuelle Juristische Praxis*, 1994, núm. 5, pág. 556.

(84) La reciente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos dedica su regulación fundamentalmente al arrendamiento de vivienda, siendo muy escasa la regulación y la protección dedicada a los arrendamientos de temporada, considerados como de uso distinto del de la vivienda en su artículo 3.

(85) Con el fin de hacer la oferta más atractiva, los promotores organizan también cambios entre los titulares, que pueden de este modo ocupar temporalmente unos alojamientos equivalentes a los suyos en otra estación, en el extranjero, en el mar o en la montaña, conservando todos sus derechos sobre el inmueble.

zan el inmueble durante el año dispongan de un derecho real sobre éste.

En el sistema que califico de «time-sharing», es la sociedad, la asociación o el club quien es propietario del inmueble. Para tener el derecho de ocupar el inmueble, el consumidor debe ser miembro de dicha sociedad, asociación o club. De esta forma el consumidor se hace beneficiario del buen funcionamiento de la persona jurídica. La titularidad de la parte social, que da lugar al derecho a un uso temporal del inmueble, no es inscrita en el Registro de la Propiedad. El adquirente no tendrá pues las garantías de seguridad jurídica que el Registro otorga. Por ejemplo, en caso de quiebra de la sociedad, después de la liquidación de su patrimonio, el consumidor puede perder su derecho de utilización del inmueble. En las construcciones basadas en el Derecho de sociedades, la falta de seguridad representa uno de los escollos más importantes de esta forma jurídica.

La adquisición de la propiedad de un inmueble durante un período determinado del año, también puede recaer sobre los alojamientos de vacaciones. La compra de partes de multipropiedad suele entrar dentro del plan de vacaciones del consumidor (86). Por ello, me parece que la óptica fundamental de la reglamentación de la multipropiedad debe ser la protección de los consumidores adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (87). El adquirente de períodos de disfrute debe ser protegido —como parte más débil— en sus relaciones con el promotor inmobiliario. Ni España (88) ni Suiza han regulado todavía esta nueva modalidad de disfrute del inmueble a tiempo compartido.

(86) Vid LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuadrimensional: un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI*, 1985, pág. 37, FLATTET, «La multipropriété en Suisse», en *Rapports suisses présentés au XIII^{ème} Congrès International de Droit comparé*, Zurich, 1990, pág. 103; HOHLI, *L'immeuble en temps partagé*, Lausanne, 1990, págs. 22 y sigs.

(87) En este trabajo no va a ser analizada la naturaleza jurídica que puede adoptar la modalidad de disfrute de un inmueble a tiempo compartido puesto que ella depende, en definitiva, de una cuestión de política legislativa. Personalmente creo que la mejor forma de asegurar la eficacia del derecho de uso del consumidor frente al promotor y frente a terceros es asimilando la multipropiedad a un derecho real, aunque su naturaleza no lo exija.

(88) El legislador español ha considerado varios Borradores de Anteproyecto, pero ninguno se ha convertido en Ley todavía. El primer Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Multipropiedad es de febrero de 1986 (publicado en AC, 1988, págs. 2434 y sigs.) y fue elaborado en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El segundo Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios es de 20 de octubre de 1989 (publicado por MUNAR BERNAT, *Presente y futuro...*, ob. cit., págs. 301 y sigs. El tercer Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, con fecha de 18 de diciembre de 1991, ha sido elaborado por el Ministerio de Justicia (publicado en AC, 1992-2, págs., 1577 y sigs.). En 1992 el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Secretaría General de Turismo, elaboró un texto de Borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido publicado en AC 1992-2, págs. 1599 y sigs. (vid un breve

La multipropiedad tiene ventajas e inconvenientes (89). Para el consumidor, los principales aspectos positivos son a la vez de orden práctico y financiero. La adquisición de un alojamiento completamente amueblado y equipado a través de la multipropiedad le permite pagar menos que si comprase la plena propiedad del mismo y no soportará, además, las cargas más que por el tiempo de uso. Para el promotor inmobiliario, la división de la propiedad en cortos períodos de uso presenta la ventaja de asegurar una ocupación mucho más densa de los inmuebles en el curso del año. La propiedad inmobiliaria queda de este modo explotada al máximo.

Los inconvenientes de la multipropiedad son los mismos que en todas las comunidades. Un alojamiento en multipropiedad exige una administración que resuelva los problemas de carácter práctico (conservación, mantenimiento, etc.). Los multipropietarios deberán remitirse a su administración para que se tomen las decisiones de gestión del inmueble.

En defecto de una regulación específica en Suiza y España sobre esta nueva modalidad de disfrute de un inmueble a tiempo compartido, me ha parecido interesante analizar la nueva Directiva europea que hay sobre la materia a la que nuestro país se deberá adaptar, antes de finalizar el plazo previsto que a más tardar será treinta meses después de su publicación en el *DOCE*, y que puede servir para orientar al legislador suizo si se decide a regular estas nuevas formas de disfrute de un inmueble.

4.2. DIRECTIVA EUROPEA

4.2.1. *Objetivos y líneas generales*

La Comisión europea, en su plan de acción comunitaria en favor del turismo (90), ha elaborado la Directiva (91) del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determi-

comentario sobre el mismo en O'CALLAGHAN, *ob. cit.*, pág. 17). Una razón probablemente del retraso del legislador español sea encontrar una protección del consumidor en función de la Directiva comunitaria.

(89) *Vid.* HOHLI, *ob. cit.*, págs. 31 y sigs.; SEISDEDOS, *ob. cit.*, págs. 423 y sigs.; LEYVA DE LEYVA, *ob. cit.*, págs. 37 y sigs.; IASIELLO, *Introduzione*, en «La multiproprietà», Padova, 1993, págs. 2 y sigs.

(90) A pesar de que el fenómeno de la multipropiedad ha sido enmarcado dentro de la política comunitaria sobre el turismo, éste incide también sobre otros ámbitos comunitarios: protección y defensa de los consumidores, libertad de establecimiento y prestación de servicios, espacio común europeo, el desarrollo económico de las regiones comunitarias menos favorecidas, protección del medio ambiente, etc.

(91) *DOCE*, número L 280, de 29 de octubre de 1994.

nados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Su objetivo es la creación de una base de normas comunes que permitan garantizar la seguridad jurídica y económica de los adquirentes en un campo en el que éstos se encuentran en situación de inferioridad respecto a las demás partes implicadas. Las instancias comunitarias han considerado que es suficiente con armonizar las normas relativas a los aspectos contractuales de las transacciones.

La Directiva no intenta armonizar a escala comunitaria la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere. La finalidad de dicha normativa es establecer un sistema de garantías y de contenidos mínimos que aseguren una protección apropiada de los adquirentes, independientemente de la fórmula elegida por el promotor inmobiliario (92). El considerando noveno de la Directiva señala que, para establecer una protección eficaz de los adquirentes en este ámbito conviene precisar las obligaciones mínimas que los vendedores deben cumplir con respecto a los adquirentes. A pesar de que la Directiva no entra en la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los mismos, entre los datos mínimos que en el Anexo se considera que deben figurar en el contrato se encuentra **«la naturaleza precisa del derecho objeto del contrato...»** (b). No obstante, cualquiera que sea la naturaleza del derecho, las garantías sobre los aspectos contractuales regulados serán las mismas para el adquirente.

La Directiva se aplicará a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, pero sus disposiciones se refieren únicamente a los aspectos relativos a:

- la información referente a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información;
- los procedimientos y formas de resolución.

El contrato deberá tener una duración mínima de tres años y durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana. Esta última limitación temporal no figuraba en la propuesta (93) de Directiva donde tan sólo se hacía alusión a que fuera un período del año que podría determinarse.

(92) En este sentido, el artículo 2 precisa que, a efectos de la Directiva, se entenderá por «Contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido: todo contrato o grupo de contratos celebrado para un período mínimo de tres años, por el que mediante el pago de un determinado precio global se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana».

(93) DOCE, núm. C 299, de 7 de octubre de 1993, págs. 8 y sigs

Uno de los momentos más delicados para el adquirente va a ser la firma del contrato. Por ello se hace preciso adoptar medidas que garanticen que su consentimiento sea libre, reflexivo y veraz. Las técnicas empleadas por los profesionales de venta de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido son a menudo «agresivas». Llegándose al extremo en ocasiones de que vendedores profesionales poco escrupulosos presionan de un modo desleal sobre posibles clientes para obligarles a aceptar su oferta. Para evitar todas estas situaciones, la Unión Europea ha querido regular algunos aspectos de este tipo de contratos.

Con el fin de paliar la rapidez con la cual el adquirente se puede obligar, la norma comunitaria le concede un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes, o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, durante el cual puede resolverse el contrato. La finalidad del plazo de revocación es ofrecer también al adquirente tiempo suficiente para poder apreciar mejor las obligaciones derivadas del contrato concluido y los derechos correspondientes, de forma que emita un consentimiento reflexivo. La Directiva prevé además que el vendedor facilite un documento informativo a cualquier persona que solicite información sobre el bien inmueble, con el fin de que su consentimiento sea lo más veraz posible. Las informaciones contenidas en este documento complementario deben formar parte del contrato (art. 3). Con estas disposiciones se trata, en definitiva, de proteger la libertad de decisión negocial del adquirente.

La duración del plazo ha variado sensiblemente respecto a la establecida en la Propuesta de Directiva. En esta última la duración del plazo era de al menos veintiocho días naturales a contar desde el momento de la firma del contrato o, en caso de celebración de un contrato preliminar pero jurídicamente vinculante, a partir de la firma de este último (art. 7). La Directiva ha reducido el plazo de reflexión a diez días naturales. Teniendo en cuenta que el bien inmueble está situado en muchos casos, en otro Estado y sometido a una legislación diferente de la del adquirente parece que dicha reducción supone una disminución del nivel de protección de este último con respecto a la Propuesta de Directiva. Una posible solución hubiera podido ser diferenciar entre el adquirente de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido situado en el mismo Estado del que es nacional y un adquirente procedente de otro Estado miembro. De este modo, pudiera haberse reconocido un plazo más amplio a aquel adquirente que firmara un contrato fuera del Estado miembro donde reside habitualmente.

4.2.2. *Contenido mínimo del contrato*

No hay ninguna duda que uno de los instrumentos fundamentales para obtener una protección eficaz del adquirente es la información al tratar de garantizar que su consentimiento sea libre, reflexivo y veraz. Para favorecer una información útil y utilizable, la disposición comunitaria precisa que el contrato debe hacerse obligatoriamente por escrito, debiendo contener al menos los datos que se mencionan en el Anexo (art. 4). En este último figuran precisamente los elementos mínimos que el contrato debe contener para que el adquirente pueda decidirse disponiendo de datos de juicio suficientes. Estos elementos mínimos, tal y como aparecen redactados en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, son los siguientes:

a) Identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario.

b) Naturaleza precisa del derecho objeto del contrato y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse (94).

c) Cuando se determine el bien, descripción precisa del bien y de la situación.

d) Si se trata de un inmueble en construcción:

- 1) fase en que se encuentra la construcción;
- 2) una estimación razonable del plazo para la terminación del inmueble;
- 3) si es un inmueble determinado, número del permiso de construcción y nombre y dirección completos de la autoridad o autoridades competentes en la materia;
- 4) fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono);
- 5) garantías sobre la terminación del inmueble y, en caso de que no se termine, sobre la devolución de cualquier cantidad abonada y, si procede, condiciones en que se ofrecen dichas garantías.

(94) El contenido de este elemento ha sido precisado con mayor detalle que en la Propuesta de Directiva, donde tan sólo se señalaba que se indicará «el tipo preciso del derecho objeto del contrato». El legislador comunitario ha considerado imprescindible conocer la naturaleza exacta del derecho objeto del contrato porque será en función de la misma que el adquirente pueda ejercer su derecho en unas condiciones u otras.

e) Servicios comunes (alumbrado, suministro de gas, mantenimiento, recogida de basura) de los que puede o podrá disfrutar el adquirente, y condiciones de tal disfrute.

f) Instalaciones comunes, como piscina, sauna, etc., a las que el adquirente tiene o podría tener acceso en su momento y, si procede, condiciones de este acceso.

g) Principios con arreglo a los cuales se organizarán el mantenimiento y su correspondiente servicio, así como la administración y la gestión del inmueble.

h) Indicación precisa del período durante el cual podrá ejercerse el derecho objeto del contrato y, si procede, duración del régimen en vigor; fecha a partir de la cual el adquirente podrá ejercer el derecho objeto del contrato.

i) Precio que deberá pagar el adquirente por el ejercicio objeto del contrato; una estimación del importe que deberá abonar por la utilización de las instalaciones y servicios comunes; base del cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente, de los gastos legales obligatorios (impuestos, contribuciones) y de los gastos administrativamente complementarios (gestión, mantenimiento y su correspondiente servicio).

j) Cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato.

k) Si existe la posibilidad de participar en un sistema de intercambio o reventa, o ambas posibilidades, del derecho objeto del contrato, así como posibles costes en caso de que el sistema de intercambio o reventa esté organizado por el vendedor o por un tercero designado por éste en el contrato.

l) Información sobre el derecho de resolución del contrato e indicación de la persona a la que deberá comunicarse la posible resolución, con indicación, asimismo, del modo o los modos de efectuar dicha comunicación; indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que debería pagar el adquirente con arreglo al apartado 3 del artículo 5, en caso de ejercer su derecho de resolución **ad nutum**; si procede, información sobre las modalidades de resolución del contrato de préstamo vinculado al contrato en cualquiera de los casos de resolución del mismo.

m) Fecha y lugar de la firma del contrato por cada una de las partes.

En la Propuesta de Directiva se obligaba a que el contrato estuviese redactado en una lengua que el adquirente declarase conocer. La Directiva ha completado este punto exigiendo que tanto el contrato como el documento informativo **«deberán estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en**

que resida el adquirente o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente» (art. 4). Entiendo que la redacción final que se le ha dado a la cuestión lingüística en este tipo de contratos cumple mejor con la finalidad protectora que tiene la norma, ya que el adquirente difícilmente va a ser protegido si el contrato y el documento informativo están redactados en una lengua que no conoce o que no es la suya propia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en algunas ocasiones, el contrato se celebra en otro Estado diferente al del adquirente. No obstante, se deja la opción al Estado miembro de imponer la obligación de que el contrato esté redactado, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente y la obligación de que el vendedor facilite una traducción conforme del contrato en la lengua o en una de las lenguas oficiales de entre las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble. Habrá que esperar, por tanto, a las legislaciones de los diferentes Estados miembros para saber cuál ha sido su opción.

4.2.3. *Derecho de rescisión*

El artículo 5, apartado primero, de la Directiva reconoce al adquirente el derecho a resolver el contrato sin alegar motivos dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

La novedad de esta Directiva no reside en el reconocimiento de este derecho (95) sino en la regulación de las consecuencias de la falta de información mencionada en el Anexo de la propia Directiva. La norma prevé que si el contrato no contiene dicha información el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de tres meses a partir de su firma. En caso de que en el plazo de tres meses se facilitara la información en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de resolución de diez días naturales. Si transcurrido el plazo de tres meses, el adquirente no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo, aquél dispondrá del plazo de resolución «ad natum» de diez días naturales a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses.

Para ejercer el derecho de rescisión, el adquirente enviará antes de la expiración del plazo, a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin

(95) Este derecho ha sido reconocido por el legislador comunitario con anterioridad en otras Directivas como la referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales o relativa al crédito al consumo.

en el contrato, una comunicación (art. 5.2). En el Anexo, letra I), se indica que debe figurar como elemento mínimo del contrato, el modo o los modos de efectuar la comunicación de la posible resolución del contrato. Es decir, la comunicación podrá ser realizada de cualquier modo pero siempre que esté prevista en el clausulado del contrato. Sin embargo, parece preferible la remisión de un formulario para facilitar el ejercicio del derecho de rescisión. La mayor parte de los adquirentes no tendrán conocimientos en derecho, pudiendo resultarles la redacción de una carta de renuncia un escollo difícilmente superable y que podría incluso llegar a disuadirles en su intención de renunciar al contrato celebrado. Y por otra parte, no debe entenderse que con la entrega de un formulario se está incitando a renunciar a los contratos concluidos. Dicho formulario tendría como fin recordar simplemente al adquirente que dispone de un derecho de rescisión durante un cierto plazo de tiempo.

El ejercicio del derecho de rescisión no debe implicar ninguna contraprestación económica para el adquirente. Por esta razón, la Directiva en su artículo 5.4 dispone que no podrá exigírsele pago alguno al adquirente y serán los Estados miembros quienes en sus legislaciones adoptarán medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos. Sólo podrá obligarse al adquirente al pago, si procede, de los gastos que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, se hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución, y que correspondan a actos que deban realizarse preceptivamente antes del final del plazo de reflexión. Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato (art. 5.3). Esta disposición, a mi juicio, representa un acierto por cuanto van a reforzar el ejercicio del derecho de rescisión por parte del adquirente, ya que el adelanto de parte o de todo el precio podría ser utilizado como instrumento de presión para evitar que aquél hiciera uso de su derecho.

4.2.4. *Puesta en marcha de la Directiva*

Los Estados miembros deberán poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar treinta meses después de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (art. 12). Algunos Estados miembros (96), antes de la aparición de la Directiva, habían regu-

(96) Este es el caso de Francia con su Ley núm. 86-18, de 6 de enero de 1986, sobre Sociedades de Atribución de Inmuebles; Portugal ha regulado a través de dos Decretos-Leyes, el primero de 31 de diciembre de 1981 y el segundo de 8 de octubre de 1983, sobre el derecho de habitación periódica, que modifica el anterior; Grecia también dispone de normativa en esta materia contenida en la Ley núm. 1652, de 30 de octubre de 1986, sobre el contrato de multiinquilinato y disciplina de materias conexas.

lado ya en sus ordenamientos internos este tipo de contratos; no ha sido éste el caso de España.

Dado que la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido reviste un carácter ampliamente transfronterizo, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de otro Estado miembro.

La Propuesta inicial de la Directiva (97) precisaba que el adquirente no podía ser privado de la protección que le aseguraban las disposiciones de la Directiva:

- a) si el bien inmueble al que se refiere el contrato está situado en un Estado miembro, o
- b) si el adquirente tiene su residencia habitual en un Estado miembro y
- i) si la celebración del contrato ha estado precedida en dicho Estado miembro de una propuesta especial o de una forma de publicidad, y si el adquirente ha llevado a cabo en dicho Estado los actos necesarios para la celebración del contrato o
- ii) si el vendedor o su representante ha recibido la petición del adquirente en dicho Estado miembro, o
- iii) si el adquirente se ha trasladado de dicho Estado miembro o a un país extranjero y ha firmado en éste el contrato, siempre que el viaje haya sido organizado por el vendedor con el fin de inducir al adquirente a celebrar el contrato.

Tanto el texto de la Propuesta modificada como el de la Directiva han suprimido estas disposiciones y serán los propios Estados miembros quienes adoptarán las medidas necesarias para asegurar la protección del adquirente, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro. Entiendo que hubiera sido más eficaz que la Directiva hubiese incluido alguna disposición sobre esta materia con el fin de asegurar unos mínimos en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

El legislador comunitario con ocasión de esta Directiva ha recurrido a la técnica de la armonización de mínimos, como es habitual en los sectores inherentes a los intereses de los consumidores. Dicha técnica supone la imposición a todos los Estados miembros de unas disposiciones obligatorias, pero les deja la posibilidad de adoptar disposiciones más estrictas, tal y como se reconoce en el artículo 11 de la Directiva relativa a la protección

(97) *DOCE*, núm. C 299, de 29 de agosto de 1992, págs. 5 y sigs.

de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Las llamadas Directivas de mínimos constituyen el modo más eficaz de resolver los problemas que resultan de la coexistencia de los diferentes niveles nacionales de protección de los consumidores, en relación a la necesidad de una política comunitaria dirigida a la obtención de un aumento progresivo del nivel de protección (98).

En todo caso, para países que como el nuestro todavía no han legislado sobre esta materia, la Directiva debería suponer un impulso definitivo, sobre todo si tenemos en cuenta que somos uno de los Estados miembros donde más contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido se celebran. Lo deseable será que España respete el plazo previsto para adaptar la norma comunitaria a su ordenamiento interno, cosa que hasta el momento no ha sido lo más habitual, al menos, en materia de protección de consumidores.

En definitiva, con esta nueva Directiva se ha atendido al principio de subsidiariedad, en virtud del cual los Estados miembros serán los competentes para establecer la naturaleza jurídica de un derecho de este tipo, las garantías jurídicas y financieras para el adquirente, así como las disposiciones relativas a la administración de los inmuebles.

GEMMA A. BOTANA GARCÍA
Profesora en la Universidad de Zaragoza

(98) Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990, pág. 58.

DICTAMENES Y NOTAS

Acto de desagravio al principio de especialidad (Crítica a las Resoluciones DGRN de 16 de diciembre de 1994, 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)

I. COMO EL DRAMATISMO DE LOS POEMAS LORQUIANOS

Rememorando el dramatismo de los poemas lorquianos, podríamos decir que en algún determinado círculo o ambiente, en contra de la realidad jurídica y social, se viven momentos de «luna negra» para los principios hipotecarios. Es como si las «jacas negras», como diría el poeta, caminaran con los principios hipotecarios a cuestas hacia un desenlace o destino fatal.

Por ello, es también el momento de la crítica y de los críticos, y nada mejor que hacerlo en una Revista que se denomina REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, porque los comentaristas no se pueden quedar impasibles si determinados principios hipotecarios esenciales, como el de especialidad, son objeto de olvido.

En los «espejos» del Organismo encargado de dictar doctrina hipotecaria, evocando de nuevo el dramático lenguaje lorquiano, me permito plantear, para que sea objeto de meditación, si se refleja o no actualmente la cálida realidad popular con que son acogidos los principios hipotecarios en la vida registral diaria. Se abren los Registros de la Propiedad todos los días a las nueve de la mañana. A partir de esa hora son un hervidero de gente. Todos buscan información, publicidad, seguridad, claridad, prioridad, fe pública, legalidad, legitimación, tracto sucesivo. Piden y exigen principios hipotecarios perfectamente estructurados y aplicados. Exigen perfección en los Registros de la Propiedad.

En las Universidades, los claustros directivos desean cada vez con más

frecuencia que se explique el Derecho Inmobiliario como asignatura específica. Proliferan los cursos de Derecho Inmobiliario para postgraduados. Los Abogados se acercan cada vez más a los entresijos de esta disciplina. Se organizan también cursos para que los Jueces jóvenes profundicen en la legislación hipotecaria y en sus principios.

El Parlamento legisla teniendo presente el Registro de la Propiedad y sus principios en numerosas materias. Buen ejemplo de ello son las recientes reformas legislativas que han dado lugar a tres aspectos de coordinación de instituciones: «Proceso y Registro», «Urbanismo y Registro» y «Arrendamientos Urbanos y Registro». Los dos últimos aspectos están pendientes de desarrollo reglamentario, que es de esperar que se realice lo más pronto posible, de acuerdo con el calendario establecido por el propio Parlamento.

Y el Gobierno regula la coordinación del Registro de la Propiedad con otras instituciones, como con las Notarías, según el reciente RD de 29 de diciembre de 1994, que ha entrado en vigor a partir de 1 de marzo de 1995.

Todo esto contrasta con las resoluciones DGRN de los últimos años, que no parece estén a la altura de las circunstancias de un Derecho Inmobiliario científico y eficaz.

II. TRES RESOLUCIONES CONTRA EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Uno de los principios hipotecarios últimamente «torturado» por la DGRN, junto a otros, es el principio de especialidad, a pesar de que, por su propio fundamento, basado en la claridad de los derechos, parecería que iba a ser inmune al deterioro institucional.

Pero no ha sido así. Al igual que con otros principios, el de especialidad ha sido objeto de incomprensiones en las últimas resoluciones DGRN.

El principio de especialidad o de determinación constituye uno de los pilares del edificio registral implantado por la Ley Hipotecaria de 1861, bajo dos ideas fundamentales en aquella época:

- a) La llevanza del Registro por fincas, para dar claridad al sistema, conforme a la inspiración germánica, de modo que cada folio registral recogiera el historial de los derechos reales y vicisitudes relativas a cada finca. Es el sistema de folio real.
- b) La determinación de la responsabilidad hipotecaria sobre cada finca cuando la hipoteca recayera sobre varias fincas, eliminando las hipotecas generales y estableciendo la necesaria distribución de responsabilidad hipotecaria para el fomento del crédito inmobiliario.

A lo largo de la evolución de la legislación hipotecaria, y gracias a los estudios doctrinales de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, el principio de especialidad ha ampliado actualmente su ámbito y su contenido, de modo que actualmente no se refiere sólo a esos dos aspectos esenciales, sino además a todos los aspectos de los elementos de la publicidad registral, que han de quedar perfectamente clarificados, según veremos después, dada la función cautelar o preventiva del principio de especialidad.

Pero la DGRN, en sus últimas resoluciones no aplica el principio de especialidad, creando lo que podríamos denominar «pan para hoy y hambre para mañana», pues el tiempo pasará factura por tratar de consolidar situaciones ambiguas e imprecisas.

Esas declaraciones contra el principio de especialidad son, entre otras —pues la relación no es exhaustiva—, las que se indican seguidamente. Como prueba de que la relación no es exhaustiva, baste citar la Resolución de la DGRN de 31 de enero de 1995, según la cual no es necesario hacer constar en el Registro de la Propiedad si un bien inmueble adquirido por una Entidad Local es bien patrimonial, comunal o de uso o servicio público. Frente a esta resolución, que requerirá un comentario aparte, tampoco cuenta el principio de especialidad, alegado por el Registrador en su informe. Obsérvese que la circunstancia de si un bien es patrimonial, comunal, de uso o de servicio público es circunstancia obligada del Inventario Municipal de Bienes, y no iba a ser menos completo el Registro de la Propiedad, cuando la inmatriculación por certificación administrativa es con referencia a dicho Inventario. En fin, aparte de otras muchas consideraciones, la propia Dirección General ha resuelto en casos bastante recientes que cabe confirmar la decisión de un Juez de Primera Instancia que decretó el embargo de bienes patrimoniales de un Ayuntamiento por deudas a un particular, en determinado supuesto, por lo que si no consta el carácter patrimonial fallaría un elemento fundamental de la publicidad a tales efectos.

Pero ocupémonos ahora de las tres resoluciones que contienen declaraciones extremadamente graves sobre el principio de especialidad.

A) LA RESOLUCIÓN DGRN DE 16 DE DICIEMBRE DE 1994

La más llamativa declaración contra el principio de especialidad se contiene en la Resolución DGRN de 16 de diciembre de 1994 (BOE de 1 de febrero de 1995) en su fundamento de Derecho segundo, que dice lo siguiente:

«Es indudable en nuestro ordenamiento jurídico que la configuración de un edificio como finca única, objeto de un único

derecho de propiedad, o su división en una pluralidad de fincas independientes, objeto cada una de ellas de un derecho especial y separado de propiedad, es decisión que concierne en exclusiva a su titular o titulares (*vid.* arts. 396 y 401.2 CC); y que incluso el constituir un derecho de uso sobre alguna de sus partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo, no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce, reales o personales, concretados a una sola porción material de finca sobre la que se constituyen (*vid.* arts. 469, 517, 523 y sigs.; 545, 553, 564, 1.582 CC), y 3.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible), la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (*vid.* arts. 1.261 y 1.273 CC, 9.1.º LH y 51 del RH).

El redactor o redactora de esta resolución DGRN no se percató de la existencia de ese gran principio hipotecario que es el de especialidad, pues no tiene ningún inconveniente en decir, con gran escándalo para cualquier hipotecarista o civilista que se precie, que los derechos reales de goce pueden recaer sobre parte de una finca.

Pero entonces: ¿Para qué existe toda la teoría de las segregaciones y de la formación de fincas independientes? ¿Para qué existe el sistema de folio real que toma como unidad de cuenta del sistema la finca? ¿Para qué existe la posibilidad de configuración de partes indivisas de un mismo objeto?

La resolución hace un inoportuno canto a la autonomía de la voluntad cuando, según es sabido, existe el llamado «orden público inmobiliario» (art. 1.255 CC), resultante de la legislación hipotecaria a la que se remite el propio Código Civil (art. 608 CC) y ampliamente desarrollado por la propia Dirección General, en virtud del cual la creación de derechos reales no puede hacerse en contra de los principios institucionales del sistema, permitiendo figuras ambiguas e imprecisas. Es evidente que cuando un edificio pertenece a un solo titular, él puede constituirlo como una sola finca o formar varias entidades en régimen de propiedad horizontal. Pero cuando sobre las distintas porciones materiales del edificio van a recaer derechos diferentes, la única solución es la constitución en régimen de propiedad horizontal, que es imperativa por exigirlo el orden público inmobiliario en que se basa el sistema hipotecario vigente y por exigirlo la Ley de Propiedad Horizontal, que es imperativa en este aspecto.

Así, si se siguiera la doctrina de esa resolución, a partir de ahora, sobre una sola finca y en el mismo folio, podríamos ver desfilar en sucesivos asientos: un usufructo sobre el lado oeste de la finca y una servidumbre

sobre el lado este; un censo sobre el lado norte; otro derecho de usufructo sobre el lado sur; un derecho de superficie sobre el centro. Y sucesivamente podrían superponerse en porciones distintas nuevos derechos sobre una parte y sobre la otra sin orden ni concierto. Pero ¿qué sistema es éste de organización o, mejor, de desorganización inmobiliaria? ¿Cómo se podría aplicar el principio de prioridad y el rango?

Habría bastado para resolver el peculiar problema planteado en el caso que la resolución se hubiera limitado a razonar conforme al fundamento tercero, es decir, que en este caso la titularidad demanial única del Estado hacía innecesaria la formación de nuevas fincas, y que la división podía perfectamente posponerse al momento ulterior en que el Estado decidiera en su caso desprenderse de alguna de las partes del edificio.

Pero lejos de ello ha atacado al principio de especialidad en sus raíces, cosa que merece una crítica muy negativa.

Desde el punto de vista conceptual o técnico, la resolución desconoce el concepto de «bien» como objeto de derecho, pues la finca es una de las clases de bienes.

El «bien» es lo que es susceptible de apropiación y de titularidad, siendo uno de sus caracteres fundamentales la «sustantivación» del bien para permitir un objeto de derecho unitario. La finca, como bien, ha de ser objeto unitario de derechos. Si se pretende que un derecho recaiga sobre una parte material de la finca, ya no estamos ante una finca, sino ante dos diferentes como objetos de derechos distintos, para lo cual se precisa la segregación o formación de finca nueva.

Existen soluciones para conseguir que varias titularidades recaigan sobre una sola finca manteniendo la unidad de la finca, y no son otras que la constitución de comunidades «pro indiviso», que para eso se inventaron, aparte de los casos excepcionales de comunidad «pro indiviso» en supuestos ciertamente excepcionales y discutibles (derechos sobre el arbolado y los pastos, por ejemplo).

Por otra parte, no es cierto que los derechos reales puedan recaer sobre partes de fincas. Ni el usufructo, ni el uso, ni la habitación, ni las servidumbres, por citar los ejemplos que menciona la resolución, pueden recaer sobre una parte de la finca. Por el contrario, son derechos reales que recaen sobre la totalidad de la finca, que está gravada en su totalidad por dichos derechos reales.

En cuanto al usufructo, la doctrina está de acuerdo en que el usufructo parcial sobre los frutos a que se refiere el artículo 469 del Código Civil, se refiere a la medida cuantitativa propia del usufructo sobre parte indivisa y no sobre una parte material. Veamos, por ejemplo, lo que nos dice MALUQUER DE MONTES BERNET en *Comentario del Código Civil*, I, pág. 1259 (editado por Ministerio de Justicia, 1991): «Observa el precepto que el

usufructo abarca en todo o en parte a los frutos de la cosa, especificando inicialmente que sobre un objeto no necesariamente debe constituirse el derecho de usufructo sobre la totalidad. Más bien lo contrario, puede abarcar simplemente una parte de éstos, como también puede abarcar la totalidad. De ser así, y en opinión de la doctrina, el concepto de totalidad se contrae a los frutos (Doral, Com. Edersa, VII-1, pág. 47), pero siempre predicado respecto de un objeto u objetos concretos. La admisión de lo singular o parcial significa la admisibilidad de cuotas en contraposición a la idea de totalidad». Efectivamente, creo que es claro que el usufructo parcial se refiere en el precepto citado «a los frutos de la cosa» y no a la «cosa misma», por lo que se ha de constituir como «cuota indivisa» en la proporción correspondiente.

En cuanto a las servidumbres, una cosa es que hayan de recaer sobre la totalidad del objeto, es decir, sobre la totalidad de la finca, que es predio sirviente en su totalidad, y otra diferente es que pueda concretarse fácticamente su uso o aprovechamiento sobre una porción determinada de la finca, sin afectar a la unidad jurídica de ésta. Así, la servidumbre de paso recae sobre la totalidad de la finca sirviente, aunque el aprovechamiento de la servidumbre se concrete sobre un camino de determinadas medidas. Y que la servidumbre grave la «totalidad de la finca» es importante, pues si por cualquier causa fuera imposible tener paso por el camino señalado, sería necesario arbitrar otro punto del predio sirviente para dar acceso a la finca dominante, lo que demuestra que el gravamen es sobre la totalidad de la finca. Lo mismo ha de decirse de los derechos de uso y habitación, pues el derecho a ocupar las piezas necesarias para el usuario o habitacionista y su familia pueden variar, y para eso es fundamental que se trate de derechos que recaen como gravamen sobre la totalidad de la finca.

Y si de los planos conceptuales pasamos al ámbito hipotecario, la cuestión es todavía más evidente. El sistema inmobiliario español tomó desde el principio como modelo, según vimos, el germánico de folio real, que consiste en que se ha de abrir a cada finca un folio en el que se vayan recogiendo los derechos reales que afecten a cada finca (arts. elementales 8 y 243 LH, que da cierto reparo en recordar). Es la única forma moderna de publicar en forma ordenada las titularidades reales sobre cada finca para que se puedan aplicar los restantes principios hipotecarios, que parten de una adecuada organización del sistema a través del fundamental principio de especialidad.

Y no me resisto a terminar el comentario crítico de esta resolución sin aludir al memorable párrafo final en que se desestima el recurso, «pero sin prejuzgar si en el caso concreto han quedado debidamente satisfechas las exigencias del principio de especialidad en cuanto a la identificación de las porciones materiales del edificio que han quedado afectadas o adscritas». Con ello, en lugar de resolver los problemas derivados del principio de

especialidad «de raíz», va a motivar una nueva nota calificadora por parte del Registrador, y quién sabe si un nuevo recurso, en una cuestión que por su íntima relación con el problema planteado debería haber sido resuelta por la Dirección de modo claro y terminante, señalando que los documentos presentados en el Registro vulneraban el principio de especialidad al no señalar las porciones materiales del edificio afectas a uno u otro destino.

B) LA RESOLUCIÓN DGRN DE 7 DE ENERO DE 1994

La segunda declaración contra el principio de especialidad por parte de las últimas resoluciones DGRN la encontramos en la Resolución de 7 de enero de 1994 (BOE de 17 de enero de 1994) cuando prescinde de la descripción de un local de un conjunto inmobiliario, y eso que en el documento se configuró dicho local a través de una titularidad *ob rem* a favor de diecisiete bloques.

De nada vale el «canto» inicial que hace del principio de especialidad, en el fundamento segundo, diciendo que tal principio, conforme a los artículos 9 y 30 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, exigen la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro de la Propiedad como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y desenvolvimiento de la institución registral.

Y no vale de nada, pues seguidamente atenta contra el principio de especialidad al quedar el local en cuestión sin descripción registral, sin que vaya a ser posible describirlo ya en lo sucesivo, pues en las titularidades *ob rem* la única solución es describir la finca en el momento en que dicha titularidad se constituye y no con posterioridad, en que por la multiplicidad de titularidades va a ser imposible. Cuando el proyecto de ley de conjuntos inmobiliarios prevé incluso que se describan determinados elementos comunes para evitar fraudes y dar claridad al conjunto inmobiliario, no parece muy moderno ni evolucionado el no aplicar los principios que resultan del sistema registral y de la Ley de Propiedad Horizontal vigentes a un local sobre el que se constituye una titularidad tan especial como una titularidad *ob rem*. Hay que observar que dicha Ley de Propiedad Horizontal exige que se describan los locales susceptibles de propiedad separada, por lo que, con independencia de los principios hipotecarios, hay también otra Ley imperativa que impone cumplir el principio de especialidad.

Y además, no habría costado nada en el caso concreto exigir la descripción adecuada de ese local, pues al final resulta que se rechaza la inscripción por existir otro defecto que también atentaba contra el principio de especialidad, por lo que lo lógico era declarar que se subsanaran ambos

defectos y no sólo uno de ellos. Es más, supongo que el buen sentido de los propios interesados que tendrán que otorgar la escritura de subsanación les llevará a la adecuada descripción del local en cuestión a pesar de lo que dice la DGRN, pues es beneficioso para ellos mismos y para los diecisiete bloques del conjunto inmobiliario al dar claridad a las fincas a través de su descripción.

C) LA RESOLUCIÓN DGRN DE 7 DE FEBRERO DE 1995

Otra declaración por parte de la DGRN, en detrimento no sólo del principio de especialidad, sino de los interesados del caso concreto (el perjuicio suele ir unido, pues estamos ante un tema de clarificación), resulta del último fundamento de Derecho de la Resolución de 7 de febrero de 1995 (BOE de 29 de marzo de 1995), que dice lo siguiente:

«En cuanto al tercero de los defectos impugnados, tampoco puede ser estimado. Delimitadas de modo preciso (ni siquiera el Registrador lo cuestiona) las dos parcelas resultantes de la segregación, así en sus linderos como en su superficie (además, claro está, de la naturaleza y situación, que derivan de la descripción de la matriz), quedan cumplidas las exigencias del principio de especialidad en orden a la identificación de los bienes objeto de inscripción (*vid.* arts. 9.1 LH y 51.3 y 4 RH), sin que la omisión en la descripción de las nuevas parcelas de edificaciones que sobre una o ambas existen, tal como se desprende de la descripción registral de la matriz, tenga virtualidad para obstaculizar la inscripción de la segregación toda vez que se trata de un elemento descriptivo complementario y de constatación registral voluntaria, cuya omisión ni menoscaba la identificación de las fincas ni compromete la consideración jurídica de parte integrante de las mismas que corresponde a aquellas edificaciones».

Pero ¿cómo es posible, después de la Ley del Suelo, que se pueda considerar una edificación como un mero «elemento descriptivo complementario»? Pero ¿cómo se puede hablar de constatación registral voluntaria cuando la edificación consta ya en el Registro y de lo único que se podría hablar es de «cancelación con el consentimiento expreso del titular registral» en virtud de una causa adecuada?

En contra de lo que señala esta resolución, la existencia de una edificación en la finca matriz es un elemento descriptivo fundamental, por lo que el principio de especialidad exige concretar dónde se encuentra la

edificación después de una segregación. Y ello afecta esencialmente tanto a la finca segregada como a la finca resto. Distinta cuestión es la ya indicada de que el titular registral pretendiera «desinscribir» la edificación, para lo cual no sólo debería manifestarlo en forma expresa, pues en otro caso resulta aventurado tratar de presumir su voluntad en un determinado sentido o en otro, máxime cuando puede ser enormemente perjudicial para el titular registral la «desinscripción» de la edificación por esa vía tácita, que más bien obedece a un «error» por omisión de la escritura que a una clara voluntad de «desinscripción». Y ello porque, dados los requisitos que la Ley del Suelo exige actualmente para que se puedan inscribir las declaraciones de obra nueva, si el interesado pretende en el futuro obtener la inscripción de esa edificación «desinscrita», el Registrador no tendrá más remedio que aplicar el artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo; y si se trata de suelo no urbanizable, no será posible la inscripción salvo que se acompañen los permisos preceptivos en esos casos. Todo ello salvo que se enfoque la cuestión como un error de la escritura, en cuyo supuesto lo que se demostraría es que también estuvo mal inscrita esa escritura por orden, nada menos, que de la Dirección General.

Pero es que, además, no cabría tampoco la mera voluntad de una persona solicitando la «desinscripción» de una edificación, pues tropezaría con el carácter de «orden público» de los asientos registrales y con el principio hipotecario de «acto causal». Efectivamente, la «cancelación de la edificación», pues no podría llamarse de otra manera a ese supuesto, exigiría, además del consentimiento del titular registral, una causa adecuada, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Hipotecaria. Podría ser la declaración de haberse extinguido la edificación por demolición o derrumbamiento, o por estar fuera de ordenación, o ir en contra del planeamiento. Pero si la edificación no se ha demolido, sino que subsiste y hasta se piensa operar con ella en el futuro, según resulta de la exposición de «antecedentes» del propio recurso, no cabe instar la «desinscripción» por la mera voluntad, tácita además, del titular registral. Tendría que existir una causa, y si esa causa no es la demolición o la contradicción con la Ley del Suelo, tendría que ser la mera voluntad del titular registral. Pero esto sería confundir «voluntad» con «causa», lo que es inadmisibles en Derecho, pues se trata de dos elementos del negocio jurídico totalmente diferentes. Tratándose de «derechos» podría existir una causa de cancelación derivada de la voluntad, que sería la «renuncia del derecho». Pero en el caso de una edificación existente no cabría la «renuncia del derecho» al no poderse dejar la edificación en el aire, en contra del principio de accesión, y tendría que tratarse hipotéticamente de la «renuncia del asiento relativo a la edificación». Pero esta renuncia al asiento, sin renuncia del derecho y sin ninguna otra causa, no es posible en nuestro sistema, en que no cabe el «consentimiento formal»

por ser un sistema causalista, según ha reconocido reiteradamente la propia Dirección General en numerosas resoluciones. Pero es que, en todo caso, no estamos ni siquiera ante una «renuncia del asiento» que, como toda renuncia, habría de ser expresa, y más a efectos registrales o hipotecarios.

III. ACTO DE DESAGRAVIO AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Ante esta desconsideración hacia el principio hipotecario de especialidad, que constituirían un escándalo para los creadores de la Ciencia Inmobiliaria, don BIENVENIDO OLIVER y don JERÓNIMO GONZÁLEZ, creo que los juristas, los civilistas y los hipotecaristas deberían organizar un acto de desagravio contra esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Mientras ese acto de desagravio no llega, quiero aportar mi grano de arena como tal acto de desagravio al principio de especialidad, consistiendo, desde mi punto de vista, en exponer seguidamente en forma esquemática las manifestaciones del propio principio de especialidad como si aquí no hubiera pasado nada, pues, evidentemente, todas esas declaraciones hay que considerarlas como no puestas si examinamos las cosas desde la seriedad, quedándonos a solas con el pensamiento científico. Y en todo caso, las resoluciones de la DGRN no constituyen doctrina legal ni son fuente del Derecho, sino que sólo vinculan en el caso concreto, sin que puedan erigirse en algo similar a normas jurídicas, por lo que no habría ningún inconveniente legal en que la calificación registral se hiciese sin atender a aquéllas argumentando debidamente la nota calificadora.

Ya vimos anteriormente que, en sus orígenes, el principio de especialidad se pensó, desde la perspectiva de la finca, para fundamentar el sistema de folio real o llevanza del Registro por fincas, y desde la perspectiva de la hipoteca, para suprimir las hipotecas generales y establecer la distribución de las responsabilidades hipotecarias entre las varias fincas o derechos gravados por la hipoteca. Y dijimos también que hoy día el principio de especialidad abarca todos los elementos de la publicidad registral.

Por ello, podemos contemplar el principio de especialidad desde cinco perspectivas: la finca, el titular registral, el derecho real, el acto inscribible o título material y el asiento. En estos cinco elementos de la publicidad registral aparece en todos sus átomos el principio de especialidad.

En este sentido, podemos definir el principio de especialidad o determinación como «aquel principio hipotecario en virtud del cual todos los elementos de la publicidad inmobiliaria: la finca, el derecho, el titular y el título, están sujetos a la idea de claridad, de tal modo que han de estar perfectamente identificados y clarificados».

Bajo esta nota definitoria común vamos a señalar sus principales manifestaciones en forma de esquema en espera de poderlas desarrollar en otra ocasión.

IV. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

A) Por lo que se refiere a la FINCA, el principio de especialidad tiene las siguientes manifestaciones:

a) La ya señalada de fundamentar el sistema de folio real. No se piense que se trata de una mera cuestión interna de organización formal del Registro. La llevanza del Registro por fincas, que resulta fundamentalmente de los artículos 8 y 243 de la Ley Hipotecaria, permite aplicar los principios de tracto sucesivo, calificación, legitimación y fe pública. Como ha dicho con acierto CELESTINO PARDO, nuestro sistema, a diferencia de otros más rudimentarios, «oferta» al público un titular por cada finca. Los sistemas rudimentarios que no siguen el cierre registral, ni el tracto sucesivo, ni la legitimación, ni la calificación, ni la fe pública, contemplan el Registro como un mero Archivo, sin ofrecer seguridad jurídica alguna.

Así, en nuestro sistema aparecen perfectamente ordenados y clarificados los titulares y los derechos sobre cada finca, haciendo de ésta la unidad y la base del sistema. En cambio, en los llamados sistemas de transcripción no se cumple el principio de especialidad y los derechos acceden al Registro aunque sean contradictorios y en forma amontonada.

El sistema de folio real permite saber en un momento dado cuáles son los derechos que afectan a cada finca y en qué orden tienen eficacia.

b) Otra manifestación muy importante del principio de especialidad en relación con la finca es la necesidad de que los derechos recaigan sobre la totalidad de la finca, de tal modo que si se pretende que graven una parte de ella hay que segregar esa porción previa o simultáneamente, pues en otro caso se produciría grave confusionismo sobre la ordenación y eficacia de los derechos reales y se iría en contra de la idea de la unidad de la finca como objeto de derecho en el tráfico. Por tanto, el principio de especialidad va unido al concepto mismo de finca como objeto unitario de los derechos reales.

De ahí que exista la normativa legal sobre modificación de entidades hipotecarias, que en otro caso sería innecesaria, y la regulación de apertura de folio en la propiedad horizontal o en las fincas especiales, habiéndose llegado a la técnica depurada del triple folio en los conjuntos inmobiliarios y en las propiedades horizontales complejas por exigencias del principio de especialidad.

c) Manifestación igualmente llamativa del principio de especialidad en la descripción de la finca en todos sus detalles, como exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. El Registrador ha de controlar esta cuestión para impedir que accedan al Registro descripciones incompletas o inadecuadas. Ello servirá de base para la aplicación del principio de legitimación registral a los datos físicos, pues la descripción no se basa exclusivamente en la declaración unilateral de una persona, sino que siempre arranca de una inmatriculación en la que los datos físicos tienen su importancia, sobre todo en el expediente de dominio y, también, en otros medios que tienen apoyo catastral. Y en cualquier caso, la inmatriculación tiene unas garantías que podrían ser mayores, pero que justifican la importancia de la descripción de la finca en el Registro.

d) La coordinación Registro-Catastro es una exigencia del principio de especialidad, habiéndome ocupado ya de este problema en varias ocasiones. Naturalmente, es un tema que queda por resolver, pero que su resolución le impone el principio de especialidad.

B) Por lo que se refiere al TITULAR REGISTRAL, el principio de especialidad tiene también varias manifestaciones:

- a) Por una parte, el titular registral ha de aparecer en los títulos y en los asientos registrales perfectamente determinado. Los requisitos o circunstancias de consignación del titular registral que enumera con todo detalle el número 9.º del artículo 51 del Reglamento Hipotecario responden al principio de especialidad por la necesidad de identificación del titular registral.
- b) El régimen económico matrimonial, tratándose de titular casado, es también necesario a efectos del principio de especialidad, sin que en este punto pueda presumirse ningún régimen, sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas marcadas por la realidad sociológica de distintos regímenes matrimoniales en la población. En todo caso, repercute sobre la forma de practicar la inscripción, que ha de hacerse en un sentido o en otro, según resulte del régimen económico matrimonial, por lo que su constancia en el título y en el Registro es obligada conforme al artículo 51.9.ª RH.
- c) La regla general de que el titular registral se define por la «determinación» es otra consecuencia del principio de especialidad. Incluso la posibilidad de que en casos especiales se admita la indeterminación actual, a condición de que sea «determinable» es también manifestación del principio de especialidad. En este sentido, la importante Resolución DGRN de 8 de julio de 1924 admite supuestos de indeterminación transitoria, con posibilidad de ser recondu-

cidos en el futuro a una determinación automática, como ocurre con las sustituciones fideicomisarias, reservas, *nondum concepti*, etc. Aquí cabría tratar también todo lo relativo a los supuestos de titulares «mediatamente determinados», como ocurre en las servidumbres prediales, en las titularidades *ob rem* y en las hipotecas en garantía de títulos valores.

C) Por lo que se refiere a los DERECHOS INSCRIBIBLES, el principio de especialidad tiene variadas manifestaciones:

- a) En la conocida discusión acerca de si nuestro sistema es de *numerus apertus* o de *numerus clausus*, hace aparición el principio de especialidad, que permite, en principio, el *numerus apertus* de derechos reales siempre que las nuevas figuras creadas aparezcan perfectamente determinadas en su contenido, caracterización y duración. En esta cuestión no sólo aparece como telón de fondo el principio de especialidad, pues también juegan criterios institucionales y de orden público para evitar situaciones de amortización de la propiedad; pero no cabe duda de que el protagonismo del principio de especialidad es aquí fundamental. Recuérdese la Resolución DGRN de 3 de abril de 1993 a propósito de la multipropiedad, que exige su determinación, para que el Registro no se convierta en cobijo de «fantasías y fraudes».
- b) La determinación de la porción indivisa sobre la que se tiene derecho con datos matemáticos que permitan definirla y a la que se refiere el artículo 54 RH, es otra consecuencia del principio de especialidad. La Resolución DGRN de 25 de marzo de 1993 se manifiesta en este sentido, lo que es adecuado, pues el Registro no puede recoger presunciones sobre los derechos en *pro indiviso*, sino que se exige determinar la proporción indivisa en que se adquiere.
- c) La determinación del contenido de los derechos reales, especificando con claridad la extensión y duración del derecho, viene impuesta por el artículo 51, regla 6.ª, RH, en consonancia con el principio de especialidad. Especialmente importante es evitar ambigüedades, sobre todo en materia de servidumbres (así, Resolución de 18-10-1991), o en un derecho de opción (Resolución de 7-12-1987), o en un supuesto de venta en garantía cuya inscripción se rechaza por la ambigüedad de la titularidad resultante (Resolución de 30-6-1987), o en el caso ya citado de la multipropiedad (Resolución de 3-4-1993).
- d) En materia de hipotecas es prolífica la aplicación del principio de especialidad. Desde la ya conocida necesidad de distribución de la

responsabilidad hipotecaria entre varias fincas (art. 119 LH) porque así se evita la hipoteca solidaria y el abuso de derecho que podría implicar por parte del acreedor hipotecario, cegando nuevas fuentes de crédito al deudor, hasta la necesidad de determinar con separación el importe del principal, intereses ordinarios, intereses de demora, costas, gastos extrajudiciales, dada la distinta naturaleza de dichos conceptos, con repercusiones sustantivas y procesales, pasando por la configuración de las hipotecas de máximo, y entre ellas la necesidad de determinar un máximo a efectos del interés variable, y por la necesidad de concretar fórmulas matemáticas para las cuotas de amortización en caso de interés variable (Resolución de 14-1-1991, entre otras).

- e) La necesidad de señalar la equivalencia de la finca de resultado con cada finca originaria en las reparcelaciones y compensaciones a efectos de poder aplicar, en su caso, la subrogación real propia de dichas instituciones, es también manifestación del principio de especialidad, pues ello sirve para determinar adónde van a parar los derechos reales existentes sobre las antiguas fincas de origen.
- f) La distribución tanto de los cánones del «*leasing* inmobiliario» entre varias fincas como del precio de opción es otra de las exigencias del principio de especialidad, para que así los terceros que adquieran una sola de las fincas dadas en *leasing* puedan conocer la cantidad que les afecta o beneficia.

D) Por lo que se refiere al TÍTULO INSCRIBIBLE o ACTO O CONTRATO, también existen interesantes aplicaciones del principio de especialidad:

- a) Por una parte, se ha de evitar en la redacción de documentos públicos el llamado *totum revolutum* cuando una persona adquiere un derecho en virtud de títulos distintos, por lo que ha de precisarse la parte indivisa que corresponde a cada título adquisitivo por las repercusiones presentes o futuras que ello pueda tener para el titular registral. En este sentido, es criticable la Resolución DGRN de 30 de abril de 1986, que no se adaptó en esta cuestión al principio de especialidad.
- b) Por otra parte, la necesidad de expresión de la causa no sólo es una exigencia del sistema causal propio del Derecho español, sino que deriva del principio de especialidad, que exige una mayor concreción en este aspecto que en el Derecho Civil puro, en que, por el contrario, caben casos de «expresión abstracta», y no así en el

Derecho Hipotecario. Y ello por las distintas consecuencias que para el Derecho Hipotecario, y singularmente para los principios de fe pública y de calificación registral, tiene la expresión de las causas. Así lo exige, en cualquier caso, el artículo 51.12 RH.

- c) En los títulos judiciales también cabe aplicar el principio de especialidad. Así, en el caso de la Resolución DGRN de 3 de junio de 1992 se declaró que no procedía la cancelación decretada en una Sentencia por falta de precisión de la misma, lo cual repercutía en la seguridad jurídica.
- d) En fin, la necesidad de expresar en el contrato todos los pormenores del mismo con la claridad necesaria es una exigencia del principio de especialidad y de la protección de los consumidores, conforme al artículo 10 de la Ley de 19 de junio de 1984, con lo cual el principio de especialidad cumple también esta importante función de clarificación tuitiva en el tráfico inmobiliario.

D) Otra de las manifestaciones del principio de especialidad se refiere a la necesidad de claridad y precisión de los ASIENTOS REGISTRALES, de manera que consten de modo determinado todas las circunstancias de los elementos de la publicidad registral, tal como exigen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Basta apuntar aquí esta importante manifestación del principio, sin entrar en su desarrollo.

V. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Podemos concluir esta breve aportación al principio de especialidad recordando las funciones más importantes del mismo:

1.^a La función primordial del principio de especialidad es dar claridad a los asientos del Registro, y a través de esta primordial función se manifiestan las demás.

Efectivamente, sólo existiendo claridad se puede producir una publicidad diáfana y completa respecto a los terceros que hayan de consultar el Registro y hayan de quedar afectados por los datos del mismo. Por ello, el principio de fe pública registral tiene como presupuesto el de especialidad.

Al propio tiempo, la publicidad formal sólo puede producirse con normalidad si previamente la situación registral de la finca aparece clara y diáfana, tal como exige el principio de especialidad.

2.^a Por otra parte, el principio de especialidad, en su manifestación de llevanza del Registro por fincas, hemos dicho que es el presupuesto de los principios de tracto sucesivo y de calificación registral, pues sólo en aque-

llos sistemas perfeccionados en que el Registro «oferta» un solo propietario para cada finca tienen plena aplicación dichos principios, en unión de los de legitimación y de fe pública registral.

3.^a Además, el principio de especialidad cumple la función de facilitar el tráfico inmobiliario de las fincas y derechos. Cuando las situaciones jurídicas aparecen clarificadas y está perfectamente depurado el contenido del Registro, los adquirentes podrán saber a qué atenerse y adquirirán o no los inmuebles, según sus conveniencias, pagando el precio adecuado. Si la situación es confusa se dificultará el tráfico, como ocurría antes de 1861, y los derechos y las fincas quedarían totalmente desvalorizados, creándose el ambiente propicio para lo que en jerga economicista del Análisis Económico del Derecho se denomina «mercado de limones», es decir, «de productos inútiles», que la legislación hipotecaria ha evitado clarificando la situación de los inmuebles como productos útiles y de gran valor.

4.^a La determinación de las responsabilidades hipotecarias entre las varias fincas sobre las que se haya constituido la hipoteca permitirá nuevas fuentes de crédito sobre cada una de ellas, evitándose los daños de las hipotecas solidarias que existían antes de la legislación de 1861.

5.^a El principio de especialidad es un importante instrumento para apoyar la función cautelar o preventiva que ha de tener un sistema inmobiliario basado en un Registro de la Propiedad perfeccionado, pues en tanto en cuanto los derechos estén perfectamente determinados y las situaciones jurídicas clarificadas, no se producirán futuros pleitos generados por la confusión y que pueden evitarse a través de la previa clarificación. Por ello, el principio de especialidad está conectado con la importante función de seguridad jurídica preventiva del Registro de la Propiedad.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

Arrendamientos de local de negocio sujetos a la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la LAU de 24 de noviembre de 1994

ANTECEDENTES DE HECHO

1.º Existen dos contratos de arrendamiento de local de negocio: uno de fecha 1 de julio de 1964 y otro de fecha 20 de septiembre de 1967.

2.º Con posterioridad ambos son objeto de sendos nuevos contratos, de fechas 6 de febrero de 1988 y 30 de marzo del mismo año. Ambos contratos tienen una cláusula primera que excluye el RD 2/85, de 30 de abril, sometiéndose de manera expresa a la LAU de 1964 a todos los efectos legales, incluidas las causas de excepción a la prórroga forzosa.

3.º En los contratos de 1988 intervienen como arrendatarios personas distintas de las que lo fueron en los anteriores y se utiliza un cambio futuro en favor de una sociedad por constituir. Se pacta una renta más elevada, se establece un plazo de duración desde la fecha del nuevo contrato y se autoriza el traspaso —negado en los negocios precedentes—. Los locales son objeto de nuevos destinos, para lo que se autorizan las oportunas obras. Todo ello recogido en una denominada «cláusula adicional», documento que sigue al del papel timbrado que recoge los anteriores arrendamientos.

CONSULTA

- a) Tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en vigor desde el 1 de enero de 1995, ¿cuál es la situación del plazo del contrato?
- b) ¿Y la de la renta?

- c) Interpretación del significado de los contratos de 1988 en relación a los anteriores y naturaleza de aquellos contenidos en la llamada «cláusula adicional».

A) Con anterioridad a la vigente Ley de 3 de noviembre de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1995, no cabe duda de que los contratos objeto de este dictamen estaban sujetos a la LAU íntegramente, pues los beneficios que concedía el llamado Decreto Boyer de 30 de abril de 1985 al arrendador eran renunciables, especialmente la exclusión de la prórroga forzosa.

Precisamente lo que planteó algunas dudas doctrinales y ciertas oscilaciones en la llamada jurisprudencia menor —Sentencias de la Audiencia— fue si la exclusión de la prórroga forzosa debía pactarse expresamente o si bastaba el silencio tras el Decreto liberalizador citado. El Tribunal Supremo se inclinó por esta última solución. Con mayor motivo, nunca se discutió la posibilidad de renunciar a los beneficios que el RD concedía al arrendador, conforme a lo dispuesto en la propia LAU y el artículo 6.2 del Código Civil.

El sometimiento a la Ley de 24 de diciembre de 1964 no planteaba mayores problemas.

Con la nueva LAU la cuestión del plazo requiere acudir a la disposición transitoria 1.ª, apartado segundo, según la cual *«los contratos de arrendamientos de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de esta Ley continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985 y por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. En el caso de tácita reconducción conforme a lo dispuesto en el artículo 1.566 del Código Civil, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la presente Ley relativas a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda»*.

Tanto el Decreto Boyer como la nueva LAU —enlazando con la vieja tradición del Código, que sigue siendo la regla general *ius commune*— se inspiran en el mayor respeto a la libertad contractual. Ello especialmente en lo que se refiere al arrendamiento del local de negocio. Este criterio legal ha de presidir tanto la interpretación del *status* normativo *sensu stricto* como la de la voluntad negocial.

La regulación que resulta de combinar la voluntad contractual y las normas legales citadas (RD de 30 de abril de 1985, antigua y nueva LAU y el Código Civil) llevan a concluir que persiste la forzosidad de la prórroga.

La disposición transitoria 1.ª, apartado 2.º, no hace más que respetar la voluntad de las partes, sin introducir cambios en el contrato. Sólo si, conforme dispone el artículo 1.566 del CC, *«al terminar el contrato permanece*

el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción...», y sólo entonces, con la tácita reconducción entra en juego la nueva LAU. Pero, entiéndase bien, la tácita reconducción únicamente juega cuando termina el contrato, y aquí se trata de determinar cuánto dura el contrato, su plazo, lo que vendrá determinado por la aplicación de las prórrogas, concepto que excluye el de la tácita reconducción.

El párrafo final de la disposición transitoria nos sirve para concluir que mientras no se dé el supuesto del artículo 1.566 no se ha de aplicar el régimen de la reciente Ley, respetándose las reglas legales anteriores y el principio *pacta sunt servanda*.

La voluntad contractual gozaba de la mayor amplitud tras el RD de 30 de abril de 1985, y los contratantes convinieron lo que consideraron más acorde con sus intereses. El respeto al libre acuerdo de las partes inspira también a la nueva Ley, que en el número 3 de su Preámbulo dice:

«Este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas.

Para ello, *en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda la Ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil».*

Quizás se pretenda oponer que la finalidad de la Ley es liberalizar el mercado inmobiliario y que, incluso, los contratos sujetos a la antigua LAU, plenamente *ex lege*, tienen limitada la posibilidad de su duración en los términos de la disposición transitoria 3.^a (veinte años a los efectos que aquí interesan). Entendemos que no hay mayor liberalización que la que consiste en respetar lo pactado y que la interpretación hipotética sugerida a efectos dialécticos no tiene apoyo legal y es contraria al verdadero sentido de la Ley por lo dicho y por las razones siguientes:

1.^a El texto de la disposición transitoria 1.^a, apartado 2.^o, es claro: «*Los contratos de arrendamiento del local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985...*», que expresamente, como vimos, pretende respetar la regulación anterior. La disposición transitoria 3.^a es también inequívoca: «*Contratos de arrendamiento del local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985*».

Por tanto, la fecha anterior a la entrada en vigor del RD liberalizador es la que determina un régimen transitorio especial para los contratos anteriores o el respeto al existente para los posteriores. El trato diferenciado no es arbitrario, pues en los contratos posteriores las partes gozaban de una libertad de la que antes carecían. Carencia de libertad que justifica el derecho transitorio corrector de la disposición transitoria 3.^a, pero que no permite extender su régimen a otros supuestos tanto por su carácter excepcional y limitativa de derechos (arts. 4.2 CC y 9.3 CE) como porque no existe laguna legal al estar contemplado el supuesto del que aquí se trata en la disposición transitoria 1.^a, apartado 2.º

Dos principios de elemental exégesis abonan la tesis defendida. El primero la claridad de los textos, que coincide con su espíritu como vimos al examinar su Preámbulo; el segundo, el clásico «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus». Ambos reconocidos por nuestra jurisprudencia y que cuando coinciden con una interpretación teleológica evitan que «cabezas oscuras oscurezcan textos claros».

2.^a Los contratos que motivan esta consulta se rigen por la Ley de 1964 por voluntad de las partes. Es decir, el estatuto arrendaticio de la vieja LAU les es aplicable por su propia voluntad negocial, y no es lícito pretender dar el mismo tratamiento a estos supuestos y a aquellos a los que se imponía la prórroga forzosa legal.

Tras el RD sobre medidas de política económica de 1985, se permitía a las partes con su solo silencio, como ha entendido la jurisprudencia, excluir la prórroga forzosa. Ahora se trata de supuestos en los que las partes no sólo no guardan silencio, sino que se someten expresamente a la LAU de 1964. Lo que antes era regulación legal, es ahora contenido y regulación contractual voluntaria *Lex privata* y, conforme al artículo 1.091 del Código Civil, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».

Las disposiciones transitorias no quieren afectar al contenido contractual de negocios concluidos en un régimen de libertad, sólo afectan al estatuto legal de los arrendamientos celebrados bajo la vigencia plena de la antigua Ley. Lo contrario supondría confundir la Ley y el contrato y las normas que regulan la hermenéutica de unas y otras; las primeras, contenidas en el Capítulo II del Título preliminar del Código Civil, especialmente en el artículo 3.º; las segundas, de manera especial en el Capítulo IV del Título II del Libro IV del mismo Código Civil (arts. 1.281-1.289).

Por tanto, hay que destacar que la exégesis de las disposiciones transitorias se refiere al *status* legal, que aunque influye y determina, no se puede confundir con la regla negocial en sentido estricto. La voluntad contractual sólo ha de ceder si vulnerase alguna regla imperativa o atentara la moral

o al orden público (art. 1.255 CC). Nada de eso sucede en este caso. Nada en la nueva Ley impide un pacto semejante. Con mayor razón, *a fortiori*, no lo prohíbe para casos anteriores a su vigencia y posteriores al 9 de mayo de 1985.

Sólo la perpetuidad del arrendamiento está prohibida; en los contratos estudiados no hay perpetuidad. Expresamente se admiten las causas de excepción a la prórroga y de resolución contempladas en la LAU de 1964. Causas que incluso podrían motivar la resolución del arriendo antes que el de un contrato sometido al puro plazo de la nueva Ley, pues aquéllas tienen mayor amplitud que las causas de resolución de pleno derecho contempladas en el artículo 35 de la vigente Ley.

B) En cuanto a la **renta**, la situación es similar *mutatis mutandis* a la que existe en relación al plazo. Doy por reproducido los argumentos anteriores en lo que sean aplicables a la renta.

La disposición transitoria 3.^a se refiere a la actualización de rentas anteriores al 9 de mayo de 1985, por lo que, *a contrario sensu*, excluye los posteriores. No se trata de una simple exclusión logicista, sino que tiene su razón de ser. Bajo el imperio de la vieja Ley se discutía sobre la validez de las cláusulas de estabilización, cuya finalidad la propia Ley encomendaba al Gobierno por Decreto. Esta posibilidad nunca fue utilizada, lo que unido a la inflación galopante produjo fuertes desequilibrios, que la actualización de rentas previstas en el precepto citado pretende corregir.

Dejando a un lado polémicas anteriores, lo cierto es que con el Decreto Boyer tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la práctica no se duda de la validez de tales cláusulas, que se admiten en toda su extensión sin problemas.

Los contratantes que aquí estudiamos conocían el Decreto liberalizador, pero prefieren continuar con el régimen por el que se venían rigiendo y a pesar de poder pactar un sistema de revisión de renta no lo hacen. Tanto el citado RD como la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, no imponen un mecanismo de revisión de rentas. Es más, la nueva Ley en su Preámbulo, en su número 1.º, dice: «Se opta en relación con los destinados a usos —distintos del arrendamiento de vivienda— por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes».

En consecuencia, al no pactarse un mecanismo de revisión de rentas, sólo ha de abonarse la renta pactada por imperativo de lo dispuesto en la vigente norma y en el Código Civil. La revisión quedaría reservada a supuestos muy excepcionales —además de los previstos en la antigua LAU— cuando una alteración de las circunstancias existentes al contratar produjera una desproporción exorbitante en el equilibrio de las prestaciones y los tribunales hicieran uso de sus facultades revisoras en virtud de la

cláusula *rebus sic stantibus*, el artículo 7 del Código Civil o expediente similar, lo que en la práctica resulta muy difícil.

C) Interpretación de los contratos celebrados en 1988:

- Qué sentido tienen en relación a los de 1967 y 1970.
- Qué significado tiene la denominación de «cláusula adicional» con la que comienza el documento que los contiene.

1.º En los contratos de 1988 que se nos muestra conviene tener presente que no son contratos que surjan de la nada, sino que traen causa de contratos anteriores.

El primero de ellos de fecha 20 de septiembre de 1967, con una renta anual de 36.000 pesetas, pagaderas en doce mensualidades de 3.000 pesetas. El segundo de fecha 1 de julio de 1970, con una renta anual de 48.000 pesetas, abonables en mensualidades de 4.000 pesetas. En ambos contratos se prohíbe el traspaso.

El Código Civil en su artículo 1.282 dice: «*Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*». Ya el Derecho romano daba primacía a los actos para interpretar los contratos (D. 18,1,6&1), doctrina recogida en el Proyecto de Código de 1851, fundamento del vigente, cuyo criterio explica GARCÍA GOYENA —uno de sus principales autores— diciendo: «**Nadie mejor que los mismos contrayentes puede manifestar su intención o verdadera voluntad, y la manifestación por hechos es más elocuente y enérgica que la de palabra**».

En cuanto a los hechos y actos coetáneos, debe tenerse en cuenta que, ya en 1967, la doctrina y la jurisprudencia admitían las cláusulas de estabilización en los arrendamientos de local de negocio (véase, por todos, FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, en cualquiera de sus ediciones), y la práctica conocía ya —como es notorio— los efectos de la inflación en los alquileres. A pesar de ello, los contratantes de 1967 y los de 1970 no pactan ningún sistema de revisión de rentas.

En relación a los contratos de 1988, hay que hacer constar que el criterio de atender a los actos y hechos de las partes del artículo 1.282 del Código Civil atendiendo a su espíritu, la *communis opinio* lo extiende también a los anteriores. DE DIEGO, cuyo criterio sigue el TS, llega a decir que incluso estos actos anteriores son más desapasionados e imparciales, pues no están influidos por el prejuicio de preparar una interpretación determinada del contrato.

Al llegar 1988 el arrendador se encuentra en una situación poco favorable. Recibe una renta devorada por la inflación y, al estar prohibido el traspaso, ni siquiera tiene la esperanza de subir la renta en caso de que se

produjera, el aumento legal y la participación en el precio del traspaso o el que en su caso se negociara. El arrendatario, al no poder traspasar, no puede capitalizar su «fondo de comercio», su *aviamento*, concepto que hoy sí recoge la nueva Ley —fundamento del art. 34—, pero que desconocía la antigua. En consecuencia, el arrendatario prolongará en lo posible la relación locativa.

La situación está bloqueada porque además el RD de 30 de abril de 1985 hace que una renovación simple del contrato prive al arrendatario de la necesaria estabilidad para explotar su negocio y rentabilizar su inversión y trabajo y poder hacer frente a la previsible subida de renta.

La forma de descongelar esta situación es la pactada en 1988. Se produce un aumento espectacular de la renta hasta entonces paralizada. De 3.000 pesetas se pasa a 27.500 pesetas, y de 4.000 pesetas a 42.500 pesetas. Hay una multiplicación por diez, percibiéndose en una mensualidad actual más que antes en todo el año.

Este aumento es muy superior al que correspondía con las normas revisoras de la Ley arrendaticia de 1964. Por tanto, no se limita a absorber las subidas legales de renta. Tampoco ahora se pacta un sistema de revisión, aunque las partes —y de manera especial el arrendador— conocen ya no sólo en la realidad social, sino incluso en su propia experiencia contractual, los efectos de la elevación del coste de vida.

Estos hechos tienen una explicación fuera de la libérrima voluntad y diligencia de los sujetos intervinientes. La enorme subida de renta no quiere únicamente compensar el valor perdido, sino el valor que pierda en el futuro, capitalizado ya ahora. En lugar de actualizar la renta paso a paso, se percibe en cada mensualidad además el plus que compense la pérdida futura. Con este mínimo análisis económico del contrato se explica la causa del negocio y la justificación de por qué no se acudió —cuando se podía y se conocía— a un método de revalorización, *porque el valor estaba inscrito en la renta misma «a priori»*.

En el cálculo del arrendador, el contrato expirará, conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, antes de producirse una pérdida de valor que desnaturalice la renta. Esta es la forma que elige para evitar lo que le sucedió con el contrato anterior. Así resulta de una interpretación objetiva del contrato, combinada con la voluntad declarada y de la manifestada por hechos.

El aumento de renta entendido de esta manera supone algo más que el mero mantenimiento del poder adquisitivo de la renta. Hay una auténtica financiación de presente de la futura pérdida de valor. No se recibe el alquiler en pesetas constantes, se percibe ahora ya el nominal futuro. El alea de la renta se asemeja al de los préstamos y al de las operaciones financieras. Ello justifica el contrato y la ausencia de la cláusula estabilizadora,

mucho más incierta que la cifra fijada con carácter indubitado y que persigue la misma finalidad.

Para concluir, no se trata —en nuestra opinión— de la aplicación del principio nominalista, regla general en nuestro Derecho como han entendido unánimemente los autores y los tribunales al interpretar el artículo 1.170 del Código Civil (*vid.*, por todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*). Regla general que sólo cede ante Ley o pacto expreso, y ello dentro de los límites del orden público. Tampoco de la eficacia de la máxima *vigilantibus, non dormientibus, subveniunt iura*.

La diligencia, la previsión y el cálculo de los contratantes se concreta en la sobreelevación de la renta, que responde a su equilibrada composición de intereses, justificada y explicada por la situación fáctica y jurídica existente al concluir el arriendo. Nada permite ahora algo distinto de lo querido, ni la Ley ni la interpretación del negocio.

2.º Una objeción posible a la tesis defendida podría enunciarse en los siguientes términos: «Los contratos no se celebraron en 1988, sino en 1967 y 1970, y caen por tanto en la órbita de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 24 de noviembre de 1994. En 1988 sólo se adiciona una cláusula, que es accesoria respecto al contrato principal originario. A lo más podría hablarse de una novación modificativa, nunca extintiva. Las mismas partes sólo hablan de una cláusula adicional, no de un nuevo contrato».

A pesar de la aparente fuerza del argumento, lo creemos endeble por las siguientes razones:

I. La cláusula primera de la llamada «cláusula adicional» de 1988 dice que «el tiempo de arrendamiento será de un año». Un año desde la fecha de esta cláusula adicional que determina el *dies a quo*, la fijación de un nuevo plazo que nada tiene que ver con el del contrato primitivo. *En la realidad se innova un elemento esencial del arrendamiento: el plazo*.

II. La cláusula segunda del mismo pacto no expresa que «se eleva la renta», dice «se pacta una nueva renta». No se trata de una cuestión terminológica. La elevación de la renta es tan grande que se produce un salto no cuantitativo, sino cualitativo. *Se está modificando otro elemento esencial del contrato: la renta*.

III. La cláusula tercera del documento de 1988 autoriza el cambio de titularidad del arrendatario, en el mismo acto y para el futuro, en favor de una sociedad por constituir. Cambio que efectivamente tiene lugar, como consta en folios posteriores, con diligencia de acuse de recibo. *Ello da lugar al cambio de un requisito tan sustancial al negocio como los sujetos*.

IV. La cláusula quinta del mismo instrumento concede el derecho de traspaso al arrendatario. Esto es muy significativo, pues en principio bastaba el silencio en la antigua LAU para que el arrendatario tuviera esa

posibilidad. Pero ese pacto es necesario porque en el primitivo contrato se excluía el derecho a traspasar.

Si no existía el derecho a traspasar, la llamada cláusula adicional mal puede contener un traspaso en sentido estricto, que por definición no puede existir sin aquel derecho.

Hay un nuevo contrato que o bien se configura como una renuncia del arrendatario y un contrato de arrendamiento, o bien como una cesión del contrato arrendaticio que consientan las partes del contrato primitivo y la nueva. Pero en cualquier caso un negocio de gran trascendencia, muy distinto del original, con novedades tan importantes como la concesión expresa del derecho de traspaso y las demás citadas.

V. Aunque las partes escriban «cláusula adicional», el derecho español es causalista, espiritualista, y los contratos son lo que realmente son cualquiera que sea la denominación que les den las partes, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. La calificación es previa a la hermenéutica negocial y las normas que la rigen son imperativas, *ius cogens*, y determina el marco legal del contrato, su naturaleza jurídica en la terminología dogmática.

De lo expuesto se deduce que la cláusula analizada entraña un nuevo contrato y en consecuencia una **novación extintiva**.

El artículo 1.156 del Código Civil dice: «*Las obligaciones se extinguen... por la novación*». El artículo 1.203, que comienza la sección «De la novación» en el Código Civil, tiene el siguiente tenor: «*Las obligaciones pueden modificarse: 1) variando su objeto o sus condiciones; 2) sustituyendo la persona del deudor; 3) subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*».

Y según el artículo 1.204 del mismo cuerpo legal: «*Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*».

Los documentos que son objeto de este dictamen muestran que se han variado elementos tan esenciales como el plazo y la renta, que se sustituye, y por dos veces consecutivas, la persona del deudor (arrendatario). Además el nuevo contrato es incompatible con el anterior, pues no se puede prohibir en uno el traspaso y autorizar no sólo el traspaso, sino incluso el cambio de titularidad en la posición arrendaticia, pretendiendo que únicamente ha existido una simple modificación.

Especialmente clara es la causa segunda, «la sustitución de la persona del deudor», que se autoriza y, como ya se ha dicho, se produce.

Con independencia de la polémica existente en el plano doctrinal sobre el concepto de novación modificativa, discutido en la dogmática moderna

por SANCHO REBULLIDA entre otros autores (pues sus pretendidos efectos se explican por otras figuras), lo cierto es que en el supuesto considerado hay una clarísima novación en sentido propio, extintiva. Cumple los dos requisitos clásicos el *aliquid novum*, las innovaciones antes citadas, y el *animus novandi* el deseo de poner fin a la antigua relación locativa tan antieconómica.

El nuevo contrato tiene lugar entre distintas personas en el lado pasivo que cambian dos veces seguidas, con diferente renta y nuevo plazo. Y el local objeto del arrendamiento se destina a un distinto género de actividad. En los primitivos contratos el objeto del negocio era la pastelería y la heladería, y la mercería y joyería respectivamente. En los posteriores, la venta de géneros, ropas, peletería. Datos que constan en los contratos suscritos por las partes. Nada más distinto: otros sujetos, otra renta, otros plazos y otros objetos comerciales y obras autorizadas para adaptar el local al nuevo uso.

En síntesis, se trata de un arrendamiento distinto del anterior, al que sustituye y extingue.

CONCLUSIONES

Las cuestiones planteadas revisten cierta complejidad, tanto por la dificultad de interpretar a la vez tres o cuatro textos legales y los consiguientes problemas de derecho transitorio, como por la necesidad de coordinar la exégesis legal con la hermenéutica contractual. Todo ello unido a lo reciente de la nueva Ley y a la escasez de doctrina y jurisprudencia sobre ella.

Aun así parece claro que ha de respetarse la voluntad contractual contenida en los documentos donde se pactan los negocios de 1988, porque así resulta del principio de autonomía privada que ya recogía el Código Civil y el Real Decreto de 30 de abril de 1985 —bajo cuya vigencia se celebraron los contratos— y que ahora refuerza en esta materia la nueva Ley en su articulado, en su Preámbulo y en su disposición transitoria 1.ª, apartado 2.º Solución que se refuerza por el sentido general de las normas de derecho transitorio o intemporal del Código Civil, aplicables por analogía subsidiariamente (disp. trans. preliminar, y la 1ª y 2ª de manera especial), y del principio de seguridad jurídica, hoy constitucionalizado (art. 9.3 de la Constitución).

Por tanto:

1.º Los contratos de 1988 suponen una novación extintiva de los anteriores. Son unos nuevos arrendamientos que caen en la órbita de la disposición transitoria 1.ª, apartado 2.º, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

2.º Su régimen jurídico es el que resulta del texto del negocio y de la Ley de 24 de diciembre de 1964, cuya normativa se quiere como regla negocial al pactarse la exclusión del Real Decreto de 30 de abril de 1985.

3.º El arrendamiento está sometido al régimen de prórrogas y revisión de rentas de la LAU de 1964 y a su total regulación, incluidas las causas de excepción a la prórroga y de resolución. Lo pactado y esta Ley, y no otra. Ello sucede porque es lo querido por las partes y porque las normas posteriores respetan esta voluntad.

Tal es mi opinión, que someto gustosamente a la de cualquier compañero, mejor fundada en Derecho.

LUIS DÍAZ DE OTAZU GÜERRI
 Abogado

Anulación de una enajenación producida en un procedimiento de apremio fiscal (Apuntes sobre un deslinde de dos órdenes jurisdiccionales)

SUMARIO: I. EL ITINERARIO DEL ASUNTO: A) HACIA LA ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO. B) EL ASUNTO PASA AL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.—II. SOBRE EL DESLINDE DE JURISDICCIONES: A) COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA MATERIA DE APREMIO. B) LA FACETA REGISTRAL DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO. C) UNA REFERENCIA AL DESLINDE DE ÓRDENES JURISDICCIONALES. D) EFECTOS DE LA ANULACIÓN EN CASO DE HABER TERCEROS. E) SOBRE LA REMISIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.—III. SOBRE LA VIA CIVIL: A) EL PLEITO CIVIL EN SUS DOS INSTANCIAS. B) LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. SOBRE LA VIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: A) REFLEXIONES SOBRE LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SEGUIDA EN EL CASO. B) EL RECURSO DE AMPARO COMO ÚLTIMO REMEDIO.

I) ITINERARIO DEL ASUNTO

A) HACIA LA ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO

El conocimiento de una reciente sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo nos ha movido a dedicar estas líneas al interesante caso que aquélla vino a decidir de forma definitiva. Y como tal Sentencia, de 24 de octubre de 1994, es coronación de un largo itinerario judicial, vamos a comenzar por exponer los distintos pasos que la precedieron, siguiendo un orden estrictamente cronológico. Tras ello se harán una serie de consideraciones, bien de índole hipotecaria o registral o atinentes al proceso civil y al recurso contencioso-administrativo que en aquel caso se dieron. Por ello, la alusión al deslinde entre los dos órdenes jurisdiccionales.

Las actuaciones que dieron comienzo a la larga historia fueron las de tipo recaudatorio llevadas a cabo por la zona de Posadas (Córdoba) para el cobro de unos débitos por Contribución Territorial Rústica y Urbana y por Seguridad Social agraria. El apremiado fue el nudo propietario de una finca. Al no solventarse los débitos se produjo la subasta del inmueble, que fue adjudicado a tres compradores. Hubo a favor de éstos otorgamiento de escritura pública y la misma fue inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Frente a tales actuaciones, el apremiado dedujo reclamación ante el TEA provincial de Córdoba. Alegaba defectos en las notificaciones que debían invalidar toda la vía de apremio. La reclamación fue desestimada porque el Tribunal no apreció aquellas irregularidades. El fallo era de 28 de junio de 1982 y aludía a unas declaraciones testificales que no confirmaban las alegaciones del reclamante.

El indicado nudo propietario recurrió en vía contencioso-administrativa ante la Sala de ese orden de la Audiencia Territorial de Sevilla. Dicho Tribunal en su Sentencia de 31 de diciembre de 1983 desestimó el recurso. El actor había alegado ciertas faltas de notificaciones y de publicación de edictos y, además, que el procedimiento se había seguido frente al pleno dominio de la finca, siendo así que él era únicamente nudo propietario. A esto último respondió la Sentencia que el usufructuario (el padre del actor) había fallecido antes de la tasación y de la enajenación de la finca. Por ello, al haberse producido la consolidación del dominio en la persona del nudo propietario, aquel posible defecto había quedado subsanado.

Frente a la indicada sentencia de la Sala, el apremiado interpuso recurso de apelación ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Esta estimó dicha apelación en su Sentencia de 25 de junio de 1987 (RA 4930). Se declaró que la providencia de apremio era contraria a derecho por la falta de notificaciones de la liquidación correspondiente, procediendo declarar nula y sin efecto la subasta y la adjudicación efectuada y reponer el procedimiento de apremio a su momento pertinente, esto es, aquel en que se dictó la providencia de 1 de febrero de 1980.

Hay que decir que el fallecimiento del usufructuario ocurrió el 11 de febrero de 1981. Y asimismo que la finca embargada y subastada era bien ganancial del apremiado y su esposa.

La Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo se basa fundamentalmente en que en el expediente no se practicó notificación alguna al usufructuario ni tampoco a la esposa del apremiado a pesar de que así se había dispuesto en momento anterior. Entiende el Supremo que el posterior fallecimiento del usufructuario no subsana aquel defecto. Por todo ello resuelve que se ha incurrido en un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. La Sentencia también

hace referencia a un informe de la Abogacía del Estado de Córdoba después de realizada la subasta y que obraba en el expediente, en el que se cuestionaba la legalidad de la enajenación.

Cuando tal Sentencia del Tribunal Supremo se remitió a la Sala de Sevilla para su ejecución, ésta dispuso que la finca enajenada se devolviera al apremiado y que se cancelara la inscripción que en el Registro de la Propiedad se había producido a favor de los tres compradores. Para todo ello dispuso librar exhorto al Juzgado de Primera Instancia de Posadas.

Cuando con tal motivo los compradores de la finca tuvieron conocimiento de la Sentencia que había pronunciado el Tribunal Supremo anulando la subasta, se personaron ante la Sala de Sevilla el 29 de marzo de 1988 en escrito por el que promovían incidente de nulidad de actuaciones y en el que impugnaban las medidas que tal Sala había acordado en ejecución de la Sentencia.

Tales pretensiones fueron desestimadas por auto de la Sala de Sevilla de 1 de septiembre de 1988. Entendía aquélla que si bien los compradores no fueron parte en las dos instancias del recurso contencioso-administrativo, en cambio conocieron la Sentencia del Tribunal Supremo porque la Recaudación de la zona se la notificó notarialmente en 24 de septiembre y 10 de diciembre de 1987. Pudieron, pues, haber acudido al recurso de audiencia al rebelde.

La Sala entiende que el orden contencioso-administrativo era competente para ejecutar la Sentencia anulatoria y, por tanto, para acordar la devolución de la finca al apremiado y la cancelación de la inscripción a nombre de los compradores. Era este un pronunciamiento prejudicial que no impide el que después el orden civil se pronuncie con plenitud de jurisdicción.

Es más, entre tanto uno de los tres compradores había vendido su parte a los otros dos. Y éstos habían dividido materialmente la finca, dando lugar a dos nuevas que se habían adjudicado, con la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Pues bien, la Sala de Sevilla decreta también la cancelación de estas inscripciones porque los compradores no eran tercero hipotecario protegido.

Hay que decir que en el intermedio el apremiado había fallecido. Por eso aquel incidente de nulidad de actuaciones promovido por los compradores se había seguido ya frente a los hijos y herederos de aquel nudo propietario.

B) EL ASUNTO PASA AL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Con independencia de aquellas actuaciones que los compradores del inmueble promovieron ante la Sala de Sevilla, en 1988 iniciaron también

pleito civil de menor cuantía ante el Juzgado de Córdoba. Demandaron allí porque al dirigirse la demanda contra el Estado operaba el fuero de la capital de la provincia. El litigio se promovía, en suma, frente a los hijos del apremiado, frente a su viuda y contra la Hacienda Pública. Ejercitaban los compradores una acción declarativa de eficacia de negocio jurídico de transmisión de inmueble.

He aquí el contenido del Suplico: «Declaración de eficacia de la transmisión efectuada en nombre de (el apremiado), y en favor de (los tres compradores), por aplicación del principio de protección al tercer adquirente a título oneroso inscrito de buena fe; y rectificación de la inscripción de transmisión otorgada por el Sr. Recaudador el 12 de noviembre de 1981 en favor de (los tres compradores), y sustitución de la misma por la declaración de eficacia de transmisión efectuada en nombre de (el apremiado) en favor de los referidos adquirentes en aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

El Juzgado de Córdoba dictó Sentencia en 30 de enero de 1989 plenamente estimatoria de la demanda, ya que acordó conforme al Suplico de aquélla. Para ello hubo que obviar el tema de que los compradores fueran terceros, pues admitía que no lo eran en realidad. Pero negaba la nulidad del negocio jurídico transmisivo por cuanto las irregularidades del procedimiento de apremio no podían acarrear aquella nulidad. Y la protección a la buena fe de los compradores había de determinar la subsistencia de su adquisición.

La Sentencia del Juzgado fue apelada por las partes demandadas ante la Audiencia Provincial de Sevilla. Pues bien, pendiente tal apelación, los hijos del apremiado en la ejecución de Sentencia que tramitaba la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, pidieron que ésta requiriera la inhibición al Tribunal del orden civil por ser la materia de índole administrativa. La Sala de lo Contencioso por auto de 29 de noviembre de 1989 denegó realizar tal requerimiento. Argumentaba que la competencia para pronunciarse sobre la propiedad de la finca embargada al apremiado y adjudicada en subasta a los compradores corresponde exclusivamente a los órganos del orden civil. La decisión de éstos es una cuestión previa para en su caso poder continuar la ejecución de la Sentencia del recurso contencioso-administrativo.

Volvamos ahora al auto de 1 de septiembre de 1988 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla. El mismo fue apelado al Tribunal Supremo por los compradores, recurso que decidió el Alto Tribunal por auto de 28 de septiembre de 1990. Por él revoca el apelado y declara que corresponde a los órganos de la jurisdicción civil ordinaria el pronunciarse sobre a quién corresponde la propiedad de la finca subastada como cuestión previa para, en su caso, poder continuar la ejecución de la Sentencia de 25 de junio de 1987.

El Supremo invocaba el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, precepto que igualmente declara la competencia exclusiva de los mismos órganos (los civiles) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español. Por ello, en su auto accede a la petición del apelante de remitir a las partes al procedimiento civil ordinario.

Hay que consignar que aunque al dictarse tal auto de 28 de septiembre de 1990 hacía ya un año que había recaído la Sentencia de 1989 del Juzgado de 1.^a Instancia, el Tribunal Supremo no se refiere a ésta en su resolución posiblemente en la tramitación escrita que recibió el recurso de apelación resuelto por el auto.

Y volvamos también ahora al auto de la Sala de Sevilla de 29 de noviembre de 1989 que denegó requerir la inhibición a la Audiencia Provincial de la misma capital que conocía de la apelación de aquel pleito civil. Apelado el auto denegatorio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por los herederos del apremiado, fue confirmado por otro de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1991. Para desestimar la apelación el Tribunal Supremo se remite a los fundamentos de su anterior auto de 28 de septiembre de 1990, que antes resumíamos.

Poco tiempo después la Audiencia Provincial de Sevilla en su Sentencia de 3 de mayo de 1991 resolvió el recurso de apelación frente a la Sentencia del Juzgado de Córdoba. Habían apelado los hijos del apremiado y el Abogado del Estado. Los compradores, en cambio, no comparecieron en esa segunda instancia.

La Audiencia estimó el recurso de apelación y absolvió a los demandados de la demanda entablada. Para ello, el argumento fundamental fue que los compradores no eran terceros hipotecarios en cuanto habían sido parte en el negocio jurídico de adquisición que el Tribunal Supremo había declarado nulo. Se invocaba también en la Sentencia el artículo 33 de la Ley Hipotecaria sobre que la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Finalmente, esa Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación por los compradores ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Dicho recurso fue íntegramente desestimado por la Sentencia de 24 de octubre de 1994 (RA 7680).

La Sala recuerda los requisitos que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que aparezca la figura del tercero hipotecario. Y se remite a la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sala en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser necesariamente válido. Si fuera nulo se aplicaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. Y la Sala 3.^a del Tribunal Supremo había declarado nula la subasta por la que los compradores adquirieron la finca litigiosa.

II. SOBRE EL DESLINDE DE JURISDICCIONES

A) COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA MATERIA DE APREMIOS

Que la Administración tenga competencia para entender de los procedimientos de apremio es cosa que no admite duda. Pero esa competencia se extiende a declarar la nulidad de las enajenaciones producidas en esos expedientes cuando haya causa para ello y aunque el bien hubiera sido adjudicado a un rematante. En otro lugar hemos tocado este tema más de propósito. Aquí sólo traeremos algunas de las decisiones jurisprudenciales en aquel sentido. La antigüedad de las mismas no las resta autoridad, antes bien se las proporciona credida.

La primera es un Real Decreto-Sentencia del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1884. Se cuestionaba la legalidad de una Real Orden del Ministerio de Hacienda que declaró la anulación de una venta.

Se parte de que siendo administrativos los procedimientos recaudatorios, el revisar los actos constitutivos de dichos expedientes es competencia de la Administración. Por tanto, si el remate, por cuyo medio se ejecuta la venta de los bienes apremiados es parte esencial del procedimiento recaudatorio, la declaración de su validez o nulidad cae de lleno y exclusivamente bajo aquella misma competencia administrativa.

Y en cuanto al valor que pudieran tener los derechos del comprador fundado en la escritura de compra, se dice: «Este contrato es por su naturaleza de carácter civil y al propio tiempo administrativo por su origen, como llevado a cabo por la autoridad y a causa de un servicio público. Bajo el primer concepto queda sujeto a la exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia (se entiende los ordinarios) en cuanto a las condiciones civiles de su validez; en cambio, en orden a los derechos que pueda alegar un tercero sobre la cosa objeto del mismo o a las reclamaciones entre el adquirente y el anterior propietario por razón de evicción u otros conceptos de igual índole, no puede ser extraño el contrato a la competencia administrativa por lo que respecta a dicho origen ni dejar de participar de los vicios que a ese mismo origen afectan».

Por ello, «si no se concediera a la Administración la facultad de reparar al propietario ilegítimamente desposeído de sus bienes mediante la restitución, resultaría o que el agravio quedase subsistente o que llevado el caso ante los Tribunales fallasen éstos sobre los actos de la Administración».

Hay que decir que esos Tribunales eran los ordinarios. Por lo demás, hoy día la actuación de la Administración en estos asuntos es plenamente revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Es lo que ocurrió precisamente en el caso que comentamos, pues la Sentencia del Tribunal

Supremo de 25 de junio de 1987 fue la que amparó al deudor ilegítimamente desposeído de sus bienes.

El Real Decreto-Sentencia de 1884 concluye así: «Esta facultad, o más bien obligación de restituir, que a la Administración asiste se encuentra confirmada por el Real Decreto de 21 de febrero de 1867. Según tal disposición, a la misma autoridad a quien incumbe conocer de la exención o nulidad de la subasta de fincas enajenadas por la Nación corresponde llevar a efecto sus acuerdos hasta que el dueño legítimo de la cosa vendida vuelva a su quieta y pacífica posesión; y esta doctrina, aunque referente en el expresado Real Decreto a los bienes desamortizados, es con mayor razón aplicable a las subastas que se producen en los expedientes de apremio».

En efecto, el argumento *a fortiori* era plenamente conducente, pues los procedimientos recaudatorios de apremio están claramente sujetos al Derecho Administrativo y en ellos la Administración obra como poder y no como particular.

Citamos en segundo lugar el Real Decreto de 7 de diciembre de 1895 que desestima un recurso de queja planteado por la Audiencia de Sevilla frente a la Administración. «Porque la Ley, ante los procedimientos que se siguen por la Administración, los ha sacado, por su naturaleza especial y privilegiada, fuera de las reglas del Derecho Común; y separando el conocimiento de esta clase de negocios de la jurisdicción ordinaria, los ha sometido a la exclusiva competencia de la Administración y ha establecido a su vez reglas especiales para la sustanciación de tales asuntos». Hoy esa competencia exclusiva de la Administración hay que entenderla con la posterior revisión de su actuación a cargo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La misma doctrina se encuentra en el Real Decreto de competencia de 12 de marzo de 1897. En el mismo se decide la competencia a favor de la Administración. «Porque decretada la nulidad de la adjudicación por autoridad que obraba dentro del círculo de sus atribuciones, dada la índole esencialmente administrativa del expediente en que se dictó..., es innegable que sólo a la Administración corresponde mantener en la posesión, de que indebidamente privó, al apremiado...»

Mencionamos en cuarto lugar el Decreto de competencias de 22 de septiembre de 1927 que también la decidió a favor de la Administración. Ante una súplica de la demanda de que se declarara la nulidad del procedimiento de apremio y de sus incidencias y los vicios de su tramitación, se decide que esa materia es privativa de la resolución administrativa. «Como los Delegados de Hacienda al resolver sobre la nulidad de los apremios han de determinar la responsabilidad de los funcionarios que los tramitaron, resulta improcedente que todas estas cuestiones sean sometidas ante quien no tiene jurisdicción para resolverlas con la requerida plenitud».

Desde luego, el que los Tribunales civiles no son competentes para anular las actuaciones del procedimiento administrativo de apremio es algo que actualmente viene reiterando la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. La misma ha recaído en juicios de tercerías de dominio frente a la Hacienda Pública, en los que los terceristas, además de pedir el levantamiento del embargo, solicitaban aquella nulidad del procedimiento, lo que el TS rechaza.

B) LA FACETA REGISTRAL DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO

La añeja jurisprudencia que hemos citado sobre competencia de la Administración para entender de todas las actuaciones de la vía de apremio viene confirmada por la que ha emanado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Así, la Resolución de 5 de diciembre de 1894 proclama «que teniendo competencia la Administración para resolver sobre todas las incidencias de los apremios, se ha estimado que la nulidad de éste es una de tantas incidencias, y la Administración ha venido decretándola en uso de una atribución reconocida por los Reales Decretos...»

A su vez, para la Resolución de 19 de mayo de 1897 «la providencia que declaraba la nulidad del remate y de la escritura de venta de la finca ha sido dictada dentro del procedimiento administrativo y se refiere a un trámite del mismo...»

Curiosamente, en el caso que estamos analizando, cuando la Sentencia de la Sala 3.^a del TS llegó al Delegado de Hacienda de Córdoba para cumplimiento, dicha autoridad anuló el procedimiento de apremio que se había seguido. En cambio, entendió que el anular las inscripciones producidas en el Registro de la Propiedad a favor de los compradores excedía de su competencia.

No lo creemos así. Aunque no sea más que por aquella reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros conforme a la cual en los expedientes recaudatorios y en todas sus incidencias los organismos económicos actúan como verdaderas autoridades judiciales y ejerciendo una a modo de jurisdicción ejecutiva. Se está, pues, muy lejos de una actuación como mera persona privada. Esta jurisprudencia aparece recogida por el maestro ROCA SASTRE en su Derecho Hipotecario al tratar de la extensión de la facultad calificadora de los Registradores.

Precisamente en nuestro artículo «Una reforma necesaria» (la del título primero del Reglamento Hipotecario), aparecido en el número 509 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, correspondiente a los meses de julio y agosto de 1975, exponíamos que los artículos 17 al 29 del Regla-

mento Hipotecario han dejado de tener aplicación en cuanto a la venta de bienes desamortizados para lo que inicialmente se redactaron. En cambio, pueden tener juego en los procedimientos recaudatorios donde las ventas administrativas por vía de apremio siguen ofreciendo total actualidad.

En concreto, los artículos 27 y 28, sobre nulidad de las ventas o quiebras de las subastas, serían perfectamente aplicables a los procedimientos recaudatorios. Incluso la anotación preventiva que allí se prevé era una medida de garantía para evitar la aparición de posibles terceros, como estuvo a punto de ocurrir en el caso que comentamos y cual después veremos.

Por todo lo expuesto, claro es que no compartimos plenamente la doctrina que se contenía en el auto de 28 de septiembre de 1990 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo y al que anteriormente hicimos referencia: «La desposesión de los adjudicatarios de la finca embargada en el procedimiento de apremio implica la necesidad de pronunciarse sobre la propiedad de tal finca si la misma sigue correspondiendo al contribuyente o, por el contrario, corresponde ya al adjudicatario; y tal cuestión ha de ser resuelta por los órganos de la jurisdicción civil, que son los competentes con carácter exclusivo para ello, por expresa disposición del artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que igualmente declara la competencia exclusiva de los mismos órganos en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español. En consecuencia, procede estimar el presente recurso de apelación y anular el auto apelado, accediendo igualmente a la petición de la parte apelante de remitir a las partes al procedimiento civil ordinario». Más adelante volveremos a expresar nuestro criterio, que no coincide con el que se acaba de transcribir.

C) UNA REFERENCIA AL DESLINDE DE ÓRDENES JURISDICCIONALES

Si no hemos coincidido con el criterio del auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1990, sí estamos, en cambio, de acuerdo con el deslinde de jurisdicciones que se hacía en el auto de 1 de septiembre de 1988 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla y que fue revocado por el del Supremo. Veamos la doctrina de la resolución de la Sala de Sevilla.

«En la determinación del alcance de los términos del fallo de la Sentencia la competencia de esta jurisdicción (la contencioso-administrativa) se extiende «al conocimiento y decisión de cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo», pero «la decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte y podrá ser

revisada por la jurisdicción correspondiente» (art. 4), siendo interpretado este último extremo por la doctrina en el sentido, que estima correcto la Sala, de que de manera alguna la otra jurisdicción pueda revisar el acuerdo de la de lo contencioso sobre la cuestión prejudicial; lo único que puede hacer es desconocerlo, hacer caso omiso de él, juzgar en definitiva con plenitud de jurisdicción y sin vinculación alguna a lo resuelto por la de lo contencioso con anterioridad».

Por lo que se refiere al Auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1990, no estimamos concluyente la cita del artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que más arriba indicábamos. Y es que ese precepto se ocupa de deslindar la jurisdicción de los tribunales españoles frente a la de los extranjeros. Por el mismo motivo, y en sentido exactamente contrario, pudo haberse citado el párrafo de dicho artículo 22 relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa como revisora de lo actuado por las autoridades españolas.

La clave tenía que estar en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica, que es el que establece el verdadero deslinde entre los distintos órdenes jurisdiccionales y el que atribuye al contencioso-administrativo la revisión de los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo, cualidad que, evidentemente, tienen todos los del procedimiento recaudatorio o de apremio. También era pertinente la mención del artículo 10 de la LOPJ sobre el conocimiento prejudicial de los asuntos, como correctamente hizo la Sala de Sevilla; y es que en cuanto a esto último de la prejudicialidad, la única excepción era para el orden jurisdiccional penal, la que no era aplicable en el presente caso.

D) EFECTOS DE LA ANULACIÓN EN CASO DE HABER TERCEROS

En el supuesto que comentamos conviene recordar que los tres compradores de la finca embargada, tras inscribirla a su favor en el Registro de la Propiedad, realizaron otros negocios jurídicos. En efecto, la parte de uno de ellos se vendió a los otros dos, que después dividieron materialmente la finca en dos porciones que respectivamente se adjudicaron.

Pues bien, la Sala de Sevilla, cuando por auto de 1 de septiembre de 1988 trató de ejecutar la Sentencia definitiva del Tribunal Supremo anulatoria de la subasta, también acordó la nulidad de aquellas últimas inscripciones de venta y división material. Porque acordada la nulidad de la subasta había que continuar de nuevo la vía de apremio hasta su final con las consecuencias legales correspondientes, para lo que tenía que estar libre el camino de posteriores impedimentos, lo que obliga a declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a dicha providencia de 1 de febrero de

1980 (que era la fecha indicada por el Tribunal Supremo), pues lo contrario podría dar lugar a una doble inmatriculación en la finca.

Para la Sala de Sevilla esa nulidad comprende los negocios jurídicos celebrados por los tres adjudicatarios de la subasta y las subsiguientes inscripciones registrales, puesto que «las inscripciones no convalidan los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (art. 33 de la Ley Hipotecaria), con el único impedimento de que exista un tercero hipotecario».

Para la Sala esta cualidad de tercero protegido no se daba en los dos compradores que comparecieron ante ella. Porque si alegan la escritura pública que se les otorgó como culminación de la subasta administrativa, en ese negocio jurídico eran partes y no terceros. Y si alegaban la compra de la tercera parte indivisa al otro adjudicatario, lo que ocurrió a principios de 1987 (antes por tanto de la Sentencia de la Sala 3.^a, que era de 25 de junio de ese año), como esa compra y división material no se inscribió en el Registro hasta octubre de ese año 1987, en ese momento los interesados no tenían buena fe porque en el mes de septiembre anterior se les había notificado la sentencia del TS anulatoria de la subasta.

No compartimos esta última apreciación de la Sala. Porque el requisito de la buena fe hay que remitirlo al momento de perfeccionarse el negocio adquisitivo y no al de practicarse la inscripción. Ahora bien, lo que creemos es que en esa adquisición de la tercera parte indivisa tampoco los dos compradores eran verdaderos terceros.

Porque en definitiva esas dos personas eran las mismas que habían intervenido en la subasta que después fue declarada nula. Y los que eran parte no pueden mediante esos negocios jurídicos internos de transmisión de cuotas convertirse en terceros. La cualidad personal de parte no puede borrarse posteriormente. Y es, como se ha dicho con frase gráfica, el tercero verdaderamente protegido es el que viene de lejos, lo que no ocurría en nuestro caso con los dos adjudicatarios. Si también se ha negado la condición de tercero a aquel supuesto en que las partes constituyen una sociedad entre ellos, mucho más habrá que negarlo en este caso de condominio y división material en el que las personas son las mismas sin que aparezca una nueva personalidad.

E) SOBRE LA REMISIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Antes transcribíamos un considerando del auto del TS de 28 de septiembre de 1990 en el que a la vista de los problemas civiles que se planteaban en aquella ejecución de Sentencia se exponía que era procedente remitir a las partes a los Tribunales ordinarios. Ahora bien, en ese momento no

constaba haberse iniciado el pleito civil. Por ello creemos que no era procedente tal remisión jurisdiccional. Aunque es cierto que la misma no se llevó a la parte dispositiva del auto, nos parece más correcta la postura no inhibicionista de la Sala de Sevilla en el auto que revocó el Supremo.

Otra será la solución cuando ya el orden civil había comenzado a actuar. Ante tal hecho la propia Sala de Sevilla en el auto de 29 de noviembre de 1989, más arriba citado, decidió que no cabía requerir de inhibición a la Audiencia Provincial que entendía de la apelación del pleito civil. Y es que este último orden había resuelto dentro del ámbito de sus competencias, que son de naturaleza prejudicial respecto del orden contencioso-administrativo. Por tanto, no es posible que la Sala de este último orden «continúe actuando en una materia en que su competencia es sólo vicaria y prejudicial». Distinto sería cuando los órganos jurisdiccionales civiles hubieran dicho su última palabra.

III. SOBRE LA VIA CIVIL

A) EL PLEITO CIVIL EN SUS DOS INSTANCIAS

Hemos defendido la competencia del orden contencioso-administrativo para pronunciarse sobre la validez del procedimiento de apremio, sobre la de la subasta con que aquel terminó y, por consecuencia, para decretar incluso la reintegración en la posesión al apremiado y la cancelación en el Registro de la Propiedad de los asientos a favor de los adjudicatarios.

Pero supuesto ello, lo que no podrá negarse es la competencia del orden jurisdiccional civil para pronunciarse en último extremo sobre una cuestión de propiedad y de validez de los asientos registrales. Si es cierto que el artículo 22 de la LOPJ delimita la jurisdicción de los Tribunales españoles frente a la de los extranjeros, no lo es menos que al mencionar los temas de propiedad de bienes inmuebles y de nulidad de los asientos del Registro lo hace con referencia al orden jurisdiccional civil. Y es que el criterio tradicional ha sido el de encomendar a la jurisdicción ordinaria (hoy al orden jurisdiccional civil) las cuestiones de propiedad y derechos reales, sin que exista motivo válido para alterar criterio tan arraigado.

Eso es lo que ocurrió en el caso que comentamos. Después de que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo acordase la nulidad del procedimiento de apremio, los Tribunales civiles entendieron del tema en todas sus instancias y con absoluta normalidad. Otra cosa es que sus sentencias no fueran todas conformes, circunstancia que también se había dado en las recaídas en el recurso contencioso-administrativo.

Recordemos que en el pleito civil los compradores de la finca solicita-

ban la declaración de eficacia de su negocio jurídico adquisitivo como amparados en la protección al tercero de buena fe que inscribe y que es a título oneroso, y en segundo lugar, la rectificación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, para declarar la eficacia de la adquisición en aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Más arriba transcribimos los términos exactos del suplico que ahora hemos reiterado en lo esencial.

En realidad, la segunda petición entendemos que era básicamente superflua. Porque si se declaraba la protección de los adquirentes como terceros hipotecarios en posesión de todos los requisitos legales, la verdad es que no había por qué retocar la inscripción de su adquisición. En ésta serían mantenidos estos terceros (a pesar de aquella nulidad que había decretado la Sala 3.^a del TS) por efecto y mandato de la Ley, concretamente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y con ello la inscripción de su derecho quedaba como algo invulnerable, sin que la Sentencia judicial pudiera añadir nada a ese efecto salvo el declarar que se había producido.

Sí era, en cambio, totalmente necesaria para el interés de los compradores la primera petición del suplico de su demanda, esto es, la de que se declarase la validez del acto adquisitivo por aplicación de la protección legalmente debida al tercero hipotecario. Por ello, los actores hablaban de adquisición a título oneroso, de haberla realizado con buena fe y del juego en concreto de aquel artículo 34.

Lo que ocurre es que al proceder así en su suplico los actores estrechaban considerablemente sus posibilidades de éxito. Lo jugaban todo a una sola carta: la de ser terceros hipotecarios. Y esa carta es la que tenían en contra.

Precisamente por ello la Sentencia del Juzgado, que estimó las pretensiones de los reclamantes, fue un puro esfuerzo para lograr la protección de éstos fuera del marco que los mismos habían elegido. Tan así ocurrió que incluso podemos pensar que dicha Sentencia incurrió en una suerte de incongruencia al variar la causa jurídica de estimación de la demanda.

En efecto, la Sentencia acaba por reconocer que los adquirentes en la subasta no eran verdaderos terceros. Pero insiste en poner de relieve su buena fe, esa confianza con que acudieron a la subasta administrativa y que era merecedora de mejor suerte. De ahí su conclusión de que el negocio jurídico adquisitivo no era nulo, puesto que la nulidad del procedimiento administrativo no podía arrastrar o contaminar a la escritura pública de venta. El Juzgado invoca el artículo 6 del Código Civil sobre que la nulidad sólo se da en los actos contrarios a Leyes imperativas. Se cita también el artículo 433 del propio Código, conforme al cual es poseedor de buena fe el que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.

Frente a la difícil Sentencia del Juzgado de Córdoba, la dictada en

apelación por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 3 de mayo de 1991 era mucho más lineal. Como la protección la habían pedido los actores en base a su cualidad de terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de lo que se trataba es de ver si ostentaban tal condición.

La Sala recuerda la jurisprudencia del TS de que en Derecho Civil «debe entenderse por terceros, con determinación a un determinado acto o contrato, los que en el mismo no han sido parte; y para llegar al concepto de tercero hipotecario hay que partir de un nuevo contrato en el que éste interviene sin ser contratante en el anterior». Pues bien, los actores adquirieron en virtud de la subasta y de la escritura pública posterior, con lo que en estos títulos de adquisición (anulados por la sentencia del TS) fueron parte y no terceros.

Hay que decir que los actores no comparecieron en esta segunda instancia, aunque posiblemente su presencia no hubiera alterado el resultado de la Sentencia revocatoria de la Sala, la cual absolvió de la demanda a los demandados. Es curioso el que en esa Sentencia de apelación existe un 5.º fundamento de Derecho sobre las facultades del orden contencioso-administrativo para ejecutar la sentencia del TS que anuló el procedimiento de apremio. Y si así lo calificamos es porque en este fundamento 5.º se reproduce literalmente parte de la argumentación que la Sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla en su auto de 1 de septiembre de 1988 había utilizado para fundar su propia competencia en la ejecución. Posiblemente la Sala de lo Civil tuvo a la vista el auto de la del orden contencioso-administrativo y participó de su doctrina. De todas formas, el razonamiento era un tanto innecesario en cuanto que el pleito civil quedaba zanjado al negar a los actores la condición de tercero hipotecario que pretendían.

B) LA SENTENCIA DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO

Frente a la Sentencia de la Audiencia de Sevilla que hemos mencionado, los compradores de la finca recurrieron en casación. El recurso fue desestimado por la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1994, que es la que en realidad ha provocado estos comentarios. Su contenido básico lo hemos expuesto más arriba. Ahora daremos la parte esencial del fundamento de Derecho 5.º, que es el que provoca la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia de la Audiencia.

«La Sentencia de 23 de mayo de 1989 declara que “la cualidad de tercero hipotecario, como puntualizó la Sentencia de esta propia Sala de 18 de marzo de 1987, no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe

con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca—; asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 1989 proclama que “para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual—. En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de marzo de 1993, que también recoge las dos anteriormente transcritas. La expresada doctrina jurisprudencial ha de llevarnos a la ineludible conclusión de que los demandantes en el proceso, y aquí recurrentes, no tienen la condición de terceros hipotecarios al haber la tantas veces repetida Sentencia de la Sala 3.^a de este Tribunal Supremo declarando nula la subasta por la que aquéllos adquirieron la finca litigiosa».

En el recurso de casación también había un motivo anómalo. Era aquel por el que se acusaba a la Sentencia de la Audiencia de haber hecho unas afirmaciones que en realidad no aparecían en la misma y que eran los motivos por los que la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo había anulado la subasta, esto es, la falta de notificación a la esposa del apremiado y al padre de éste, usufructuario de la finca.

Igualmente, era peculiar el cuarto motivo del recurso de casación. Se entendía en él que el apremiado, al no impugnar en tiempo el procedimiento de apremio, había ratificado la compraventa que en representación de aquél hizo el Recaudador de la zona a favor de los compradores. El motivo era extraño puesto que, lejos de tal consentimiento, el apremiado y después sus herederos habían impugnado aquel procedimiento recaudatorio, primero en la vía económico-administrativa y después en las dos instancias del recurso contencioso-administrativo.

Más entidad tenía el tercer motivo de la casación. Alegaban los actores su buena fe y la confianza con que acudieron a la subasta administrativa del bien embargado. A esta consideración, con fuerte apoyo en la equidad, opone el TS la protección que también merecían el verdadero propietario del inmueble y sus herederos. Y es que éstos a través de un procedimiento

administrativo irregular se vieron privados de un bien que valía mucho más de lo que los compradores ofrecieron en el remate.

A esta última consideración añade el TS otra que es de gran interés. «Ello sin perjuicio, como es obvio, de que si los rematantes, aquí recurrentes, se consideran perjudicados por la anulación de la subasta y, por ende, de la adquisición aparentemente realizada a través de la misma puedan ejercitar las acciones que sean procedentes contra el órgano administrativo que al tramitar negligentemente el procedimiento de apremio fue el determinante de la referida nulidad de actuaciones, en reclamación de los perjuicios que consideren han sufrido por ello».

Sólo dos observaciones a tan atinada consideración. La primera, que la reclamación habría que deducirla, más que frente al órgano administrativo, frente a la Administración estatal, que es la que pudo causar el daño por el funcionamiento, en este caso anormal, del servicio público de recaudación de los tributos. Es significativo que en la vía administrativa obraba un informe del propio Abogado del Estado cuestionando la validez de la subasta celebrada.

La segunda observación es que esa pretensión de indemnización cerca de la Administración Pública es la que hace poco hemos postulado también para un caso típico del Derecho Hipotecario. El de la inscripción retrasada de una adquisición anterior cuando entre tanto ha culminado un procedimiento ejecutivo en base a una anotación preventiva de embargo que pudo hacer confiar al adquirente en la regularidad de ese procedimiento. Hacíamos esa indicación en la parte final de nuestro trabajo, «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 620, correspondiente a los meses de enero y febrero de 1994.

IV SOBRE LA VIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) REFLEXIONES SOBRE LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SEGUIDA EN EL CASO

Volvamos ahora al recurso contencioso-administrativo que en sus dos instancias siguió el apremiado frente al acuerdo del TEA de Córdoba que denegó anular las actuaciones del procedimiento de apremio. Ante la Sala de Sevilla las nulidades que se alegaron se referían al propio apremiado. Se argumentaba que se había subastado el pleno dominio de la finca, siendo así que el deudor sólo tenía la nuda propiedad y no el usufructo. A ello opuso la Sala que, por fallecimiento del usufructuario, el derecho de éste se había consolidado en la persona del actor o nudo propietario.

En la apelación ante el TS el apremiado cambió fundamentalmente la motivación del recurso. Ahora lo que se alegaba eran las faltas de notificación a la esposa del actor, la cual era necesaria dado el carácter ganancial del bien, y al padre del reclamante, que era el usufructuario de la finca y a quien debió comunicarse el débito. En todo caso, en el recurso de apelación se indicaba que las actuaciones administrativas eran nulas de pleno derecho conforme a la letra c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente a la sazón.

Realmente no había inconveniente alguno en que la motivación del recurso variara en la segunda instancia. Porque la pretensión era siempre la misma, esto es, la nulidad de la subasta. De otro lado, el recurso contencioso-administrativo no es un verdadero litigio donde las partes pueden exhibir con toda amplitud las argumentaciones y fundamentos de derecho en que apoyen sus pretensiones anulatorias.

Es más, aunque esa variación en los motivos de impugnación se introdujera en la apelación, ello podía considerarse admisible dadas las amplias facultades que en ese recurso ordinario tiene el Tribunal de Segunda Instancia. Y es que éste se coloca en el lugar del inferior con plena competencia y, por otro lado, para él rige también plenamente el principio *iura novit curia* en lo que se refiere a la fundamentación jurídica.

En cambio, es mucho más problemático que el apremiado apelante pudiera invocar como base para la anulación del procedimiento una serie de defectos formales que en realidad no le afectaban a él sino a otras personas, como eran su esposa y su padre. Porque cabría afirmar que esa falta de notificación al usufructuario y a la cotitular del bien ganancial quienes tenían que haberla alegado eran los respectivos interesados. En efecto, una reiterada jurisprudencia establece que la indefensión quien puede invocarla es la persona que la padeció y no otra distinta a favor de aquélla. Conforme a este principio, bien pudo haberse declarado inadmisibile el recurso de apelación ante el TS por falta de legitimación del apremiado.

Todavía podría replicarse que el reclamante, al pedir una nulidad que afectaba a su padre, lo hacía como heredero de éste y por tanto continuador de su personalidad. Pues es lógico que, dada esa relación de filiación, el apremiado fuera efectivamente el heredero de su padre. El obstáculo estaba en que por la condición personal del derecho de usufructo, éste no se transmitía al hijo por fallecimiento del padre. Si por la muerte de éste se consolidaba el dominio en la persona del hijo, ello era por la fuerza expansiva de la propiedad y no por una sucesión al usufructuario.

En el caso de la esposa es aún más claro que el vicio o la indefensión había de ser alegado por ella y no por su marido. Esto no es más que una aplicación de la regla del Derecho Civil de que la anulabilidad y la acción consiguiente ha de ser ejercitada por quien sufrió aquélla y no por otra

persona. Pues precisamente en esto es en lo que aquel vicio se distingue de la nulidad absoluta.

Por esta razón no puede extrañar que en el recurso de apelación ante el TS el actor hablara reiteradamente de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47, letra c), de la Ley de Procedimiento Administrativo. Es más, el propio TS al estimar el recurso menciona esa nulidad absoluta.

Lo que resulta más discutible es que la nulidad de pleno derecho, que el artículo 47 citado anuda al hecho de prescindirse absolutamente del procedimiento legalmente establecido, aparezca por la ausencia de un trámite procedimental, aunque sea muy importante. En efecto, una reiterada jurisprudencia mantiene que esa omisión de un solo trámite no equivale a prescindir totalmente del procedimiento establecido. Con base a esto podría, pues, haberse desestimado el recurso de apelación que interpuso el apremiado.

Lo que ocurre es que las omisiones en que el expediente recaudatorio incurrió fueron varias. Era la falta de notificación al usufructuario y el defecto de comunicación a la esposa del deudor. Además se había subastado el pleno dominio de la finca, cuando el apremiado era sólo el nudo propietario de aquélla. También pudo influir el informe negativo de la Abogacía del Estado que obraba en el expediente. Ese cúmulo de circunstancias pudo llevar al TS a declarar la nulidad de pleno derecho.

Estaban también las consideraciones de equidad, hábilmente esgrimidas por el reclamante, de que la finca se había subastado en una cantidad muy inferior a su verdadero valor. El perjuicio era, pues, claro si se tiene además en cuenta que los débitos contributivos estaban muy por debajo de aquel valor. En cambio, los adjudicatarios de la finca podían quedar indemnes tras la anulación si se les devolvía el precio en que la remataron, como en efecto ocurrió.

Bien es cierto que esa indemnidad de los compradores pudo no ser total. Había otros perjuicios y gastos irrogados a quienes habían confiado de buena fe en la correcta tramitación de un expediente administrativo. Pero en cuanto a esto basta remitirnos a la atinada indicación que hacía la Sala 1.ª del Tribunal Supremo sobre reclamación del daño a la Administración, según antes comentamos.

B) EL RECURSO DE AMPARO COMO ÚLTIMO REMEDIO

Una circunstancia verdaderamente peculiar en el caso que estamos comentando es que los compradores de la finca no comparecieron en ninguna de las dos instancias del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el apremiado. Ello se debió a que aquéllos no fueron emplazados personalmente a pesar de que eran los verdaderos interesados en el asunto.

Por eso, cuando la Sala 3.^a del Tribunal Supremo estimó la apelación del apremiado y remitió las actuaciones a la Sala de Sevilla para que ésta ejecutara la Sentencia anulatoria de la subasta, aquellos adjudicatarios comparecieron en este trámite de ejecución con la petición de que se declarara la nulidad de actuaciones. Y es que la citación de los mismos había sido sólo por edictos.

La petición de nulidad fue desestimada por la Sala de Sevilla en su auto de 1 de septiembre de 1988, al que más arriba nos hemos referido con alguna detención. Exponía el Tribunal que una vez que los compradores habían conocido la Sentencia anulatoria del TS, lo que pudieron es formular recurso de audiencia al rebelde.

En último extremo, añadimos nosotros, esos adjudicatarios pudieron recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional con alegación de la indefensión que habían padecido. Lo que ocurre es que el plazo para tal amparo había transcurrido. En efecto, frente a la Sentencia del TS la reacción de los compradores fue el realizar ciertas actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia y otras ante la propia Sala de Sevilla.

Habría sido verdaderamente interesante que se hubiera entablado aquel recurso de amparo constitucional. Lo normal, incluso, es que el mismo tuviera éxito ya que los compradores eran los verdaderos interesados en el recurso contencioso-administrativo y estaban perfectamente identificados en el expediente administrativo, pese a lo cual no fueron citados. De haberse dado aquella estimación se hubiera acordado la reposición de trámites en el recurso contencioso-administrativo, extensible a las dos instancias.

Ya es más difícil predecir cuál fuera la suerte de ese recurso contencioso-administrativo si en él hubieran sido parte no sólo la esposa y los herederos del apremiado, sino también los adjudicatarios de la finca. Es posible que en ese caso el resultado del recurso hubiera sido desestimatorio.

Lo cierto es que en ese hipotético supuesto no habiéramos tenido ocasión de conocer y comentar unos pronunciamientos tan interesantes del orden jurisdiccional civil como los que se han dado en el caso de autos. Y sobre todo no habiéramos podido referirnos a esa Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1994, que es la que principalmente ha motivado estas líneas.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
 Abogado del Estado

La actitud de los poderes públicos ante los derechos de autor y afines en España

I. INTRODUCCION

En los Estados modernos suele existir el principio que trata de asegurar al ciudadano un conjunto de derechos que se presumen fundamentales, como pueden ser el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la imagen, a la seguridad social y ciudadana, etc.; y ello vincula al Estado a construir una suma de medidas para el logro de tal finalidad. El respeto de dichos derechos y la protección que deben tener los mismos suponen la manifestación de la libertad del que todo Estado democrático debe partir.

Al lado de la libertad debe estructurarse la justicia y ambas —libertad y justicia— suponen un superior principio que las engloba en la seguridad jurídica. Todo ciudadano tiene derecho a exigir judicialmente la protección de su derecho caso de ser controvertido; pero el Estado, aparte de esa seguridad, suele brindarle otras garantías que tienen su manifestación en organismos e instituciones que singularizan la protección de ciertos derechos: el de propiedad y las especialidades que la misma tiene en el campo intelectual e industrial.

El ámbito de la propiedad intelectual es tan amplio que en el telar o entramado de los principios que tratan de proteger los derechos del autor y los afines se involucran el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. El primero para aportar el soporte primario, pues es el encargado de crear la legislación y luego modernizarla según lo exija la realidad social; el segundo, ejerciendo funciones dentro del orden administrativo y el judicial, protegiendo los derechos cuando acuden a él los lesionados o cuando lo hace de oficio en la vía penal.

II. EL ORGANO LEGISLATIVO ESPAÑOL Y LOS DERECHOS DE AUTOR Y AFINES

Al exponer cómo ha actuado el órgano legislador español en materia de derechos de autor, creo necesario hacer una breve referencia a la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, Ley que estuvo vigente más de cien años y fue considerada por algunos —J. FORNS y J. M.^a CHICO— (1) como obra maestra. Ley que a través de su no muy amplio articulado protegía la creación de la cultura en su triple manifestación de obras científicas, literarias y artísticas que pudieran darse a luz por cualquier medio (art. 1); que indicaba a quién le correspondía la titularidad de la propiedad especial y a quién se le aplicaban los beneficios de la misma (arts. 2, 3 y 4); que consideró la propiedad intelectual como una propiedad sujeta a tiempo que podía transmitirse por actos *inter vivos* y *mortis causa* (art. 6); que conjugaba los principios de interés público y de exclusiva, pues frente al derecho de explotación que se le reconocía al autor o titular estaba el de interés público que se hacía efectivo por el transcurso del tiempo fijado al derecho de autor o por la falta de inscripción en un determinado plazo y que además establecía una protección registral.

No debemos olvidar el Código Civil español promulgado en 1889, cuyos artículos 428 y 429 tratan la propiedad intelectual, para indicar que el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad y para indicar que la materia se regula por Ley especial y supletoriamente por las reglas generales establecidas en el Código sobre la Propiedad.

También se refiere a la propiedad intelectual el punto 4 del artículo 10 del Código en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, al establecer que los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegen dentro del territorio español de acuerdo con la Ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.

En la segunda mitad del presente siglo, y antes de la actual Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, el legislador reguló aspectos parciales sobre la materia relacionada con los derechos de autor y afines. Baste para ello recordar la Ley de Prensa e Imprenta del año 1966 que regulaba el derecho a la libertad de expresión de las ideas a través de impresos; la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, en cuya Exposición de Motivos se indicaba que con ella se

(1) CHICO ORTIZ, J. M.^a: «Presente y futuro de la propiedad intelectual», *Boletín de Anabad*, año XXIX, núm. 1.

trataba de llenar una notoria laguna en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sólo fuera con carácter transitorio, hasta que el nuevo estatuto general de los derechos de autor vea la luz; la Ley del Libro del año 1975, que entre los diferentes sujetos que participan en la creación y difusión del libro recoge las figuras de su autor y editor.

No puedo dejar de hacer una breve alusión a nuestra Constitución de 1978, cuyo artículo 149 establece la competencia exclusiva del Estado en la legislación de propiedad intelectual. A su artículo 20.1.b), que según ALVAREZ ROMERO (2) constituye un *prius* lógico y también un presupuesto jurídico para el nacimiento del derecho de propiedad intelectual al reconocer y proteger la libertad de creación. Y finalmente en su artículo 33 —que siguiendo al mismo autor— (3) al reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia reconoce la propiedad intelectual, porque reconocido el género se reconocen en él todas sus especies.

Nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual, Ley 22/1987, supone, según la mayoría, un gran avance respecto a la legislación anterior. Otros —como CHICO ORTIZ— (4), a pesar de reconocer que supone un avance, no deja de apuntar que supone un gran retroceso, ya que, según indica él mismo, la técnica legislativa de utilizar definiciones y encerrar en ellas conceptos fijos va a producir un serio problema en la aplicación legislativa y en la interpretación de sus preceptos.

El legislador se ocupa de indicar en su artículo 1 —por si hubiese alguna duda en ello— que la propiedad intelectual le corresponde al autor por el mero hecho de su creación.

También precisa (art. 2) que la propiedad intelectual está integrada por dos tipos de derechos diferentes: aquellos que son de carácter personal y los que son de carácter patrimonial.

Es de alabar el artículo 10 referente al objeto de la propiedad intelectual, pues la fórmula amplia de su punto 1 (son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...) tiene una cautelosa **visión de futuro**.

Los derechos de carácter personal, irrenunciables e inalienables, vienen tratados en la nueva Ley en los artículos 14 y siguientes y son denominados derechos morales. Antes de enumerarlos debemos recordar, como indica

(2) ALVAREZ ROMERO, C.: «La Constitución Española y el Derecho de Propiedad Intelectual», *Boletín de Anabad*, año XXIX, núm. 1

(3) ALVAREZ ROMERO, C. *Ob. cit*

(4) CHICO ORTIZ, J. M.: «La seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad Intelectual», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*

MÉNDEZ CASTRILLÓN (5), que la antigua Ley de 1879 y su Reglamento de 1880 carecían de una construcción sistemática de la teoría de los derechos morales; sin embargo, los más importantes estaban comprendidos, aunque de un modo disperso.

Los derechos morales del autor contenidos en el artículo 14 son: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo, signo o anónimamente. 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. 5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural. 6.º Retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares del derecho de explotación. 7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Los artículos 15 y 16 se refieren a una prolongación del ejercicio de tres de los derechos morales del autor, ya enumerados, cuando éste ha fallecido.

Los derechos de carácter patrimonial a los que se refiere la Ley pueden encuadrarse en tres bloques:

- a) El derecho irrenunciable de participación del artista en el precio de la reventa de las obras plásticas, que supone una novedad absoluta en el ordenamiento jurídico español, viene contenido en el artículo 24 que ha sido redactado nuevamente en el año 1992, debiéndose destacar como una de las modificaciones efectuadas el que se establece su transmisión *mortis causa*.
- b) El derecho a participar económicamente en las reproducciones para uso personal de determinadas obras, conocido también como **derecho de copia privada**, que asimismo supone una novedad en nuestro ordenamiento, viene contenido en el artículo 25, redactado nuevamente por la Ley 20/1992; son acreedores a este derecho no sólo ciertos autores —los de obras publicadas en forma de libro o publicaciones asimiladas—, sino también los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas o videogramas.

(5) MÉNDEZ CASTRILLÓN, J. M.: *Algunas reflexiones sobre los llamados derechos morales de autor a la luz del Anteproyecto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1984*, Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1986.

- c) Los derechos de explotación contenidos en los artículos 17 y siguientes de la Ley, y en especial los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Estos derechos son transmisibles *mortis causa* por cualquiera de los medios admitidos en Derecho; y según dispone el artículo 43 de la Ley, también pueden transmitirse por actos *inter vivos*, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen; disponiendo el punto 2 del mismo artículo que la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años, la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión y si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

Debe apuntarse como novedad en esta materia de transmisión el principio de interpretación restrictiva del alcance de los derechos cedidos, la nulidad de la cesión de derechos respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en un futuro y de las estipulaciones por las que se comprometa a no crear alguna obra y el derecho a participar proporcionalmente de los ingresos derivados de la explotación de la obra.

Hay que destacar asimismo que esta Ley establece un nuevo plazo de duración de los derechos de explotación, y así indica en su artículo 26 y siguientes que los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento, salvo que la obra fuera divulgada después del fallecimiento del autor, en cuyo caso tales derechos durarán sesenta años, contados a partir de la fecha de su divulgación, siempre que ésta hubiera tenido lugar en los sesenta años siguientes al fallecimiento, plazo que claramente deberá ser aumentado antes del 1 de julio de 1995 por aplicación de una Directiva del Consejo de la CEE relativa a la armonización del plazo de protección de derechos de autor, que, entre otras cosas, establece que los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas a las que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna se extenderán durante la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público.

También trata las relaciones jurídicas derivadas de la creación de obras tecnológicamente avanzadas, como son las audiovisuales o los programas de ordenador, estas últimas modificadas en parte por la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de una Directiva comunitaria sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

De igual manera, la Ley que nos ocupa dedica preceptos (Libro II) a los derechos afines o conexos (derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y de grabaciones audiovisuales, así como los editores de obras inéditas); siguiendo fundamentalmente los criterios marcados por la Convención de Roma de 1961 y el Convenio de Ginebra de 1971.

Por otro lado, la Ley contempla, dentro de su Libro III («De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley») las acciones y procedimientos, el Registro de la Propiedad Intelectual, los símbolos o indicaciones de la reserva de derechos y las entidades de gestión.

En cuanto a las acciones y procedimientos, debe tenerse en cuenta que el titular de los derechos de propiedad intelectual tendrá acción judicial para: 1.º Solicitar, con carácter previo, la adopción de las medidas cautelares de protección urgente que la Ley contempla en su artículo 126. 2.º Instar el cese de la actividad ilícita por parte del infractor. 3.º Solicitar la oportuna indemnización de los daños materiales y morales causados.

En lo que respecta al Registro de la Propiedad Intelectual, se le dedican sólo dos artículos, el 129 y el 130, debiéndose indicar que el primero de ellos fue nuevamente redactado en el año 1992, mientras que el segundo sufrió la derogación de su numeral cinco. Esta modificación operada en el artículo 129 por la Ley 20/1992 supone pasar un modelo registral centralizado a otro descentralizado, se mantiene el carácter de registro único, pero permitiendo que las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia determinen la estructura y funcionamiento del Registro en sus respectivos territorios, los cuales no se limitarán a efectuar una mera toma de razón de las solicitudes de inscripción, sino que asumirán su llevanza.

Dado que el artículo 130 se refiere básicamente al objeto de inscripción, a las actuaciones del Registrador, al valor del contenido registral y al carácter del mismo, y todo ello se mueve en la intervención del Poder Ejecutivo o, mejor dicho, Administración Pública, en la ordenación de la propiedad intelectual, creo más oportuno efectuar los correspondientes comentarios en el epígrafe posterior.

En cuanto a las Entidades de Gestión, son definidas por el artículo 132 como aquellas entidades que estando legalmente constituidas con autorización del Ministerio de Cultura publicada en el *Boletín Oficial del Estado* y sin ánimo de lucro, se dediquen, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial por cuenta e interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual. Asimismo, la Ley 22/1987 establece determinados derechos y obligaciones para las entidades de este tipo.

Por último, en cuanto a las actuaciones del órgano legislativo español en los derechos de autor, debo hacer una breve referencia a la Ley Orgánica

6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección 3.^a del Capítulo 4.^o, Título XIII del Libro II del Código Penal, que ha sido muy positiva, pues ha terminado con la ley **penal en blanco** que contenía el antiguo artículo 534 del Código Penal.

El nuevo artículo 534 bis.a) que establece: «Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reprodujere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la debida autorización»; es el tipo básico o normal.

El artículo 534 bis.b) en su número 1 contiene un tipo agravado por: a) obrar con ánimo de lucro; b) infringir el derecho de divulgación del autor; c) usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución, y d) modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

El número 2 del artículo 534 bis.b) contiene una agravación supercualificada cuando además de obrar con ánimo de lucro se produzca alguna de las siguientes circunstancias: a) que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica, y b) que el daño causado revista especial gravedad. En estos supuestos el Juez podrá asimismo decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento condenado.

Respecto al sujeto activo de estos delitos, debo apuntar que puede ser cualquiera, mientras que el sujeto pasivo será el titular de los derechos.

Por último, quiero indicar que las medidas cautelares del artículo 126 de la Ley de Propiedad Intelectual tienen también aplicación en los procesos penales según indica el artículo 128 del mismo texto legal.

III. EL ORGANO EJECUTIVO ESPAÑOL (ADMINISTRACION PUBLICA) ANTE LOS DERECHOS DE AUTOR Y AFINES

La Administración Pública española, y en concreto el Ministerio de Cultura, actúa en la ordenación de la propiedad intelectual a través del Registro de la Propiedad Intelectual, en las Entidades de Gestión y por la Comisión Arbitral. También realiza otras actividades de carácter más accesorio relacionadas con el fomento del conocimiento de los derechos de

autor, tales como organización de cursos y seminarios, creación de una biblioteca especializada en la materia, etc.

El Registro de la Propiedad Intelectual, dependiente del Ministerio de Cultura, es considerado por algunos como un Registro administrativo; ahora bien, soy de la opinión de que no se le puede negar cierta naturaleza jurídica, pues el artículo 130 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, establece que el Registrador calificará las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles; por supuesto que esa calificación abarca extremos que van desde la capacidad, representación, requisitos de forma y fondo de las solicitudes hasta la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, lo que conlleva un cierto carácter jurídico para dicho Registro.

El Reglamento del Registro destaca como novedad el carácter no constitutivo del mismo; respecto a ello, no debemos olvidar que CHICO ORTIZ (6) puntualiza que la Ley de 1879 nunca dijo que la inscripción de la propiedad intelectual fuera **constitutiva**; dicha Ley partía de una inscripción **estimulada**, y reconociendo que la **creación** daba vida a la propiedad intelectual y que desde la misma existía dicho derecho, señalaba un plazo para que el autor pudiese inscribir su obra, y si no lo hacía su obra podía pasar provisionalmente al dominio público; y si transcurrían diez años sin inscribirla, la obra pasaba definitivamente al dominio público. Sigue indicando el mismo autor que esto era así y bastaba la lectura del párrafo 3.º del artículo 36 de esa Ley para entenderlo: «El plazo para la inscripción será de un año (aunque se han dado profusamente moratorias que ampliaban considerablemente este plazo), a contar desde el día en que comenzó la publicación, y sólo los perderá...» junto con el artículo 2 de su Reglamento (concebir y realizar, crear y ejecutar) que define el autor empleando los términos citados, demuestran que la legislación anterior partía de la idea de que era suficiente la creación sin necesidad de inscripción para reconocer la existencia de la propiedad intelectual. En un sentido similar se manifiesta PEÑA, quien mantiene que la creación es el único modo de adquisición originaria del derecho y considera la inscripción como una carga que la Ley imponía al autor para gozar plenamente de su protección. A mayor abundamiento sobre el tema, baste citar la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1979, que concluye, a los efectos que nos interesan, «que es indiferente que la obra intelectual o artística se encuentre o no registrada al no hacerse depender la tutela penal de condición alguna».

Tampoco podemos dejar de mencionar en esta referencia al Registro

(6) CHICO ORTIZ, J. M.ª: «La seguridad jurídica y el Registro de la Propiedad Intelectual», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*

otros principios que lo rigen, como son el de voluntariedad, el de presunción de certeza y el de publicidad.

La voluntariedad claramente es contraria a la obligatoriedad, pero también va unida a la actuación **rogada** del Registrador (el art. 130 indica que **podrán** ser objeto de inscripción); al Registrador hay que pedirle la inscripción, pues no se trata de una actuación de **oficio**.

El principio de presunción de certeza viene recogido en el punto 3 del artículo 130 al indicar que se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, lo que supone una presunción positiva.

Por lo que respecta al principio de publicidad (el Registro es público, dice el punto 4 del artículo 130), debe indicarse que se deriva de la presunción anteriormente mencionada de exactitud del contenido registral. Pero llama la atención, como indica CHICO ORTIZ (7), que el legislador en este apartado haga una remisión al artículo 100 referente a los programas de ordenador, ya que la publicidad del Registro no llega más que a pronunciarse sobre los datos que la inscripción contiene referentes al autor, a la titularidad de derechos, a sus cargas, a su transmisión, a su paso a dominio público, etc., pero nunca la publicidad comprende «el argumento» de la obra o producción.

El objeto de la inscripción registral son los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la Ley; es decir, es un registro de derechos y no de obras como indicaba la antigua Ley.

Debe destacarse que el actual Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual fue aprobado por el Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo; dicho Real Decreto entró en vigor el pasado 1 de marzo. En el citado Reglamento se indica —en desarrollo al art. 129— que el Registro General de la Propiedad Intelectual es único en todo el territorio nacional y que está integrado por los Registros Territoriales con todas las competencias registrales —establecidos y gestionados por las Comunidades Autónomas—, por el Registro Central —dependiente del Ministerio de Cultura y conformado como red de información— y por la Comisión de Coordinación actuando como coördinador, con competencias tanto de propuesta como de resolución.

En la actualidad, si bien dicha Comisión se constituyó en el pasado 7 de abril y ya está actuando, todavía no se ha creado ningún Registro Territorial; por ello, y en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria única de dicho Real Decreto, al día de hoy las funciones registrales siguen ajustándose a las disposiciones del Real Decreto 1584/1991, de 18 de oc-

(7) CHICO ORTIZ, J. M.^a. *Ob cit.*

tubre, que a su vez se ha adecuado a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por el Real Decreto 1694/1994, de 22 de julio pasado; consecuentemente con ello, el Registrador examina las solicitudes presentadas y califica la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, disponiendo de un plazo de seis meses, a contar desde la entrada en el Registro de la solicitud, para resolver expresamente; si apreciara algún defecto subsanable lo notificará al solicitante para su subsanación en diez días, ampliables a cinco días más cuando dicha subsanación presente dificultades especiales, actuando el silencio con un efecto negativo si el Registrador no resuelve expresamente en el plazo de los seis meses indicados. Si la calificación resultare positiva, se formaliza el asiento registral. Por último, debe indicarse que contra el acuerdo del Registrador podrán ejercitarse directamente ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes.

En lo que respecta a las Entidades de Gestión, el Ministerio de Cultura interviene en cuanto que una vez legalmente constituidas deben obtener de éste la preceptiva autorización, que tiene que publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 132 de la Ley 22/1987). Las condiciones que deben de reunir para obtener dicha autorización vienen recogidas en el artículo 133 y son: 1.º Que los estatutos cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual. 2.º Que de los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de derechos, cuya gestión le va a ser encomendada en todo el territorio nacional. 3.º Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España.

Para valorar la concurrencia de las condiciones 2.ª y 3.ª el Ministerio de Cultura tendrá en cuenta el número de titulares de derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus estatutos, así como de sus medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las Entidades de Gestión ya autorizadas (art. 133.2).

La autorización puede ser revocada por el Ministerio de Cultura si sobreviniera o se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización o si la Entidad de Gestión incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en la Ley. En estos tres supuestos debe mediar un previo apercibimiento por parte del Ministerio de Cultura, que fijará un plazo no inferior a tres meses para la subsanación o corrección de los hechos señalados. La revocación producirá sus efectos a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (art. 134). El artículo 144 de la Ley establece un régimen de control admi-

nistrativo, encomendando al Ministerio de Cultura facultades de inspección y control sobre las Entidades de Gestión; aparte de las anteriores mencionadas, el Ministerio de Cultura tiene las siguientes facultades:

- La vigilancia sobre el cumplimiento, por parte de las Entidades de Gestión, de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual.
- Exigir a dichas Entidades cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías y designar un representante que asista, con voz pero sin voto, a sus Asambleas Generales, Consejos de Administración u órganos análogos, todo ello en orden a garantizar sus funciones fiscalizadoras.
- Aprobar la modificación de los Estatutos Sociales, sin perjuicio de lo dispuesto por otras normas de aplicación, una vez aprobadas por su respectiva Asamblea General.
- Ser informado de los nombramientos y ceses de los administradores y apoderados de las Entidades de Gestión, así como de las tarifas generales y sus modificaciones, de los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de su misma clase.

Por último y para acabar con este epígrafe, debo indicar que existe creada, dentro del Ministerio de Cultura, una Comisión Arbitral de Propiedad Intelectual con carácter de órgano colegiado de ámbito nacional. Su finalidad básica es arbitrar los posibles conflictos que se susciten entre las Entidades de Gestión y las asociaciones de usuarios de sus repertorios o entre aquéllas y las Entidades de Radiodifusión.

IV. EL ORGANO JUDICIAL ANTE LOS DERECHOS DE AUTOR Y AFINES

En este apartado interesa destacar que es muy difícil que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (salvo en los supuestos de conexidad y casos de atribución de competencia a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo por razón de fuero personal) vaya a ocuparse de los delitos contra la propiedad intelectual en su actual formulación, pues el procedimiento a seguir será el abreviado para determinados delitos, cuyo conocimiento y fallo corresponde al Juez de lo Penal, sin que contra la Sentencia que se dicte quepa un recurso distinto que el de apelación ante la Audiencia.

En cualquier caso, debe indicarse que los Tribunales penales excluyen

la comisión culposa, es decir, exigen el dolo en este tipo de delitos, y que la jurisprudencia penal entiende que el bien jurídico protegido tiene una doble manifestación, representada por los aspectos moral y patrimonial; así pues, la infracción se entiende concebida cuando se lesiona el derecho de autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones, sin que sea menester para apreciar la consumación del delito la existencia de perjuicio económico.

En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo en materia civil, debe indicarse que son todavía escasas en el campo de la propiedad intelectual (a modo de cita: tres sentencias en el ejercicio de 1992 y dos en el ejercicio de 1993), siendo de desear que lleguen más temas al citado Tribunal para que se aclaren ciertos preceptos de la nueva legislación.

PILAR RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS ESPAÑA

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales

Acuerdo con el Principado de Andorra.—En el *BOE* del día 6 de mayo se publica el acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra relativo al Estatuto del Copríncipe Episcopal, que se firmó en Madrid el 23 de julio de 1993.

En dicho Acuerdo el Estado español reconoce al Obispo de Urgel, en su calidad de Copríncipe de Andorra, la condición de persona internacionalmente protegida, detallándose todas las prerrogativas y derechos de tal condición.

B) Legislación nacional

- Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio (*BOE* 12-5-95).
- Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado (*BOE* 23-5-95).
- Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (*BOE* 12-5-95).
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* 19-5-95).
- Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (*BOE* 31-5-95).
- Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, aprobando el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (*BOE* del 22 de junio).

C) Comunidades Autónomas

Extremadura

- Ley 3/1995, de 6 de abril, de Fomento de la Vivienda en Extremadura (BOE 29-4-95).
- Ley 7/1995, de 27 de abril, de Carreteras de Extremadura (BOE 16-5-95).

Galicia

- Ley 4/1995, de 24 de mayo, Derecho Civil de Galicia.

Madrid

- Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid (BOCM 4-5-95).
- Ley 16/1995, de 4 de mayo, Fresal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid (BOCM 30-5-95).

Murcia

- Ley 10/1995, de 24 de abril, de Modificación de las Atribuciones de los órganos de la Comunidad Autónoma en materia de Urbanismo (BOCM 4-5-95).

Navarra

- Decreto Foral de 3 abril 1995, aprobando el Reglamento y desarrollo de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha concluido el ciclo de conferencias en homenaje a don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pronunciando la última don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Consejero de nuestra Revista y

Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 4 de mayo, sobre el tema «La determinación notarial del Derecho».

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—Se han celebrado dos solemnes sesiones de recepción de señores académicos de número.

La primera el día 29 de mayo, en la cual don SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO leyó su discurso sobre «Titularidad y aprovechamiento de las aguas», siendo contestado por don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

La segunda ha sido el día 19 de junio, leyendo don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS su discurso sobre «Fundamento y protección del derecho del autor en las obras de arte». La contestación corrió a cargo de don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

Además se ha comenzado un ciclo de conferencias con el tema general «La Ley 30/1994 de Fundaciones», hasta el día 8 de junio, para continuar la segunda parte en los meses de octubre y noviembre.

Hasta ahora se han desarrollado las siguientes:

- «La Ley de Fundaciones, escenario, tiempo y proceso», por don ANTONIO SÁENZ DE MIERA, Presidente del Centro de Fundaciones.
- «La nueva Ley de Fundaciones en el marco constitucional y en el Derecho Comparado», por don JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Constitución de las fundaciones, capacidad, fines y dotación», por don JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ, Notario de Madrid.
- «El Protectorado de Fundaciones. El Registro», por don IGNACIO OLMOS VICENTE, Secretario General del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Educación y Ciencia.
- «Autonomía de las fundaciones y la intervención pública del protectorado», por don JOSÉ LUIS YUSTE GRIJALBA, Letrado Mayor del Consejo de Estado y Director Gerente de la Fundación Juan March.
- «El Patronato y el gobierno de las fundaciones», por don JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ, Académico de número de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando y Notario de Madrid.

3. *La nueva Ley de Sociedades Limitadas.*—Dada su importancia en la práctica jurídica, ha sido objeto de varios estudios:

- a) En el *Colegio de Registradores de la Propiedad* hubo tres sesiones en los días 27, 28 y 29 de marzo, de las que dimos cuenta en nuestro número anterior. Las conferencias se han repetido en la Delegación de dicho Colegio en Cataluña, con conferencias desarrolladas en Barcelona los días 9, 10, y 11 de mayo, con los mismos temas.

- b) El *Instituto de Empresa* organizó conferencias que se desarrollaron los días 10 y 11 de mayo en Madrid.
- c) El *Instituto de Investigación y Desarrollo Empresarial*, con la colaboración del Colegio de Abogados de Madrid, durante los días 25 y 26 de mayo, participando los siguientes ponentes:

Ilmo. Sr. D. JULIO BURDIEL, Director General de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

Ilmo. Sr. D. LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Ilmo. Sr. D. CÁNDIDO PAZ ARES, ex Director General de los Registros y el Notariado y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Ilmo. Sr. D. VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

Excmo. Sr. D. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Abogado-socio del Estudio jurídico Sánchez-Calero y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Ilmo. Sr. D. LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Bufete J. & A. Garrigues, Abogados, y Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Sr. D. JOAQUÍN HERVADA YÁÑEZ, Abogado.

Sr. D. MANUEL CASERO, Registrador del Registro Mercantil de Madrid.

Ilmo. Sr. D. ANTONIO PAU PEDRÓN, ex Director General de los Registros y el Notariado y Registrador de la Propiedad del Registro de la Propiedad número 38 de Madrid.

Ilmo. Sr. D. EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria.

Sr. D. PEDRO HUERTA TROLE, Director del Departamento de Servicios Legales y Fiscales de Price Waterhouse.

Ilma. Sra. D.^a CRISTINA SANTAOLALLA, Subdirectora General de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 6 de marzo de 1995.—ANOTACION PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE AMPARO.—Es procedente, aunque no está prevista en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ya que éste se redactó cuando no existía la jurisdicción constitucional.—Sentencia de la Sala 1.^a

Antecedentes.—En una demanda por recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, contra un lanzamiento derivado de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por el Banco Hipotecario, se solicita la anotación de dicha demanda para prevenir los efectos de la futura Sentencia que recaiga, ya que ésta puede determinar en su día la anulación del título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Fallo.—Se accede a la petición, basándola en los siguientes:

Fundamentos de Derecho.—1. El artículo 56.1 LOTC (RCL 1979, 2383, y ApNDL 13575) dispone que la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá la ejecución del acto o resolución impugnada «cuando la ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad», si bien no procederá la suspensión cuando de ella «pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero».

La suspensión de la ejecución de una resolución judicial entraña siempre, en sí misma, una perturbación de la función jurisdiccional que comprende la potestad de hacer ejecutar lo juzgado [art. 117.3 CE (RCL 1978, 2836, y ApNDL 2875)], a la vez que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del litigante victorioso, que se ve privado de la efectividad del pronunciamiento favorable a sus pretensiones, por lo que cuando se trata de resoluciones judiciales la regla general debe ser la no suspensión.

2. En el presente supuesto, el recurrente solicita la suspensión del procedimiento del que trae causa el recurso de amparo, con el fin de evitar que la puesta en posesión al adjudicatario de la finca ejecutada determine su lanzamiento de la misma.

Atendidas las circunstancias, resulta patente que el desalojo y desposesión de la vivienda donde tiene su hogar personal y familiar el recurrente le oca-

sionaría unos perjuicios que deben estimarse de imposible o muy difícil reparación posterior que harían perder al amparo su finalidad, por lo que procede acordar la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria solicitada, circunscribiéndola a que el Juzgado se abstenga de decretar el lanzamiento del demandante.

3. Solicita también el demandante, como medida cautelar para preservar sus derechos, sobre la vivienda ejecutada frente a los eventuales actos de disposición del adjudicatario, que se acuerde la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

En nuestro sistema hipotecario, los supuestos de anotación preventiva son taxativos, de suerte que sólo procede en los casos expresamente previstos en la Ley. Hemos de examinar, por ello, si la anotación preventiva de la demanda que promueve un proceso constitucional de amparo puede tener encaje en alguno de los casos contemplados en la Ley, pues el artículo 42.1.º LH (RCL 1946, 342, 886, y NDL 15457) sólo prevé este peculiar asiento registral, que anuncia la pendencia de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de quien demanda en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble.

Al respecto, debe señalarse que si bien en la demanda de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades fundamentales por razón de los cuales se formula el recurso [art. 41.3 LOTC], la declaración de nulidad del acto o resolución judicial que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos es uno de los pronunciamientos que pueden contener la Sentencia que otorgue el amparo [art. 55.1.a) LOTC]; de lo que se sigue que la Sentencia recaída en un recurso de amparo puede producir los mismos efectos de anulación o destructores de eficacia jurídica sobre los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad que las resoluciones judiciales, razón por la cual en el supuesto del artículo 42 1.º LH deben entenderse incluidas también las hipótesis de demandas de amparo, que si no se mencionan es simplemente porque en la época en que se redactó el precepto no existía la jurisdicción constitucional. Interpelación a la que, por otra parte, se llega sin dificultad atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la nueva realidad social (jurídica) que resulta de la existencia del Tribunal Constitucional, conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código Civil.

De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional.

El artículo 56 LOTC faculta al Tribunal Constitucional para acordar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida en amparo; con mayor razón estará permitido a este Tribunal que acuerde una medida cautelar como la anotación preventiva de la demanda de amparo que no exige ni presupone la suspensión de la efectividad de la resolución recurrida y, simplemente, anuncia registralmente frente a los terceros la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos.

El Tribunal Constitucional, no obstante, ha de limitar su decisión en esta

materia ordenando que se practique la anotación preventiva solicitada por el demandante y remitiendo al órgano judicial la práctica de las actuaciones pertinentes para que pueda llevarse a efecto la medida de conformidad con la legislación procesal e hipotecaria, y así lo ha venido acordando en diversas ocasiones (AATC 148/1990, 181/1990, 266/1993, 347/1994).

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA
y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

CONGRUENCIA PROCESAL EN EL EXPEDIENTE DE LIBERACION DE CARGAS. (RESOLUCIÓN DE 30 DE JULIO DE 1993. BOE DEL 25 DE AGOSTO DE 1993.)

Hechos.—I. En expediente de liberación de cargas y gravámenes instado por el titular de una finca se decretó la cancelación de una hipoteca constituida sobre la misma en garantía de ciertas letras de cambio.

II. Presentado en el Registro de la Propiedad de Olot, el correspondiente mandamiento fue calificado con nota del siguiente tenor literal: «Presentado el documento que precede con el número 1.299 del Diario 16, se deniega la práctica de la cancelación solicitada por observarse el defecto insubsanable de no ser congruente lo ordenado en la Sentencia con el procedimiento en que se ha dictado, ya que de conformidad con el artículo 209 de la Ley Hipotecaria, el expediente de liberación de gravámenes se aplicará para cancelar hipotecas y otras cargas que hayan prescrito con arreglo a la legislación civil, según la fecha que consta en el Registro, circunstancia que no concurre en el presente supuesto. Subsidiariamente, y para el caso de estimarse adecuado el procedimiento, se observan asimismo los siguientes defectos que tienen carácter subsanable: 1) No acreditarse que se han practicado las citaciones previstas en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria. 2) No existir identidad entre lo que se ordena cancelar (hipoteca a favor de don Ramón M. J.) y el derecho realmente inscrito (hipoteca a favor de don Ramón M. J. y de los futuros tenedores de las letras de cambio garantizadas). Contra esta nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal de Justicia de Catalunya en el plazo de cuatro meses, a contar desde su fecha, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y posterior y potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Olot, a 15 de enero de 1992.—El Registrador, *Luis Miguel Zarabozo Galán.*»

III. El señor Espuma Colom interpuso recurso gubernativo contra la calificación anterior, argumentando que el Registrador, por mandato constitucional, no puede desconocer la orden de un Tribunal decretando la práctica de cualquier asiento en el Registro, suponiendo lo contrario un acto de desviación

de poder; que «lo único que se le permite al Registrador es denegar una inscripción por existir algún error o falta de concordancia de titularidad y por cuestiones de hecho, no de derecho; y que en el procedimiento seguido, considerado suficiente por el Juez, resulta que se ha citado a los interesados, que las letras prescribieron hace tiempo y que se han hecho las publicaciones o edictos necesarios.

IV. El Registrador, señor Zarabozo Galán, informó en defensa de la nota que el recurrente no da razones para defender lo que considera incorrecta calificación; que el defecto tercero parece que ni siquiera se recurre; que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario delimita, pero permite, la calificación de documentos judiciales; que la congruencia entre el mandato y el procedimiento judicial adecuado es una de las circunstancias ineludibles en la calificación registral, como tiene reiteradamente señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado; que el expediente de liberación de cargas y gravámenes sólo es aplicable para la cancelación de derechos prescritos con arreglo a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro; que la sentencia en cuestión ni siquiera cita entre sus fundamentos jurídicos los artículos 128 de la Ley Hipotecaria, 88 de la Ley Cambiaria (si es que fuera aplicable), ni 1.964 del Código Civil; que dicha sentencia no se refiere nunca a la prescripción ni cita los plazos ni los momentos de cómputo, en tanto que sí alude al pago por cumplimiento (art. 1.156 CC); que por lo dicho no se puede cancelar una hipoteca inscrita a favor de personas que ni siquiera aparecen mencionadas en la sentencia; que la sentencia no muestra, como debería —y por ello se dictó la nota de calificación ahora recurrida— que las notificaciones se han realizado conforme a los preceptos legales; nada de la sentencia indica que se ha tenido en cuenta que la hipoteca consta inscrita a favor de los tenedores futuros de las letras de cambio, por lo que, para su cancelación, es preceptivo que el procedimiento se dirija contra todos los interesados aun cuando estén indeterminados.

V. El Juez de Primera Instancia número 2 de Olot, en el momento de que se cursara la solicitud de informe, señaló que lo primero que procedía era salir al paso de las harto despectivas formulaciones del recurrente respecto de la actuación del Registrador, la cual no ha hecho más que atenerse al principio de legalidad (arts. 18, 19, 65 y 66 LH y 97 a 136 RH); que, como informante, no le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de la calificación registral de documentos judiciales; que la prescripción que pudo alegarse es la de la hipoteca (de veinte años, evidentemente no transcurridos), no la de la letra de cambio, y que, en pura ortodoxia informativa, señalaba que la sentencia había sido congruente, la competencia material y territorial adecuada y que el mandato era congruente con el procedimiento incoado, por lo que la calificación —que sólo puede ceñirse a estos aspectos— debió ser favorable y que la nulidad de oficio no se puede declarar por vicios procesales detectados después de la firmeza de la sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990, de 15 de noviembre).

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de un lado, destacó, por comprensible que sea el sentimiento de frustración del recurrente ante la denegación registral de una cancelación de hipoteca establecida en garantía de unas letras que afirma pagadas, no por ello está autorizado a realizar descalificaciones de la labor del Registrador de la Propiedad; y de otro, se pronunció por confirmar la calificación registral, dado que al no haberse apreciado la prescripción con arreglo a la legislación civil, según la

fecha que conste en el Registro, resulta incongruente lo mandado por el Juez con el procedimiento seguido, en este caso el expediente de liberación de cargas y gravámenes.

VII. El señor España Colom apeló ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, indicando que el Registrador tiene que cumplir las sentencias, aunque considere que están equivocadas, y que lo importante es que las letras están pagadas y si no lo estuvieran la acción cambiaria —con plazo de tres años— estaría prescrita.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24, 117 y 118 de la Constitución; 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 20, 40, 128, 131.17, 209 y 210 de la Ley Hipotecaria; 100, 286, 309 a 311 de su Reglamento, y las Resoluciones de 24 de agosto de 1981 y 7 de noviembre de 1990

1. El respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusividad a los Jueces impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, y también a los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales encaminadas a conseguir la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes. Sólo muy limitadamente las resoluciones judiciales están sujetas a calificación registral, especialmente con el fin de que el titular registral no sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

2. El Registrador en el presente caso deniega la práctica de la cancelación ordenada por una sentencia, en primer lugar, por estimar que no es congruente con el procedimiento en que se ha dictado. Pero está claro, sin embargo, que no se da en la sentencia la incongruencia denunciada. Según el tenor de la sentencia que ordena la cancelación, ha sido dictada en un expediente de liberación de gravámenes, y entre los fundamentos de Derecho son citados los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria. El Registrador, en su informe, invoca que el expediente de liberación de cargas sólo es aplicable para la cancelación de derechos prescritos con arreglo a la legislación civil según la fecha que conste en el Registro, y que la sentencia presentada ni aprecia prescripción ni ordena la cancelación por este motivo. Pero de una sentencia que, según sus términos, ha sido dictada en un expediente de liberación de gravámenes y que ordena practicar la cancelación de la hipoteca basándose expresamente en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria no cabe deducir que el Juez, al dictar esta sentencia, haya sobrepasado las posibilidades procedimentales. Además, el Registrador afirma en el informe que la prescripción en el presente caso «no existe, ya que el artículo 128 de la Ley Hipotecaria fija un plazo de veinte años para la prescripción de la acción hipotecaria» (el vencimiento señalado en la escritura de constitución, para la última de las letras de cambio garantizadas, es de 27 de septiembre de 1965) y la Sentencia ha sido dictada en 6 de septiembre de 1991. Mas al decidir si también a efectos del artículo 209 de la Ley Hipotecaria la hipoteca, en cuanto al derecho accesorio, prescribe asimismo cuando prescribe, según la fecha que conste en el Registro, el derecho principal garantizado, en este caso el crédito cambiario, es una cuestión de fondo; y como el mismo Registrador asevera en su informe, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, hay «imposibilidad de calificar los fundamentos de la Sentencia y resoluciones judiciales».

3. Invoca también el Registrador como defecto que obliga a suspender la cancelación judicialmente ordenada el que con la sentencia no se acredita «que se han practicado las citaciones previstas en el artículo 210 de la Ley

Hipotecaria». Pero este artículo es citado expresamente por la sentencia entre los preceptos en que se funda el fallo, y en ella se afirma haberse seguido «todos los trámites establecidos legalmente para la liberación de gravámenes» y que no se ha presentado «oposición a la misma». Podrá ser tachada la sentencia en este punto de excesivamente escueta, pero en su laconismo la sentencia está afirmando que la tramitación ha sido seguida contra los que, según el Registro, resultan titulares de la hipoteca, sin que en la legislación hipotecaria haya texto específico relativo a la cancelación del gravamen en este tipo de expediente que obligue a más precisiones.

4. Finalmente anota el Registrador que debe suspenderse la cancelación ordenada porque no existe identidad entre lo que se ordena cancelar (hipoteca a favor de don Ramón M. J.) y el derecho realmente inscrito (hipoteca a favor de don Ramón M. J. y de los futuros tenedores de las letras de cambio garantizadas). Pero contra esta apreciación ha de oponerse que no resulta insuficiente la identificación de la hipoteca que se ha de cancelar si —como ocurre en el título judicial presentado— hay descripción precisa y circunstanciada de la finca sobre la que la hipoteca recae y el gravamen es identificado por la persona en favor de la cual la hipoteca aparece registralmente constituida, aunque de la misma inscripción resulte que el crédito garantizado con el derecho accesorio de hipoteca pueda ser transmitido sin sujeción a las formas que ordinariamente se exigen para que la transmisión surta efectos respecto del deudor y respecto de terceros. (A salvo el caso, claro es, en que sobre la misma finca hubiera más de una hipoteca en favor de la persona nombrada en el título judicial.)

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador (con la salvedad que se hace entre paréntesis del último fundamento).

Madrid, 30 de julio de 1993.—El Director General, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Comentario.—1. La aparente desarmonía entre los dos incisos del artículo 1.964 del Código Civil —en cuanto que primeramente se dice que la acción hipotecaria prescribe a los veinte años y luego se establece un término de quince para las acciones personales— ha sido unánimemente explicada por la doctrina en el sentido de que si bien la acción nacida de un crédito ordinario prescribe a los quince años, la que nace del crédito hipotecario puede ejercitarse durante veinte años. En palabras de Díez-Picazo, «el crédito hipotecario es, de esta manera, un tipo de crédito privilegiado desde el punto de vista de su prescripción, por lo menos en los casos en que tal crédito se realice contra los bienes hipotecados».

2. *¿Quid* cuando la hipoteca pertenece a esa clase que la doctrina y jurisprudencia denominan hipoteca cambiaria? Las acciones cambiarias, en armonía con la agilidad propia del comercio, tienen unos plazos de prescripción más breves: véanse en el artículo 88 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985. Sin embargo, aplicando el mismo criterio anteriormente indicado, el híbrido que podríamos denominar «acción hipotecaria cambiaria», es decir, la que nace por el impago de una letra de cambio garantizada con hipoteca inmobiliaria disfrutaría para su ejercicio del plazo generoso de los veinte años previstos en el artículo 1.964 del Código Civil.

3. Fueron, sin duda, estas consideraciones las que llevaron al Registrador

de Olot, en el caso debatido y decidido por la Resolución sujeta aquí a comentario, a frenar la práctica de una cancelación de hipoteca ordenada por un mandamiento (sin duda innecesario como tal vehículo documental a la vista de la regla 9.ª del art. 210 LH, pues hubiera bastado el testimonio de la Sentencia) dimanante de un expediente de liberación de cargas cuando no habían transcurrido veinte años desde el vencimiento de la letra o letras garantizadas. Era, por tanto, evidente que la Sentencia contenía un error sustantivo palmario y el propio Juez de Primera Instancia, en su informe, parece reconocerlo al decir que «la prescripción que pudo alegarse es la de la hipoteca (de veinte años, evidentemente no transcurridos), no la de la letra de cambio».

4. Error sustantivo o de fondo podría tenerlo, pero lógicamente tal cosa no podía ser alegada —en términos tan crudos— por el Registrador, y éste optó por acusar de incongruencia a la Sentencia. De esta manera se invocaba una de las cuatro vías por las cuales un Registrador de la Propiedad puede acceder a la suspensión o denegación de un documento judicial, recogidas en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y que resumida y mnemotécnicamente enumero como competencia, congruencia, prestancia y resultancia.

5. En el caso de la Resolución comentada, el Registrador invocó la falta de congruencia entre lo mandado y el procedimiento utilizado. A continuación y con carácter «subsidiario» (modalidad ésta muy singular de poner defectos en las notas de calificación, no respaldada reglamentariamente —los defectos existen o no, y si existen hay que ponerlos todos sin subsidiariedades ni alternativas—, que, sin duda, es un contagio mimético con lo que es usual en demandas y contestaciones a las demandas) invoca otros dos defectos menores que después comentaré. Muy fuerte debió de ser la indignación que tal denegación provocó en el recurrente como para redactar un escrito de interposición del recurso gubernativo cuyos exactos términos nos los vela la Dirección General, pero que adivinamos exagerados a juzgar por lo que se trasluce en el informe del Juez («lo primero que procede —dice— es salir al paso de las harto despectivas formulaciones del recurrente respecto de la actuación del Registrador») y en el auto del Presidente («el recurrente no está autorizado —añade éste— a realizar descalificaciones de la labor del Registrador de la Propiedad»). Y todo ello a pesar de que los oídos judiciales suelen estar muy avezados a escuchar descalificaciones vertidas desde una parte hacia la parte contraria, como ya es práctica habitual en los escritos forenses.

6. Este defecto primero —el de incongruencia— no debía de parecer descabellado, y buena prueba de ello es que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña —cuyo nombre, José Antonio Somalo Giménez, es de sobra conocido entre quienes nos movemos en este mundo de los recursos gubernativos y cuya merecida fama se debe a la gran solvencia doctrinal que emana de sus autos— se vio arrastrado por los argumentos del Registrador a confirmar una nota sin necesidad de entrar en los defectos alegados «subsidiariamente».

7. La Dirección General —con agudo olfato procesal y exquisita finura— distingue perfectamente entre el error sustantivo de la Sentencia (que al parecer existió) y la incongruencia procedimental (que no existió). El argumento es aplastante: un juicio o expediente que, según la Ley, sirve —entre otras cosas— para cancelar hipotecas prescritas *no es incongruente* cuando el fallo ordena cancelar una hipoteca, aunque ésta no esté prescrita. ¿Por qué no hubo incongruencia? Porque la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado que nos enseña el citado artículo 100 del

Reglamento Hipotecario se refiere tan sólo a los aspectos externos, pero nunca a la cuestión de fondo. La incongruencia del artículo 100 es que la Ley de Enjuiciamiento Civil llama «inadecuación del procedimiento» (art. 1.692.2.º), y no debemos confundirla ni con los desaciertos de fondo de la Sentencia ni con esa otra incongruencia procesal que hace que una Sentencia pueda ser revocada en apelación o en casación por no haberse acomodado en el fallo a lo pedido por las partes. En una palabra, la congruencia que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento exige para las Sentencias no entra dentro de la calificación registral. De ahí que para evitar estos despistes, como el observado en Olot, no estaría de más un retoque en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, de manera que donde ahora dice que «la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará... a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado...», diga que «la calificación... se limitará... a la adecuación del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado...» De esta forma —permítaseme el juego de palabra— adecuamos a la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Civil la de la legislación hipotecaria, que en estas materias procesales sigue estando algo necesitada.

8. El segundo defecto —primero de los formulados subsidiariamente— achacaba al documento presentado no acreditarse el haberse practicado las citaciones previstas en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria. Para la Dirección General el defecto no existe en la medida en que le basta con que la Sentencia afirme genéricamente que se han seguido todos los trámites establecidos legalmente para la liberación de gravámenes y se cite el artículo 210 de la Ley Hipotecaria en la enumeración de normas legales en las que descansa la decisión. No obstante, tal «laconismo» no sirvió en el caso analizado en la Resolución de 5 de julio de 1991: allí se entendió que en el auto que pone fin al expediente de dominio debe constar expresamente cómo se hicieron las citaciones de la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, sin que baste la genérica manifestación de que se observaron las formalidades legales. Acaso esta decisión pesaba en el ánimo de la Dirección, que al final del fundamento 3 se ve en la obligación de marcar las distancias entre el caso resuelto en 1991 (en que se ventilaba la inscripción de un expediente de dominio de reanudación de tracto) y el resuelto ahora, que se refiere al expediente de liberación de cargas y gravámenes. En éste, «al no existir en la legislación hipotecaria texto específico relativo a la cancelación del gravamen que obligue a más precisiones», la Dirección General entiende improcedente una mayor exigencia. Es cierto que este tipo de juicio no cuenta con una norma paralela a la del artículo 286 del Reglamento Hipotecario y por ello si de *lege ferenda* nos extraña esta falta de paralelismo (las razones para que conste la forma de hacer las notificaciones son de igual peso en un caso que en otro), de *lege data* la decisión de la Dirección es irreproachable.

9. El último de los defectos, también revocado por la Dirección General, acusaba a la Sentencia de no existir identidad entre lo que se ordena cancelar (hipoteca a favor de don Ramón M. J.) y el derecho realmente inscrito (hipoteca a favor de don Ramón M. J. y de los futuros tenedores de las letras de cambio garantizadas). Aquí es donde la Dirección General se muestra más insegura porque se da cuenta de que sobre la misma finca pueden existir inscritas dos o más hipotecas en favor del mismo titular. Acaso en el supuesto analizado «no resultaba insuficiente la identificación de la hipoteca que se ha de cancelar», pero como doctrina general nunca es aconsejable relajar las

exigencias del principio de especialidad. En el caso de una cancelación de hipoteca, bien se haga en virtud de escritura o, como en nuestra historia, por expediente de liberación de cargas, la mejor manera de identificar la hipoteca a cancelar, además de una adecuada referencia a la finca, es la expresión del nombre del Notario autorizante de la escritura de formalización y su fecha. En mi vida profesional tuve un caso en que sobre una misma finca había dos hipotecas constituidas en favor del mismo acreedor, dándose la circunstancia de que ambas habían sido formalizadas el mismo día y ante el mismo Notario. Cuando llegó la escritura de cancelación de una de ellas, a falta de la expresión del número de protocolo —que no se había recogido en la inscripción por no ser una de las circunstancias exigidas expresamente en la regla 11 del art. 51 RH— hubo que acudir al dato de la cuantía para saber cuál de las dos hipotecas debía ser cancelada. Algo parecido ocurre con los mandamientos en virtud de los cuales hay que expedir la certificación de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y consecuentemente extender la nota al margen de la inscripción de hipoteca. ¿De cuál hipoteca si hay más de una en favor del mismo acreedor sobre la misma finca? Lógicamente, la práctica en estos casos conduce a exigir del Juzgado el dato de la fecha de la escritura y el nombre del Notario autorizante para disipar la duda acerca de cuál de las hipotecas ha ido a la ejecución. La cuestión no es baladí y a nadie se le escapa la trascendencia que una confusión podría acarrear de cara a la adjudicación y purga posteriores. Acaso en este último punto, aunque sólo fuera a título de modesto premio de consolación, y sobre todo para no relajar en términos generales las exigencias del principio de especialidad, el defecto debió haber sido confirmado. En cualquier caso, para todos los que, por una razón u otra, nos hemos detenido en el análisis de esta Resolución, se hace cierto aquel pensamiento del compositor Benjamín Britten que he leído recientemente: «Aprender es como remar contra corriente: en cuanto se deja se retrocede».

E. R. C.

AUNQUE LAS FINCAS ESTEN INSCRITAS ES NECESARIO PRESENTAR CERTIFICADO DE LA DEMARCACION DE COSTAS PARA ACREDITAR QUE LAS FINCAS QUE SE TRANSMITEN NO INVADEN EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. (RESOLUCIONES DE 16 DE DICIEMBRE DE 1991 Y DE 8 DE ENERO DE 1993. BOE DE 26 DE MARZO DE 1991 Y DE 11 DE MARZO DE 1993.)

Resolución de 8 de enero de 1993

Hechos.—I. En escritura de 23 de marzo de 1990, ante el Notario de Sevilla don Rafael Arenas Ramírez como sustituto y para el protocolo del también Notario de dicha capital don José Casado Alcalá, adquirió doña Pilar Benítez Eyzaguirre una vivienda en la planta sexta o ático del bloque número 1 en el conjunto residencial «Los Infantes», de Sanlúcar de Barrameda.

Presentada en el Registro dicha escritura, junto con un plano de ubicación de la finca para que por la Jefatura Provincial de Costas se emitiera dictamen, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción de la finca contenida en el precedente documento por haberse producido invasión del dominio público marítimo-terrestre, según comunicación del Jefe de la

Demarcación de Costas, de fecha 13 del corriente mes de agosto, fotocopia de la cual se adjunta.—Sanlúcar de Barrameda, 23 de agosto de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible».

II. Doña Pilar Benítez, representada por el Procurador don Rafael García-Valdecasas, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que antes de adquirir la vivienda se solicitó nota simple informativa del Registro de la Propiedad acerca de dicha finca, de la que resulta que no tenía ninguna traba o carga que impidiera su transmisión, y ahí resultaba también que con anterioridad se había inscrito una hipoteca a favor del Banco Hipotecario, sin ningún obstáculo, así como diversos embargos, sin que en ningún caso se hiciera la advertencia de que la finca invadía el dominio público y los principios de fe pública registral, seguridad jurídica y existencia de tercero hipotecario —arts. 1.º, 2.º, 32 y 34 LH— amparan y protegen la adquisición, en este sentido se manifiestan diversos hipotecaristas que se citan. Que el artículo 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece la necesidad de solicitar informe de la Administración del Estado en los supuestos de inmatriculación de finca y que ha sido el artículo 35 —quien ilegalmente— del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, Reglamento de dicha Ley, el que amplía la petición de informes a las segundas y posteriores inscripciones, excediéndose en su potestad reglamentaria. Y que las respectivas disposiciones transitorias 4.ª 2.ª y 9.ª 2.ª de la Ley y Reglamento respetan los supuestos producidos antes de su entrada en vigor, y que el edificio donde está situada la vivienda se construyó al amparo de la preceptiva licencia municipal y dentro de un Plan parcial de Urbanización aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo en 17 de octubre de 1972, y que la adquirente está discriminada —art. 14 de la Constitución— frente a los demás propietarios de viviendas que tienen inscrito su derecho por lo que existe un agravio comparativo.

III. El Registrador de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda, en defensa de su nota, alegó: Que para una mejor comprensión del tema señalaba que la finca origen de la actual se formó por deslinde aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo con la Dirección General de Puertos, según comunicación de 17 de mayo de 1948, inscribiéndose a favor del Ayuntamiento de esta ciudad, y de la que tras sucesivas segregaciones y permutas adquirió la finca «Promotora Nueva Frontera, Sociedad Anónima», quien en escritura de 20 de julio de 1977 declara la obra nueva y constituye el régimen de propiedad horizontal, y siendo ya titular doña María del Carmen Soto Garey la vende a la recurrente. Solicitada certificación de la Demarcación de Costas de Andalucía-Atlántico, se expresa en ella que la finca transmitida invade el dominio público marítimo-terrestre y, por ello, se procede a su denegación en base a lo establecido en la Ley de Costas y su Reglamento, a fin de evitar la posibilidad de consolidar la expropiación por particulares de terrenos de dominio público como señala la Exposición de Motivos de la primera norma legal. Ya antes el Real Decreto 1156/1986, de 13 de junio, ensanchaba la función calificadora al dar entrada a un elemento inédito en dicha calificación como es la sospecha —art. 2.2.º—, y ahora se recoge en el 15.2 de la Ley de Costas y 31.2.º de su Reglamento, ampliando el marco del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Además, el Reglamento —art. 35— extiende la previsión no sólo a los supuestos de inmatriculación y exceso de cabida, sino también a las segundas y posteriores inscripciones, sin que ello suponga una extralimitación de la potes-

tad reglamentaria ni la ilegalidad de dicho artículo 35, que no ha hecho más que contemplar lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley (véase STC de 4 de mayo de 1982). Que la extensión de la facultad calificadora en la forma expuesta no pudo extenderse, como es natural, a los actos adquisitivos o gravámenes anteriores a la entrada en vigor de la Ley, como sucedió con la hipoteca —19 de junio de 1973— y el último de los embargos —26 de noviembre de 1983—. Que con relación a la última titularidad inscrita, el artículo 8.º de la Ley le priva de todo valor y, por ello, los principios hipotecarios no entran en juego —arts. 32 y 36 LH—, y ello garantiza, en definitiva, el juego del principio de seguridad jurídica. Por último, las disposiciones transitorias 4.ª de la Ley y 9.ª 2 del Reglamento se refieren a supuestos ajenos al problema planteado.

IV. En Auto de 6 de marzo de 1991 el Presidente del Tribunal Superior de Andalucía confirma la nota del Registrador, en base a lo establecido en el artículo 9.º de la Ley de Costas y sin que el artículo 35 del Reglamento adolezca de ilegalidad, ya que la norma que impide el acceso de todo acto jurídico en que se documente una transmisión de fincas enclavadas en la zona marítimo-terrestre tiene la naturaleza reglamentaria dictada en desarrollo de un precepto legal.

V. El recurrente interpone la correspondiente apelación insistiendo en los alegatos del escrito inicial.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y su Reglamento de 1 de diciembre de 1989 y la Resolución de 16 de diciembre de 1991:

1. La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 declara en el artículo 9.º —al recoger el mandato del art. 132 de la Constitución— el principio de que no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado ni ninguna de las pertenencias de dominio público marítimo-terrestre. No obstante, la propia Ley frente a este principio general establece un cuidadoso régimen transitorio a fin de adaptar a la nueva regulación legal las situaciones que existían con anterioridad a su entrada en vigor, y lo hace en forma minuciosa y compleja tratando de incluir en todos sus matices la extensa variedad de casos que la realidad ofrece en las nueve disposiciones transitorias de la Ley y veintitrés de su Reglamento, y ello provoca que la labor del intérprete no sea cómoda ni le resulte facilitada.

2. En efecto del contexto de sus disposiciones transitorias y sin ánimo exhaustivo, la Ley trata de distinguir, de una parte, en terrenos y edificaciones, según su situación en las diversas zonas, y de otra parte, en la ilegalidad o legalidad de las construcciones existentes. Y así distingue:

a) Zona marítimo-terrestre, en donde regula los supuestos de: 1) Propietarios con título en base de sentencia firme o por concesión. 2) Propietarios de terrenos deslindados antes de la vigente Ley que no pudieron ser ocupados por la Administración al estar amparados en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. 3) Propietarios de terrenos comprendidos en costas no deslindadas o que no lo han sido parcialmente o se haga nuevo deslinde. 4) Propietarios de terrenos sobrantes y desahucados del dominio público. 5) De terrenos ganados al mar y desecados de sus riberas. 6) Islotes de propiedad particular (disposiciones transitorias 1.ª a 6.ª, inclusive, del Reglamento de Costas).

b) Zona de servidumbre de protección: 1) De suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable. 2) De suelo urbanizable y programado, distinguiendo si cuenta o no con plan parcial. 3) Suelo urbano y zonas clasificadas como urbanas. 4) Conjuntos históricos. 5) Paseos marítimos (disposiciones transitorias 7.ª a 9.ª, inclusive, y 20) Cada una de estas situaciones tiene su correspondiente regulación con soluciones adaptadas a cada caso recogido.

3. De los datos que obran en este expediente resulta:

a) Que el deslinde de la finca fue aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo con la Dirección General de Puertos, el 17 de mayo de 1948

b) Que la finca origen de la actualmente discutida se inmatriculó a favor del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda el 15 de octubre de 1956.

c) Que transmitida a Promotora Nueva Frontera, en escritura de 13 de julio de 1977, fue declarada la obra nueva el 20 del mismo mes y año al amparo de la licencia municipal encuadrada dentro del Plan parcial y Proyecto de Urbanización de la Playa de Sanlúcar de Barrameda, aprobado por la Comisión Provisional de Urbanismo, en sesión de 17 de octubre de 1972.

d) El recurrente compra, en escritura de 23 de marzo de 1990, a doña María del Carmen Soto Garey y la vivienda en planta sexta del bloque 1 del conjunto residencial «Los Infantes», en el Paseo Marítimo de Sanlúcar de Barrameda.

4. La única cuestión, por tanto, a debatir en este recurso es la de determinar si puede accederse o no a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la Transmisión de una finca ya inmatriculada, toda vez que, según la comunicación de la Jefatura de Demarcación de Costas correspondiente, «resulta que las mismas invaden el dominio público marítimo, estando afectadas por el deslinde aprobado por Orden de 17 de mayo de 1948».

5. Ante la tajante declaración contenida en el certificado de la Jefatura de Costas, a que hace referencia en el apartado anterior de tratarse de zona marítimo-terrestre, ha sido correcta la postura adoptada por el Registrador y la aplicación del artículo 35 del Reglamento, pues como ya declaró la Resolución de 16 de diciembre de 1991, no es el recurso gubernativo, que tiene la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio idóneo para resolver la cuestión acerca de la vulneración por parte de dicho precepto reglamentario de la aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.º 2 del Código Civil y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

6. No hay que olvidar —como se ha indicado en el fundamento primero— la finalidad perseguida por la nueva Ley de Costas plasmada en el mencionado artículo 9.º, y de ahí las precauciones adoptada en particular con el Registro de la Propiedad, a fin de que se produzcan situaciones no queridas o contrarias a lo ordenado legalmente —art. 15 de la Ley—, completado por el artículo 35 de su Reglamento, al extender la norma a las segundas o posteriores inscripciones para la total defensa de los bienes demaniales, siempre en el marco del respeto general a los derechos adquiridos. De ahí que si el interesado entendiera que su derecho sobre el inmueble pudiera encontrarse en una situación diversa de la que resultan de los documentos calificados, y en especial

de la afirmación de tratarse de un bien situado en zona marítimo-terrestre, podrá acudir, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, ante los Tribunales de Justicia para ventilar y contender acerca de su derecho.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 8 de enero de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Resolución de 16 de diciembre de 1991

Hechos —I. En escritura de 8 de noviembre de 1990 autorizada por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez «Promotora Saguntina, Sociedad Anónima» vendió a los hermanos Muñoz de Luna varios pisos situados en edificios ubicados en la avenida del Mediterráneo, que junto con otra escritura complementaria de 16 del mismo mes y año ante el mismo Notario, fue presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto el día 29 de dicho mes, y con fecha 22 de diciembre del mismo año se notifica por dicha Oficina, que habiéndose solicitado a la Demarcación de Costas de Valencia el certificado administrativo a que se refiere el artículo 15 de la vigente Ley de Costas y concordantes del Reglamento, se ha recibido oficio de dicho Organismo a fin de que se aporte por el interesado el plano correspondiente que se solicita, a efectos de expedir el certificado. En escrito de 3 de enero de 1991 se contesta por el interesado que no procedía la certificación pedida en base a las razones expuestas. En su consecuencia se extiende por el Registrador la nota de calificación siguiente: Presentada la precedente escritura de compraventa, con fecha 29 de noviembre de 1990, en unión de otra complementaria autorizada por el mismo Notario el día 16 de noviembre del mismo año, con el número 5.459 de su protocolo, se suspende la inscripción por adolecer de los siguientes defectos:

1. No acompañar, ni transcribir en lo necesario, la escritura de constitución de la Compañía mercantil «Promotora Saguntina, Sociedad Anónima», con lo que no puede calificarse si los administradores actúan dentro del plazo para el que fueron nombrados.

2. No acompañar la escritura de constitución de la Comunidad denominada «Negocios Luna, Comunidad de Bienes», a la que se hace referencia en la de compra, de la que, al parecer, resulta la representación que el compareciente ostenta de los demás compradores, con lo que no puede calificarse dicha representación.

3. No identificar con nombre y apellidos a la esposa del comprador don Antonio Manuel Muñoz de Luna, ni determinar el régimen económico que rige su matrimonio.

4. No acreditar mediante el correspondiente documento —en el que debería constar la pertinente nota del Registro Civil—, el régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes que rige, según el título presentado, el matrimonio de la compradora doña María Dolores Muñoz de Luna y don Isaac Albarrán García.

5. No coincidir —al contrario de lo que se afirma en la estipulación segun-

da— el precio de la enajenación de las siete fincas objeto de la escritura de compra, con la suma de sus respectivas valoraciones fijadas al final de su descripción.

6. Porque sospechándose, fundadamente, que las fincas transmitidas invaden el dominio público marítimo-terrestre, no se acredita que no sea así, en los términos del artículo 15 de la Ley de Costas vigente y 31 y siguientes del de su Reglamento.

Los seis defectos se consideran subsanables, por lo que a solicitud escrita del presentante, se toma anotación preventiva de suspensión del precedente documento, por el plazo legal de sesenta días, en los tomos, libros, folios, números de fincas y anotaciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de las fincas, conforme a lo establecido en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra la anterior calificación podrá interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de esta nota, en los términos establecidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento.—Sagunto, a 29 de enero de 1991.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Enrique Calatayud Llobet.

II. Don Emilio Berenguer Jimeno, en nombre de «Promotora Saguntina, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra el defecto sexto de la anterior nota de calificación y alega: Que el artículo 15 de la Ley de Costas se refiere al caso de inmatriculación de una finca, lo que no es el caso debatido, pues los edificios objeto de este recurso figuran inscritos a favor de la «Compañía Minera de Sierra Minera, Sociedad Anónima», desde el 16 de enero de 1924, quien vendió en escritura de 9 de julio de 1988 la referida finca a la Sociedad recurrente y en posterior escritura de 31 de julio de 1989 se declaró la obra nueva una vez terminada la rehabilitación y se constituyó el régimen de propiedad horizontal. Ambas escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad y lo mismo el préstamo hipotecario posterior. Como complemento de lo expuesto indica que solicitada autorización a la Demarcación de Costas de Valencia para la rehabilitación antes señalada, se accedió por este Organismo en 28 de febrero de 1989, si bien se manifiesta por el mismo que ello no supone reconocimiento de propiedad, y por la Sociedad se le comunica en 5 de junio de 1989 el comienzo de las obras según licencia del Ayuntamiento de Sagunto. Por último la Orden de 14 de mayo de 1989 por la que se negaba la modificación del deslinde aprobado por Orden de 6 de julio de 1990, se dice que se había interesado de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Justicia el ejercicio de la acción reivindicatoria para modificar una inscripción registral que atribuye a «Promotora Saguntina, Sociedad Anónima», la propiedad de una parcela de terrenos en la zona marítimo-terrestre. Con todos los hechos expuestos queda demostrado que las viviendas transmitidas figuran inscritas antes y después de la Ley de Costas y no hay base para la aplicación de su artículo 15, cuando una vez en vigor y en tres ocasiones se ha inscrito tres escrituras sin ningún impedimento, y cuando en sus oficios respectivos tanto la Demarcación de Costas como el Ministerio de Obras Públicas han reconocido la propiedad, explícitamente el primero y expresamente el segundo.

III. El Registrador de la Propiedad de Sagunto en defensa de su nota informó: Que coincidía en lo sustancial con los hechos alegados por el recurrente si bien añadía que en las escrituras inscritas con posterioridad a la

entrada en vigor de la Ley de Costas, en ninguna de sus descripciones había motivo para sospechar que las fincas pudieran invadir el dominio público marítimo-terrestre, y por eso se procedió a su inscripción. Con posterioridad se recibió en el Registro comunicación de la Demarcación de Costas de Valencia de 16 de julio de 1990 en la que se le ponía en conocimiento, que a los efectos del artículo 15 de la Ley y 31 de su Reglamento, las viviendas a las que se permitían su separación estaban ubicadas en zona de dominio público marítimo-terrestre, y por eso se solicitó la correspondiente certificación administrativa al presentarse la escritura calificada. Y termina indicando que no pueden admitirse los razonamientos del recurrente, pues los términos de los artículos 15 de la Ley y 35 del Reglamento son claros, y en tanto no se acredite que la finca no invade el dominio público no puede practicarse la inscripción.

IV. El Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana estima el recurso y revoca la nota del Registrador, al estimar que la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha excedido de los límites materiales que enmarcan esta actividad, al tener que subordinarse a la Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, y en este caso se ha excedido y por eso no puede hacerse aplicación del artículo 35 del Reglamento de Costas, ya que los Tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Ley, y obligados por ello a buscar el respaldo legal de todo Reglamento antes de su aplicación.—Artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V. La Subdirección General de Recursos Gubernativos formuló la siguiente propuesta de Resolución:

Vistos la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y su Reglamento de 1 de diciembre de 1989.

1. Al haberse impugnado exclusivamente el sexto de los defectos de la nota de calificación, la única cuestión que ha de resolverse en el presente recurso es la de decidir si para la inscripción de las ventas cuestionadas relativas a fincas ya inmatriculadas en el Registro de la Propiedad (varios pisos de un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal), se precisará o no el certificado expedido por la Demarcación de Costas de Valencia acreditativo de que aquéllas no invaden el dominio público marítimo-terrestre.

2. Frente a la respuesta afirmativa del Registrador, basada en el artículo 35 del Reglamento General para la ejecución de la Ley de Costas, el interesado sostuvo la no necesidad de tal certificación cuando las inscripciones segundas o posteriores se trata, toda vez que no existe norma legal que habilite a la Administración para extender a éstas el régimen establecido en el artículo 15 de la Ley de Costas respecto de la inmatriculación.

3. Si se tiene en cuenta: a) Que es principio básico de nuestro sistema hipotecario, el de la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo (*vid.* art. 38 de la Ley Hipotecaria), principio que no es sino una manifestación del mandato normativo recogido en el artículo 1, párrafo 3, en cuanto establece que los asientos del Registro producirán todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud por los procedimientos especiales que con audiencia de interesados la Ley permite; b) que la propia Ley de Costas atribuye al deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre un alcance rectificador de las situaciones registrales incompatibles (*vid.* art. 13 de la Ley de

Costas), y al mismo tiempo declara su obligatoriedad en aquellas zonas en que el dominio público no está deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la Ley (*vid.* su disposición transitoria primera, 3); *c*) que el citado deslinde queda sujeto a determinados requisitos procedimentales, reglamentariamente establecidos, en garantía de los derechos de quienes puedan resultar perjudicados; *d*) que frente a las hipótesis de verdadera invasión de la zona marítimo-terrestre (estuviera o no anteriormente deslindada) pueden concurrir supuestos —previstos específicamente en la Ley de Costas— en los que el dominio particular de las fincas incluidas en aquella zona haya sido reconocida por sentencia firme o la inclusión resulte de un nuevo deslinde de dicha zona para adecuarlos a las características establecidas en la nueva Ley (*vid.* disposición transitoria primera, números 1 y 4); *e*) que es incuestionable el sometimiento de la Administración a la Ley, de manera que ésta no puede ser tergiversada por una interpretación parcial o interesada de aquélla, y así lo establece tanto el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes, y en su virtud carecen de validez en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, 1.2 del Código Civil y 28 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habrá de concluirse que es improcedente extender a las segundas o posteriores inscripciones de fincas ya inmatriculadas, los requisitos establecidos para la inscripción de inmatriculación; en tales hipótesis, no será el adquirente de las fincas inmatriculadas al que corresponderá la acreditación de que éstas no invaden el dominio público, sino por el contrario habrá de ser la Administración la que a través del adecuado deslinde, ajustado al procedimiento reglamentariamente establecido, desvirtúe, en su caso, los pronunciamientos registrales que procedan, eliminando así el acceso registral del tráfico jurídico sobre fincas, incluidas en el dominio público marítimo-terrestre que por esencia es inalienable (art. 7 de la Ley de Costas).

Madrid, 9 de noviembre de 1991.—*Juan Sarmiento Ramos.*

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y su Reglamento de 1 de diciembre de 1989.

1. En este expediente en el que sólo se ha recurrido el defecto sexto se plantea la cuestión de si es necesario aportar el certificado administrativo de la Demarcación de Costas de Valencia solicitado por el Registrador, al objeto de que se le acredite si las fincas transmitidas invaden o no el dominio público marítimo-terrestre.

2. La negativa a presentar el citado documento por el recurrente se basa en el hecho de que al no tratarse de una inmatriculación de las fincas vendidas, sino de su posterior enajenación, no entra en juego el artículo 15 de la Ley de Costas referido únicamente al primer supuesto, de lo que se deduce que el contenido del artículo 35 de su Reglamento no es aplicable en términos generales al suponer un exceso por parte de la Administración ya que no existe norma legal alguna habilitante para extender lo establecido respecto de las inmatriculaciones, a las segundas o posteriores inscripciones.

3. Es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la Ley, y la prevalencia de los mandatos de la Ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración. En defensa

de este principio puede verse el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la constante jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal en el sentido de que estas normas administrativas no puedan derogar los preceptos consignados en las leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen. Todo ello no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.2 del Código Civil y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

4. Sentado el anterior principio, y teniendo en cuenta que no parece sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión como la aquí planteada, hay que resaltar ante todo la finalidad perseguida por la nueva Ley de Costas, plasmada en su Exposición de Motivos al señalar que en modo alguno se puede considerar esta Ley como una mera reforma de la actual, ya que tiene una concepción distinta en cuanto a la regulación del régimen de dominio, utilización y aprovechamiento de la zona marítimo-terrestre. Y por eso el artículo 7 declara que los bienes de dominio público marítimo-terrestre son inalienables, imprescriptibles e inembargables y el artículo 9 que no podrán existir terrenos distintos de la propiedad demanial del Estado en ninguna de las pertenencias de dicho dominio público. De ahí las precauciones adoptadas a continuación por la Ley y en particular en relación con el Registro de la Propiedad a fin de evitar que se produzcan situaciones no queridas o contrarias a lo ordenado legalmente —art. 15 de la Ley.

5. Ahora bien, este artículo 15 se refiere únicamente al supuesto de inmatriculación de finca, pero con ello no se agota la solución al quedar fuera los casos de fincas ya inscritas que pueden encontrarse dentro de la zona marítimo-terrestre y por ello el Reglamento ha completado en su artículo 35 la total defensa de los bienes demaniales al extender la norma a las segundas o posteriores inscripciones, siempre en el marco del respeto general a los derechos legalmente adquiridos, estableciendo —como indica la Exposición de Motivos de la Ley— un cuidadoso régimen transitorio que permita la adaptación de las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a la nueva regulación contenida en la misma, y que habrá de ser tenido en cuenta, como es lógico, por el funcionario calificador una vez le haya sido presentado el Certificado de la Demarcación de Costas y comprobada la situación en que se encuentra el inmueble transmitido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y confirmar el defecto sexto de la nota del Registrador, único que se ha recurrido.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos

Madrid, 16 de diciembre de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Comentarios.—El problema que plantean estas resoluciones no es fácil de resolver.

Se trata de decidir qué debe prevalecer a la hora de calificar la transmisión de bienes inmuebles de titularidad privada que, sin embargo, a juicio de la Administración invaden la zona marítimo-terrestre.

¿Debe prevalecer la titularidad privada inscrita? ¿o debe prevalecer la afirmación de la Administración de que el inmueble invade la zona marítimo-terrestre?

El tema es de gran interés, en la medida que la solución que se dé va a tener muy diversas consecuencias:

a) Si se considera que prevalece la inscripción registral de la titularidad privada, corresponderá a la Administración ejercitar las acciones procedentes, procediendo entretanto a inscribirse cualquier transmisión del derecho inscrito.

b) Si se considera que debe prevalecer la afirmación por parte de la Administración de que la finca invade el dominio público marítimo-terrestre, y en consecuencia que el terreno es demanial —conforme al art. 132 de la Constitución— el Registrador deberá abstenerse de practicar cualquier inscripción de transmisión respecto de la misma, correspondiendo al particular ejercitar las acciones legales procedentes en defensa de sus derechos, como pudiera ser la acción declarativa de propiedad.

Ambas posiciones tienen argumentos en pro y en contra, tanto desde el punto de vista de derecho positivo como jurisprudencial.

A) En pro de la primera posición, que hace prevalecer la titularidad inscrita, cabe alegar lo siguiente:

1.º Que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º LH), debiendo ejercitarse una acción declarativa contra el titular inscrito para cualquier modificación de los mismos (art. 40 LH). Entretanto los asientos del Registro de la Propiedad se presumen exactos e íntegros (art. 38 LH).

2.º Que no obstante el carácter demanial de la zona marítimo-terrestre proclamado por el artículo 132 de la Constitución y por el artículo 3.º de la Ley de Costas de 28/7/1988, la propia Ley de Costas en sus disposiciones transitorias regulan numerosos supuestos de terrenos en zona marítimo-terrestre que se mantienen como propiedad particular (v.gr. islotes de propiedad particular, disposición transitoria 6.ª del Reglamento de Costas de 1/12/1989), o en los que se articula un régimen concesional transitorio (terrenos de propiedad particular reconocidos en virtud de sentencia firme o basados en un título de propiedad anterior a la Ley de Costas de 1969 o amparados en el artículo 34 de la LH (disposición transitoria 1.ª y 2.ª del Reglamento).

3.º La propia Constitución española, en su artículo 33, al reconocer la propiedad privada, debería prevalecer sobre el artículo 132 de la misma, de manera que no cabría privar a estos terrenos de su carácter privado sin previa indemnización

B) La segunda posición, que hace prevalecer el carácter demanial de la zona marítimo-terrestre y las limitaciones existentes en la zona de servidumbre de protección, se basarían en los siguientes argumentos:

1.º El carácter demanial de la zona marítimo-terrestre establecido por el artículo 132 de la Constitución y por el artículo 3.º de la Ley de Costas.

2.º El propio sentido de la Ley de Costas como excepción a los principios registrales de legitimación y fe pública registral, que se manifiestan en la prevalencia de la titularidad dominical a favor del Estado frente a las inscrip-

ciones del Registro de la Propiedad (cfr. art. 4 y 5 de la Ley de Costas que rechaza que las inscripciones registrales puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados).

3.º El principio administrativo de presunción de legalidad y el de inmediata ejecutividad de los actos administrativos, de manera que se presumen válidos y producen sus efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa (art. 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26/11/1992).

4.º La prevalencia de lo afirmado por la Administración se deduciría, en fin, de la propia disposición transitoria 2.ª de la Ley de Costas que deja a salvo las posibles acciones civiles de los titulares inscritos en defensa de sus derechos.

A mi entender, para dar una solución a este problema, debe partirse de un doble principio.

- a) la prevalencia del carácter demanial de la zona marítimo-terrestre;
- b) el necesario respeto a los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral (arts. 38 y 34 LH), basados en el principio constitucional de propiedad privada (art. 33 CE), que se traducen en una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la Administración que pretende dejar sin efecto una titularidad inscrita.

Es decir, nadie duda del carácter demanial de la zona marítimo-terrestre. Esto explicaría que en las inmatriculaciones de terrenos que puedan invadir la zona marítimo-terrestre el Registrador deba actuar con suma cautela, exigiendo con rigor la certificación del Servicio periférico de Costas favorable a la inmatriculación (art. 31 Reglamento de Costas).

Pero respecto de las titularidades inscritas, es preciso desvirtuar la apariencia de legitimación y exactitud que se derivan de los asientos registrales. Ello significaría, que pese a las afirmaciones de la Administración de que determinadas fincas se encuentran en zona marítimo-terrestre o de servidumbre de protección, deberá prevalecer las inscripciones del Registro de la Propiedad en tanto no sean desvirtuadas en el correspondiente procedimiento judicial.

La conclusión debe ser en consecuencia, que el artículo 35 del Reglamento de Costas de 28/7/1988, cuya validez se puso en cuestión en las resoluciones comentadas de 16/12/1991 y 8/1/1993, va más allá de lo establecido por la propia Ley de Costas, contraría lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución y es claramente contrario a los principios hipotecarios. Dicho artículo exige también para las segundas y posteriores inscripciones (y por tanto no sólo para las inmatriculaciones) que se acredite por certificación administrativa la no invasión del dominio público marítimo-terrestre.

Es cierto que las citadas resoluciones hacen aplicación de dicho artículo, pero lo hacen porque entienden que no puede apreciarse en un recurso gubernativo la posible vulneración o contradicción del principio de jerarquía normativa. Sin embargo, tal argumento no es definitivo, ya que por el contrario son numerosas las resoluciones de la DGRN que sí han hecho aplicación directa del principio de jerarquía normativa para considerar inaplicable un precepto concreto (piénsese, por ejemplo, en la RDGRN 20/2/1986 que consideró derogado el art. 165 del RH por la reforma de la LEC de 1984, o en las RRDGRN de 28/10/1993, 5/10/1993, 3/9/1992, 28/6/1989, etc. que interpretan el art. 257

LH superado por la LOPJ de 1985 que atribuye funciones de impulso procedimental a los secretarios de juzgado, etc.).

Creo que es más correcta la interpretación que del artículo 35 del Reglamento hizo la subdirección de recursos gubernativos en la RDGRN de 16/12/1991 que se basó en la presunción a todos los efectos legales de la existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo, y en la necesidad de que se declare su inexactitud en procedimiento al efecto para que los asientos dejen de producir sus efectos, para considerar inaplicable el citado precepto.

Y es que en efecto la Administración tiene acciones suficientes a las que recurrir para desvirtuar la eficacia de los asientos registrales y su presunción de exactitud. Así ocurre con la acción de deslinde, de manera que no es el adquirente al que tiene que corresponder la carga de la prueba de que las fincas no invaden el dominio público sino que es la Administración la que tiene que probarlo.

La propia jurisprudencia confirma esta interpretación, contraria —por tanto— a la solución ofrecida por las resoluciones comentadas. Dicha jurisprudencia parte del principio de respeto a los derechos adquiridos e inscritos, e interpreta restrictivamente las prerrogativas de la Administración en este sentido.

En efecto, la STS de 25/6/1987 (Aranzadi 4550) puso de manifiesto que «la actividad del deslinde sólo resuelve problemas de límites, pero no contiene declaraciones de propiedad ni aún de posesión, por lo que no confiere titularidad alguna, de manera que si bien el deslinde es materia administrativa, la calificación de un terreno como de propiedad privada o pública, así como la ubicación del terreno dentro de la zona, es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la única en que se puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela».

Si esto es así respecto de los deslindes, ¿cómo una certificación administrativa expedida sin trámite procedimental alguno puede dejar sin efecto una titularidad inscrita?

Igualmente la STS de 6/7/1988 (Ref. Aranzadi 5557) puso de manifiesto el necesario respeto a los derechos adquiridos, y la protección constitucional de la seguridad jurídica y del reconocimiento de la propiedad, como argumentos para defender el carácter privado de los terrenos adquiridos al amparo de la legislación desamortizadora, incluso frente al imperativo del artículo 132 de la Constitución, si bien tan sólo reconoce en los titulares inscritos un derecho real *sui generis* (habla de dominio degradado o derecho real atípico, dada la declaración constitucional de la zona marítimo-terrestre como bien demanial).

Pero en todo caso, considera que privar al titular inscrito de sus derechos (incluso por vía de deslinde) implicaría un «enriquecimiento injusto de imposible aceptación en un Estado de Derecho» (...) «atacaría al principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y sería contrario al principio de seguridad jurídica que igualmente proclama dicho precepto». En definitiva declara el derecho particular sobre los terrenos en contra de lo establecido en el deslinde administrativo de los terrenos, lo que demuestra la prevalencia de las titularidades inscritas frente a la propia acción de deslinde de la administración.

Podría alegarse que al dictarse estas Sentencias de 25/6/1987 y 6/7/1988 no se había aprobado aún la Ley de Costas de 28/7/1988, en cuyo artículo 13 se establece que el deslinde declara la posesión y titularidad dominical a favor

del Estado, sin que puedan prevalecer las inscripciones del Registro de la Propiedad frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente sigue interpretando restrictivamente la facultad de la Administración de desvirtuar las titularidades inscritas, ni siquiera por vía de deslinde (por lo que cabe deducir aún con más razón que puedan serlo por una mera certificación del servicio periférico de Costas).

Así la STS de 20/1/1993 (ref. Aranzadú 477) rechaza la aplicación directa del artículo 132 de la Constitución, declara la nulidad de un deslinde administrativo que se había practicado en una zona pretendidamente marítimo-terrestre, y finalmente declara la propiedad particular y exclusiva de los terrenos en cuestión, que habían sido adquiridos en subasta pública en la época de la desamortización a finales del siglo XIX. Y establece:

«La evidente eficacia intermedia del artículo 132 de la Constitución no puede significar que esa declaración de dominio público que la norma constitucional contiene, permita sin más que llevar a cabo la oportuna aprobación administrativa del deslinde y señalamiento de la zona marítimo-terrestre, desconocer y considerar inexistente cualquier propiedad particular que se compruebe situada en la zona deslindada, sin necesidad de promover acción reivindicatoria ni declarativa alguna, ya que eso significa desbordar el ámbito propio del deslinde que no es sino el de una actividad delimitatoria en el exclusivo ámbito administrativo, sin cometido declarativo de propiedad ni tan siquiera de posesión, además de que ello incidiría en el artículo 33 de la Constitución produciéndose una actuación confiscatoria».

Es decir, según esta Sentencia de 20/1/1993 la declaración de dominio público de la zona marítimo-terrestre contenida en los artículos 132.2 de la Constitución (para el cual la zona marítimo-terrestre es bien de dominio público estatal) y 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (la Constitución vincula a todos los jueces y Tribunales), así como en los preceptos de los artículos 339 CC y 3.1.a), 7, 8 y 9.1 de la Ley de Costas de 28/7/1988, no significan que la mera aprobación administrativa de un acta de deslinde determine la inexistencia de cualquier propiedad particular que se encuentre situada dentro de la zona deslindada —sin necesidad de acción reivindicatoria o declarativa alguna—, sino que el deslinde administrativo no tiene otro alcance que el de ser una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, sin cometido declarativo de propiedad, ni tan siquiera de posesión (STS 10/11/1986 y 12/11/1988)

La privación de una propiedad particular en virtud de un acta de deslinde en la zona marítimo-terrestre, claramente incidiría en el mandato del artículo 33 de la Constitución, ya que produciría una actuación confiscatoria evidentemente no querida por el ordenamiento constitucional, que reconoce el respeto a los derechos adquiridos. Y la falta de un reconocimiento explícito en el texto constitucional de los derechos adquiridos, no supone el desconocimiento de la existencia y consiguiente tutela de esas situaciones contrarias a la pura demanialidad de determinados enclaves que, desde largo tiempo, vienen en poder de los particulares como fruto de una titularidad correctamente establecida en su día al amparo de la legalidad que en tal momento, representó la desamortización.

Negar ahora de plano y por el mismo Estado que hizo la transmisión —dice la sentencia—, no obstante su origen oneroso la existencia de tales derechos, no es hacedero sin contravenir el mandato del artículo 33.3 de la Constitución. Lo apoya la doctrina jurisprudencial, en las cercanas SSTs 6/10/1986, 10/11/1986

y 7/7/1989, que se pronuncian (no obstante acentuar la prevalencia del dominio público en la zona marítimo-terrestre) por el respeto de la titularidad privada, legalmente adquirida antes de la Ley de Puertos de 1880.

De esta posición jurisprudencial cabe destacar:

- a) la defensa constitucional de los derechos adquiridos;
- b) la exclusión del deslinde administrativo como título para declarar la demanialidad de la zona marítimo-terrestre, exigiéndose para ello una acción declarativa o reivindicatoria al efecto, al menos respecto de los terrenos adquiridos a título oneroso con anterioridad a la Ley de Puertos de 1880;
- c) la antinomia del principio constitucional que afirma del carácter demanial de la zona marítimo-terrestre (art. 132) con el de protección de la propiedad privada (art. 33), se resuelve entendiendo que los particulares que adquirieron en los términos antes expresados, tienen un «dominio degradado» —más limitado que el de dominio—, esto es un derecho real atípico, cuya determinación se dice no corresponder a la Sala, si bien tiene un contenido que no es susceptible de confiscación sin previa indemnización.

Puede alegarse también en defensa de los derechos adquiridos y por tanto de la prevalencia de las titularidades inscritas, al amparo de las propias disposiciones transitorias de la Ley de Costas, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24/2/1994.

En dicho Auto se consideró inscribible una declaración de obra nueva realizada en suelo urbano al amparo de una licencia municipal anterior al reglamento que desarrolla la Ley de Costas, entendiendo que la autorización exigida por el artículo 49, párrafo 7.º, del Reglamento de Costas de 1/12/1989 para inscribir en el Registro de la Propiedad obras y construcciones realizadas en zonas de protección, no es exigible a las obras finalizadas después de la entrada en vigor de la Ley de Costas pero realizadas al amparo de una licencia de obras anterior, dado que la Ley de Costas de 1969 no exigía autorización expresa en tal sentido (hace también la matización de que no es a la Administración del Estado sino a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes corresponden otorgar las citadas autorizaciones cuando sean exigibles, de conformidad con las SSTC de 4/7/1991 y 14/10/1991).

En definitiva, existe una corriente jurisprudencial contraria a la pretendida ejecutividad e inmediatez de la eficacia del acto administrativo cuando es contraria a una titularidad privada inscrita, proclamada en sede de deslinde administrativo, pero que con más razón es aún más predicable de cualquier certificación administrativa que pretende dejar sin efecto la eficacia de una titularidad inscrita, como pudiera ser la prevista en el artículo 35 del Reglamento de Costas.

Supeditar las segundas transmisiones de derechos inscritos al requisito de que se acompañe certificación administrativa de la no invasión del dominio público marítimo-terrestre, atenta a la presunción de existencia de los derechos inscritos, y va en contra de la interpretación jurisprudencial restrictiva de los actos administrativos limitativos de derechos inscritos.

La DGRN debería haber declarado con valor la inaplicabilidad del artículo 35 del Reglamento de Costas, sin afirmar como hace (afirmación como vimos contradictoria con otras anteriores suyas) que no es calificable la falta de adecuación de una norma al principio de jerarquía normativa. Yo creo que sí es calificable. No debe ser la calificación registral puramente reglamentista,

sino aplicadora del Ordenamiento jurídico en su conjunto, sobre la base de la prevalencia de la norma de rango superior sobre la inferior, y a la luz de la interpretación jurisprudencial de los preceptos.

Recuerda la afirmación de la DGRN de que la jerarquía normativa no es calificable, aquellas otras afirmaciones aisladas del propio órgano directivo de que no es calificable la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas cuando son contrarias a la Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios. En ambos casos, parte de una posición restrictiva de la calificación registral, puramente reglamentaria, que no se armoniza con la realidad social de los tiempos, ni con la interpretación jurisprudencial de las normas.

En definitiva, en el supuesto de hecho de las resoluciones comentadas, dado que están inscritas las titularidades y que se trata de segundas transmisiones, si la Administración considera que están invadiendo zona marítimo-terrestre o zona de servidumbre de protección, debería haber ejercitado las acciones pertinentes (deslinde e incluso acción reivindicatoria posterior), sin que corresponda al particular la carga de la prueba, pues es precisamente esto de lo que le libera la inscripción en el Registro de la Propiedad.

F. J. G. G.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA.
(SENTENCIAS DE 5 DE ABRIL DE 1994 Y 6 DE MAYO DE 1994.)

Cita la Sentencia de 20 de marzo de 1982: «La identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, demostrando con cumplida probanza que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que el actor funda su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que, como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de instancia».

ACCION DE DESLINDE. APLICACION DE LOS ARTICULOS 385, 386 Y 387 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1994.)

Los artículos 385, 386 y 387 del Código Civil son soluciones sucesivamente adoptadas por el legislador, una en defecto de la anterior, hasta llegar a la tercera que la Ley señala.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA COSA.
(SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1994)

No puede estimarse la acción reivindicatoria cuando no está acreditada la identidad de la finca objeto de la reivindicación.

USUCAPION DE BIENES HEREDITARIOS. PUEDE Oponerse AL HEREDERO QUE INSTA LA PARTICION DE LA HERENCIA. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1994.)

No existe incompatibilidad entre los artículos 1.959 y 1.965 del Código Civil, pues la imprescindibilidad de la acción para pedir la partición de la herencia no impide que, previa concurrencia de determinados presupuestos, pueda alegarse una situación de usucapión de bienes atribuidos inicialmente a la masa hereditaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1994.)

El derecho del artículo 394 del Código Civil no puede hacerse extensivo a supuestos distintos al previsto en su texto (usar o utilizar cosas comunes) y no tiene aplicación a la realización de obras en elementos comunes, las cuales, conforme a los artículos 7, párrafo 2.º, 11 y 16, regla 1.ª, LPH, requieren la autorización de la comunidad.

LEGITIMACION Y FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1994.)

Esta Sentencia analiza la correlación entre los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, completados por los artículos 32, 38 e, incluso, el mandato del artículo 79.3 del citado Cuerpo legal, coordinando a su vez las verdades inmersas en las respectivas fe pública (art. 34) y legitimación registral (art. 38) en los siguientes términos:

a) El principio de legitimación registral reflejado en el citado artículo 38 como verdad formal *iuris tantum* encuentra su antecedente en torno a los títulos no inscritos en el artículo 32, los que por esa no inscripción ni siquiera pueden gozar de aquella legitimación y menos aún la sanción que se explicita en los mismos de que «no perjudican a terceros».

b) Ahora bien, si esos títulos se inscriben, se beneficiarán de esa tutela registral salvo que los mismos —o su antecedente negocial: actos o contratos— fuesen nulos con arreglo a las Leyes, pues entonces el artículo 33 declara que la inscripción no los convalida, por lo que la doctrina más usual o impresa afirma que «este artículo 33 es una excepción del artículo 32», o más bien que el artículo 33 bloquea el acceso registral de los títulos que ya son nulos.

c) Ya en términos de la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o «subadquirente registral» tipificado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal no quedará afectada «aunque después se anule o resuelva el del otorgante...», sanción cuyo exacto alcance conduce a la siguiente dualidad en relación con el precedente artículo 33: 1) Si la nulidad afecta al título del tercero, esto es, el acto o contrato verificado entre el anterior titular registral y este subadquirente, el mandato del repetido artículo 33 impide el juego de la fe pública registral y, por ende, aquel tercero no estará protegido a causa de que en rigor ya no es el tercero hipotecario, pues su título o acceso registral fue declarado nulo con arreglo a las Leyes. 2) Si la nulidad no afecta al título adquisitivo de

este tercero y si sólo al de su «otorgante» o transmitente registral, entonces la indemnidad de la tutela (*ex art. 34*) deviene inconcusa, porque frente a la general prescripción de ese artículo 33 prevalece la regla del 34», y por ello también la doctrina más conocida habla de que «este artículo 33 tiene como excepción el artículo 34 respecto al subadquirente», y en estos términos ha de entenderse la doctrina sentada por la Sentencia de 17 de octubre de 1989 («El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»).

d) Por último, es lógico que tanto se trate de la nulidad del acto anterior —el del otorgante o transmitente— como del propio —el del subadquirente o tercero—, la cancelación de la respectiva inscripción derivará de lo ordenado en el artículo 79.3.º de la Ley Hipotecaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1994.)

El acuerdo que deniega al propietario de un local la autorización de salida de emergencia a través de un tabique o elemento común, exigida por la Ordenanza Municipal para la licencia de apertura del local, incurre en extralimitación y deja sin contenido el derecho de propiedad sobre el local, por lo que procede declarar su nulidad.

AGUAS: TRANSMISIBILIDAD DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PRIVADAS ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LEY 29/1985, DE 2 DE AGOSTO. (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1994.)

De acuerdo con la disposición transitoria 3.ª, apartado 1.º, de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, los títulos de aprovechamiento de aguas existentes a la entrada en vigor de la Ley conservarán el derecho a la utilización de tal recurso, y no habiéndose acreditado la cualidad de públicas de las aguas de un pozo con anterioridad a tal momento, no puede ahora predicarse su intransmisibilidad actual.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1994.)

El acuerdo por el que se nombra Presidente de la Comunidad a un no propietario vulnera frontalmente el artículo 12, párrafo 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal (norma de carácter imperativo, *ius cogens*) es nulo de pleno derecho y la acción correspondiente no está sometida a plazo de caducidad.

POSESION TOLERADA: EL DUEÑO PUEDE EJERCITAR LA ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—Cesión unilateral y gratuita del negocio familiar, hecha por el padre al hijo.

Doctrina de la Sentencia.—La situación entra en el ámbito de la posesión

tolerada que contempla el artículo 444, en relación al artículo 1.942 del Código Civil. La cesión inicial ha ocasionado un aprovechamiento posesorio continuado, carente de toda cobertura contractual arrendaticia, que determina asista al titular dominical el derecho a hacerla cesar, reivindicando las cosas para integrarlas en su patrimonio y a su libre disponibilidad.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: PRUEBA DE DOMINIO POR EL ACTOR. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1994.)

Corresponde al Tribunal de instancia determinar si el título invocado para probar el dominio es o no suficiente a tal fin. El demandante debió probar (art. 1.214 CC) la existencia de su título adquisitivo de dominio y para ello no basta la referencia a la historia registral de la finca ni la invocación de una certificación catastral que no pueden prevalecer sobre los datos físicos reales debidamente constatados y valorados por la Audiencia, menos aún cuando lo pretendido en la demanda es fundamentalmente negar la eficacia a una segregación que no planteó obstáculo registral alguno.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS CREDITOS POSTERIORES. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1994.)

Es doctrina jurisprudencial que va desde la Sentencia de 25 de enero de 1899 a la de 12 de diciembre de 1988, pasando por las de 12 de junio de 1970, 21 de febrero de 1975, 16 de enero y 12 de diciembre de 1988, entre tantas otras, que la preferencia otorgada por el artículo 1.923, número 4, del Código Civil a los créditos anotados preventivamente en el Registro en virtud del embargo lo es sólo en cuanto a otros posteriores. La anotación en el Registro no implica preferencia alguna sobre otros créditos acreditadamente anteriores, porque el mandato judicial de embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza del crédito, función propia de la Sentencia firme.

COMUNIDAD DE BIENES: ALTERACIONES DE LA COSA COMUN.—PROPIEDAD HORIZONTAL: APLICACION TEMPORAL DE LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960.—OBRAS EN LOS ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1994.)

El artículo 397 del Código Civil es exigente en la prohibición de que ninguno de los condueños pueda, sin consentimiento de los demás, llevar a cabo alteraciones en la cosa común, aunque resultasen ventajosas para todos. En otro caso se legalizaría una actuación por las vías de hecho como actuación desproporcionada que no cabe acoger (Sentencia 8 junio 1993).

La Ley de 21 de julio de 1960 resulta de aplicación a todas las comunidades, cualquiera que sea el momento en que se crearon (DT 1.º) o también se constituyeron por la concurrencia de los elementos y situación que así los conforman, lo que impone la observancia de los artículos 7, 11 y concordantes de dicha Ley, que prohíben la realización de obras en los elementos comunes por iniciativa propia (Sentencia 15 marzo 1994).

PROPIEDAD HORIZONTAL: VALIDEZ DE LAS RESERVAS DE FACULTADES EN FAVOR DEL UNICO OTORGANTE DEL TITULO CONSTITUTIVO. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1994.)

r. Hechos.—En el título constitutivo de la propiedad horizontal el propietario del edificio se reservó la facultad de «asignar unos trasteros y los demás espacios de una planta susceptibles de aprovechamiento individualizado como anejos de las viviendas».

Doctrina de la Sentencia.—El uso de la facultad reservada no comporta sin más la transmutación en elementos comunes ni infringe los artículos 15 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, no obstante sea poco ortodoxa la reserva genérica sobre las facultades de asignación de determinados elementos en favor del promotor-constructor-propietario, único otorgante del título constitutivo, que en su día pueden resultar perjudiciales para los adquirentes de viviendas y locales.

Comentario.—Compárese con la Resolución DGRN de 19 de septiembre de 1994, que afirma: «No es legal, en términos generales, la reserva de facultades, en favor del constructor y enajenante de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, a fin de que él solo en el futuro pueda por sí decidir lo que ha de ser competencia de la Junta de Propietarios».

ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS Y LOS CREDITOS POSTERIORES. EL TITULAR NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1994.)

Reitera (Sentencias, entre otras, 30 octubre 1980, 3 noviembre 1982, 31 julio 1989, 6 marzo 1990, 7 enero 1992 y muchas más) que la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a actos de disposición de carácter preferente al embargo anotado.

En modo alguno el titular del embargo tiene la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones en él definidas ningún derecho real sobre la cosa.

TERCERO HIPOTECARIO. RELACION ENTRE LOS ARTICULOS 33 Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1994.)

La Sentencia de 17 de octubre de 1989, confirmada por la reciente de 22 de abril de 1994, expuso, en cuanto a la correlación de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, que la anulación del artículo 34 se referirá siempre al título del derecho del otorgante, esto es, del transmitente, de tal forma que cuando acontezca dicha nulidad del otorgante efectivamente ello no afectará a la fe pública registral, mientras que, en caso contrario, la propia nulidad se refiere al título adquisitivo entre ese tercero adquirente y el transmitente, y entonces entrará en juego el artículo 33 y esa nulidad de dicho acto adquisitivo determinará la ineficacia de la tutela específica de este artículo 34.

**CONTRATO DE CESION DE BIENES A TITULO ONEROSO CON CONTRA-
PRESTACION DIFERIDA.—«TRADITIO FICTA» ES REFORZADA POR LA
INSCRIPCION EN EL REGISTRO.—PRINCIPIOS DE LEGITIMACION Y FE
PUBLICA REGISTRAL.—LA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVIN-
DICATORIA CONLLEVAN LA PETICION DE NULIDAD DEL CONTRATO Y
CANCELACION DEL ASIENTO REGISTRAL.** (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1994.)

Hechos.—Existe una escritura de cesión de bienes a título oneroso (solar) con contraprestación diferida (viviendas y garaje) y otra posterior de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, inscritas ambas en el Registro de la Propiedad. Posteriormente se sigue procedimiento ejecutivo contra el constructor y las fincas son embargadas, adjudicadas e inscritas a favor del adjudicatario. Los cedentes del solar ejercitan la acción reivindicatoria.

Doctrina de la Sentencia.—La inscripción en el Registro de la Propiedad refuerza la concurrencia de la *traditio*, en su proyección de *ficta*, al no existir en el contrato nada en contrario (art. 1.462 CC).

No se infringen los principios de legitimación y fe pública registral por la declaración de nulidad de la adjudicación inscrita cuando previamente las viviendas y garajes aparecen inscritos con específica concreción dominical en favor de los cedentes del solar.

El hecho de haberse ejercitado una acción declarativa del dominio o reivindicatoria lleva claramente implícita la petición de nulidad del contrato o cancelación del correspondiente asiento registral.

**LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXISTENCIA DE LOS
DERECHOS INSCRITOS PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN
CONTRARIO.** (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

La presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, dado su carácter de *iuris tantum*, es susceptible de prueba en contrario. En el caso litigioso se concluye que la hipoteca inscrita, al provenir de un contrato escriturado falto de causa y ser, por ende, nula, debe reputarse inexistente.

DOBLE VENTA: ARTICULO 1.473, PARRAFO 2.º. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1994.)

El artículo 1 473, párrafo 2.º, del Código Civil da preferencia al adquirente de buena fe (la cual debe presumirse a falta de prueba de acción dolosa o fraudulenta del vendedor) que primero haya inscrito el inmueble en el Registro.

**ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—PROPIEDAD HORIZONTAL:
ENUMERACION SIMPLEMENTE ENUNCIATIVA DEL ARTICULO 396 DEL
CODIGO CIVIL Y PRESUNCION DE COMUNIDAD** (SENTENCIA DE 26 DE
MAYO DE 1994.)

La acción reivindicatoria exige la concurrencia de tres requisitos: título de dominio, posesión de los demandados e identificación de la cosa. El título de

dominio a favor de la comunidad de propietarios es la escritura pública de segregación, constitución de propiedad horizontal y ventas de pisos y locales, dada la enumeración simplemente enunciativa del artículo 396 del Código Civil y la presunción de comunidad de las porciones no vendidas como elementos componentes de un piso o local singular.

REPRESENTACION: SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1994)

Hechos.—Producida la revocación *ope legis*, en virtud de la Sentencia de separación matrimonial, del poder conferido por el marido a la esposa, ésta otorga en nombre de aquél una compraventa que se inscribe en el Registro.

Doctrina de la Sentencia.—Hay que mantener la buena fe de los compradores dada la ignorancia de la Sentencia de separación conyugal y la consiguiente revocación de poderes que fueron subrepticamente utilizados; ignorancia que se apoya en la declaración de vigencia y la posesión de la escritura de mandato representativo, sin constancia alguna en contrario en el Registro de la Propiedad, por lo que todo aparecía a ojos de un tercero con una transparencia que no ha sido destruida por la prueba en contrario, máxime cuando el mandante pudo anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda de separación e interesar judicialmente la recuperación del poder notarial (art. 1.733 CC).

Es evidente que el tercero civil de buena fe está protegido por la Ley, con base en la seguridad jurídica y del tráfico inmobiliario, sin que pueda sufrir perjuicio por la negligencia del mandante, que no podrá sino dirigirse contra quien falazmente hizo uso de la caducada representación.

Comentario.—Vid. *Boletín del Centro de Estudio Hipotecario de Cataluña*, núm. 60, págs. 143-145, y *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 2 (segunda época), págs. 393-395.

LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1994.)

La legitimación registral que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria otorga a favor del titular inscrito sólo confiere una presunción *iuris tantum* de la exactitud del asiento, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, pues sabido es que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, ya que reposa sobre las simples declaraciones de los otorgantes, en cuanto a los datos de existencia, titularidad, extensión, linderos, etc., relativos a las fincas, circunstancias que consecuentemente caen fuera de la garantía de la fe pública.

REPRESENTACION VOLUNTARIA: REVOCACION DEL PODER. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1994.)

La revocación del poder del vendedor no puede influir para nada en la eficacia de la compraventa celebrada cuando el apoderamiento estaba en vi-

gor, aun cuando la ratificación del comprador (representado verbalmente) fuera posterior a aquella revocación.

TERCERIA DE DOMINIO: DIFERENCIA CON LA ACCION REIVINDICATORIA Y NECESIDAD DE ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL DEMANDANTE.—ADQUISICION DE LA PROPIEDAD: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1994.)

Es doctrina consolidada la no identificación de la acción de tercera de dominio con la reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento de un embargo trabado sobre el mismo, sustrayendo de un procedimiento de apremio bienes que no pertenecen al patrimonio del apremiado (Sentencias 15 febrero 1985, 20 febrero y 9 julio 1987, 11 abril 1988, 20 marzo y 21 junio 1989, 16 febrero 1990). Así pues, resulta esencial demostrar en el proceso de tercera que el demandante adquirió la propiedad de bienes embargados antes de que se practicara la traba.

En la adquisición de la propiedad han de concurrir necesariamente el ánimo o la intención de transmitir la propiedad y la entrega de la posesión (el título y modo del art. 609 CC).

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NULIDAD DE ACTUACIONES POR PRACTICAR LA CITACION AL DEUDOR EN DOMICILIO DISTINTO AL DEL ARTICULO 131, REGLA 3ª, DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1994.)

La citación de un deudor en un lugar que no era el que figuraba en el Registro y no practicada personalmente integra no sólo una infracción procedimental, sino un vicio esencial en dicho requerimiento que al originar indefensión obliga a declarar la nulidad de dicho procedimiento.

SERVIDUMBRE NO APARENTE EN INMUEBLE ADQUIRIDO POR COMPRAVENTA: LA GARANTIA DEL ARTICULO 1.483 DEL CODIGO CIVIL.—BUENA FE CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1994.)

El Tribunal Supremo aprecia en el caso debatido la concurrencia de los presupuestos necesarios para la aplicación del artículo 1.483 del Código Civil:

- Compraventa de bienes inmuebles.
- Plasmada en escritura pública.
- El inmueble se halla afectado por una servidumbre aparente (estación eléctrica transformadora), que se mantuvo oculta para el comprador, pues no se probó que la servidumbre permaneciera visible y fuera su anuncio notorio y apreciable por indicios exteriores manifestados, como es exigencia del artículo 532 del Código Civil, pues asimismo carece de constancia registral. Tampoco el vendedor puso en conocimiento de la contraparte la servidumbre, como era su deber de lealtad contractual. La buena fe contractual impone al vendedor ser veraz en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmite.

— El gravamen contiene intensidad suficiente e importante que de haberlo conocido el adquirente hubiera desistido de comprar la finca, según criterios objetivos, dado que un gravamen comp el de autos, con las molestias que acarrea y el peligro potencial que supone, en elemental lógica, habría de operar, de conocerse, influencia muy decisiva para su adquisición.

EMBARGO DE CUOTA: NI LA DISPOSICION DEL COMUNERO SOBRE SU CUOTA NI LA EXTINCION DEL CONDOMINIO EXTINGUEN EL EMBARGO.—EFECTOS DEL EMBARGO ANOTADO FRENTE A TERCEROS ADQUIRENTES POSTERIORES. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1994.)

La parte o cuota de titularidad dominical correspondiente a cada comunero-propietario viene a ser objeto de derecho susceptible de acceder al tráfico jurídico, como autoriza el artículo 399 del Código Civil; pero en los supuestos de embargo de la misma no se altera el derecho, sino que se limita y somete a la efectividad del cumplimiento de las obligaciones deudoras contraídas.

En los supuestos de división se produce la adjudicación específica y materializada para cada comunero, sin que realice efectos respecto a terceros (art. 405 CC). La extinción del condominio no ocasiona la de los embargos que sujetan la finca al pago de las deudas que los produjeron. No puede pretenderse sustituir el objeto del embargo de forma unilateral y arbitraria sobre el precio obtenido de la venta de la finca en otro procedimiento.

La garantía de la anotación preventiva de embargo actúa y produce sus efectos respecto a los terceros adquirentes posteriores, máxime cuando conocen y aceptan la traba, así como respecto también a los actos dispositivos realizados con posterioridad a la propia anotación (Sentencias 26 febrero 1980, 27 diciembre 1983 y 3 octubre 1985), lo que alcanza asimismo a su prorrogación registral, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1994.)

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCION DEL TITULAR ANTERIOR. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1994.)

No puede merecer la privilegiada consideración de tercero hipotecario sino el adquirente que, entre otros requisitos, traiga su derecho de quien en el Registro aparezca como titular del derecho transmitido.

SIMULACION ABSOLUTA: NO OPERA LA PRESCRIPCION.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1994.)

Una compraventa en la que el Tribunal Supremo aprecia la concurrencia de ficción simulativa contractual absoluta está afectada de nulidad absoluta, por tanto carece de validez y de toda eficacia, lo que la hace no susceptible de afectarle posibilidad saneadora. En estas situaciones de nulidad radical contractual de pleno derecho, contraventoras frontales de la legalidad, no opera

la prescripción, conforme sanciona el artículo 6.3 del Código Civil y al ser sus efectos *ex tunc*, como consecuencia de la Sentencia declarativa que la decreta. La nulidad se produce *ipso iure* y por ello es imprescriptible, proyectándose frente a todos, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe declarada (Sentencia 5 noviembre 1981, 4 enero y 13 febrero 1988 y 23 octubre 1992, entre otras muchas coincidentes).

El principio que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor del titular inscrito es más bien una presunción de exactitud del asiento registral susceptible de ser desvirtuado por prueba en contrario y negativa para los que figuran como titulares registrales, a los que no alcanza la protección del artículo 34 de la Ley, en relación al 33, que sólo ampara frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio (Sentencias 16 septiembre 1985, 24 abril 1991, 24 febrero 1993 y 8 marzo 1993).

CANCELACION DE HIPOTECA POR NULIDAD DEL TITULO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1994.)

La cancelación de la inscripción de hipoteca exige ineludiblemente la declaración de nulidad del título en el que fue constituida y en el que fueron partes contratantes el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario. Es doctrina reiterada (Sentencias 23 febrero, 4 marzo, 22 y 26 octubre 1988, 1 y 16 octubre 1990, 2 septiembre 1991, por citar algunas de las más recientes) la de que en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan han de estar presentes en el proceso los que fueron parte en el contrato.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1994.)

Es nulo el acuerdo no unánime de la Junta de Propietarios que autoriza el cierre definitivo de una terraza (elemento común de uso privativo según los Estatutos) porque implica alteración de los elementos comunes, afecta al título constitutivo y exige unanimidad.

En tal caso basta demandar a la comunidad de propietarios y a los titulares del uso privativo de la terraza si se pide condena a deshacer lo mal hecho. No es preciso demandar a los restantes titulares de áticos que tampoco podrán cerrar sus azoteas.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: APLICACION DE LAS NORMAS DE LA COMUNIDAD DE BIENES EN DEFECTO DE PACTO. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994.)

El Tribunal Supremo califica la sociedad pactada por los litigantes en documento privado como sociedad civil irregular, comprendida en el artículo 1.669 del Código Civil, carente de personalidad jurídica y de patrimonio social en sentido estricto. En ausencia de pacto expreso y dado lo establecido en el párrafo 2.º del indicado precepto y en la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, le serán de aplicación las normas sobre la comunidad de bienes.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS CREDITOS POSTERIORES. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994.)

La anotación preventiva de embargo no da preferencia respecto a los créditos anteriores y sólo opera en cuanto a los contraídos después de la anotación (Sentencias, entre otras, 30 octubre 1978, 5 y 19 octubre 1981, 14 junio 1988 y 5 octubre 1990).

En la colisión entre el artículo 1.927.2.º y el 1.923.4.º del Código Civil prevalece este último, que sólo se refiere a la preferencia sobre créditos posteriores.

COMUNIDAD DE BIENES.—«ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO». (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1994)

La acción de división de la comunidad y adjudicación de bienes o *actio communi dividundo* se ejercita en juicio declarativo, ya que supone una contienda judicial entre partes que no tiene señalada en la Ley tramitación especial (arts. 481 y 484 LEC). Aunque en el caso debatido tenga por objeto bienes o derechos, en absoluto supone liquidar una masa patrimonial autónoma que haya de distribuirse, como sucede en los juicios universales, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

USUCAPION: SUBSANA LOS DEFECTOS DE TITULACION. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1994.)

Cualquier defecto de titulación quedó subsanado con el instituto de la prescripción, porque habían transcurrido ya los veinte años de posesión consignados en el artículo 1.957 del Código Civil e, incluso, los treinta años del artículo 1.959.

ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO.—TERCERO HIPOTECARIO: NO LO ES EL INMATRICULANTE.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO.—DOBLE VENTA: NO SE DA CUANDO AL OPERARSE LA SEGUNDA VENTA EL VENDEDOR YA NO ERA PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1994.)

En un litigio entre dos adquirentes de una finca, se considera más poderosa la situación del titular no registral, cuyo derecho nació en virtud de título y modo (arts. 609 y 1.095 CC) sobre el titular registral sin calidad de tercero hipotecario, quien no pudo entrar en la posesión de una finca que ya estaba poseída a título de dueño por persona distinta (arts. 441 y 445 CC).

La inscripción registral no puede desvirtuar aquella titulación al ser primera inscripción, ya que la presunción, simplemente *iuris tantum*, de exactitud registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria queda desvirtuada por la realidad material, sin que la inscripción pueda desvirtuar los hechos (Sentencias 23 marzo 1980 y 24 noviembre 1984, a las que son de agregar las de 21 julio, 23 octubre y 13 noviembre 1987, 29 junio 1989 y 16 febrero 1993).

No hay doble venta si al operarse la segunda venta el vendedor ya no era propietario de la finca enajenada, razón por la cual no podía vender.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.—EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE IMPUGNACION.—LA DETERMINACION DEL PLAZO DE CONSERVACION DE LA DOCUMENTACION DE LA COMUNIDAD INCUMBE A LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1994.)

La conversión del rellano de la escalera en una habitación o dependencia de la vivienda del portero implica una alteración de la estructura del inmueble en cuanto que modifica la distribución de los elementos comunes, afecta al título constitutivo y entra de lleno en el régimen del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

No puede estimarse que el conocimiento por los copropietarios de la realización de las obras y su inactividad suponga un consentimiento tácito a las mismas sanador de la falta de consentimiento unánime.

En el caso debatido se aprecia la existencia de un ejercicio abusivo del derecho a impugnar las obras, por cuanto los actores conocieron la realización de las mismas desde el mismo momento en que se ejecutaron y dejaron transcurrir un largo período sin hacer impugnación alguna, la restitución no les comporta beneficio alguno, la situación actual no les causa perjuicio ni merma de su derecho a utilizar los elementos comunes y la demanda tiene la única y evidente intención de perjudicar a la comunidad y al portero.

No estableciendo la Ley de Propiedad Horizontal plazo durante el cual haya de conservarse la documentación de la comunidad, ello será cuestión a decidir por la Junta de Propietarios, sin que sean aplicables por analogía las normas del Código de Comercio.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS DE TITULOS DE DOMINIO E IDENTIFICACION DE LA COSA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1994.)

Se desestima la acción reivindicatoria al no haberse delimitado exactamente el objeto reivindicado (Sentencia 4 noviembre 1993) y haberse acreditado que sobre tal objeto por el demandado se adquirió su titularidad dominical por usucapión, aunque no se haya inscrito este derecho y así el derecho del actor.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONVOCATORIA A JUNTA EXTRAORDINARIA. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1994.)

La Junta extraordinaria puede ser convocada por un número de propietarios que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación (*vid.* Sentencia 30 octubre 1992 *a sensu contrario*). La validez de la convocatoria está sujeta a que se haga por escrito dirigido a cada copropietario indicando el asunto o asuntos a tratar (Sentencia 12 mayo 1988). El lugar para entregar la citación, al no haber domicilio designado en España por el propietario, será el piso o local a él perteneciente. En lo que respecta a la antelación de la convocatoria, para las Juntas extraordinarias no hay plazo,

sino que es meramente necesaria la posibilidad de que llegue a conocimiento de los interesados.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. ACUERDO PARA LA HABITABILIDAD DE MINUSVÁLIDOS ANTERIOR A LA LEY 3/1990, DE 21 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICÓ LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1994.)

Hechos.—Acuerdo de instalación de ascensor y rampa de acceso al edificio anterior a la Ley 3/1990.

Doctrina de la Sentencia.—El Tribunal Supremo realiza una interpretación integradora del artículo 16, norma 1.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal en su anterior redacción, y sin necesidad de aplicar retroactivamente la Ley 3/1990 declara la validez de tal acuerdo por cuanto supone una mejora general para los propietarios de la finca, no perjudica a los recurrentes y comporta una acción igualitaria de las condiciones de vida de los minusválidos.

RETRACTO DE COMUNEROS: REQUIERE LA CONSIGNACION DEL PRECIO CONOCIDO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1994.)

Cuando después de la presentación de la demanda el retrayente tiene conocimiento del precio de la compraventa, debe llevar a cabo prontamente y por su propia iniciativa la consignación judicial, como carga procesal que sólo a aquel incumbe y cuyo incumplimiento hace improcedente el retracto (arts. 1.618 y 1.658 LEC).

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONVALIDACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1994.)

Se permite la convalidación de acuerdos no impugnados cuando ha caducado la acción impugnatoria en supuestos en que los acuerdos afecten estrictamente al régimen de propiedad horizontal a los estatutos privativos de la misma, a diferencia de los casos en que se trate de nulidad radical o insubsanable.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LITISCONSORCIO PASIVO: NO SE PRODUCE SI LAS OBLIGACIONES ESTAN DELIMITADAS. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando las obligaciones están delimitadas, aunque las acciones nazcan de un mismo título o causa de pedir, cada sujeto

pasivo de una obligación puede adoptar una postura (cumplimiento voluntario o forzoso) o defensas diferentes ante la acción que contra él pueda ejercitarse, y por ello el vencimiento eventual de uno de los demandados no arrastra el de los demás.

No se constituye defectuosamente la relación procesal cuando el no haber sido llamado al proceso no deja sin tutela los intereses del afectado, que no necesita que los defienda un extraño, pues tendrá ocasión de hacerlo él mismo cuando sea llamado en otro litigio, si no ocurre, como puede ocurrir, que por estimar que no tiene defensas cumpla voluntariamente la obligación que pueda corresponderle.

LA HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL DUEÑO DEL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL SERA INDEPENDIENTE DE LA QUE PUEDA CONSTITUIR SOBRE EL INMUEBLE DE SU PROPIEDAD EN QUE AQUEL ESTA SITO.
(SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1993.)

Hechos.—Se constituyó una hipoteca sobre un edificio destinado a hotel —llamado Hotel Ritz de Barcelona— que era propiedad de la entidad «Hotel Ritz de Barcelona, S.A.». Se ejecutó la hipoteca y en la subasta se adjudicó a «Inmobiliaria Sarasate, S.A.». En el presente juicio se demanda por la entidad «Hotel Ritz de Barcelona, S.A.», que se declare la titularidad del negocio hotelero a favor de la actora. El Tribunal Supremo estima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala ha de resaltar que pueden recibir tratamiento jurídico independiente, como sendas manifestaciones de la titularidad dominical, la relativa al inmueble y la autónoma actividad comercial, negocio, establecimiento en fin que en él se desarrolle.

La titularidad más frecuente del establecimiento mercantil deriva del arrendamiento; sin embargo, se permite al dueño que explota su propio local industrial o comercial acogerse a esta forma o garantía, la hipotecaria, pues no debe ser de peor condición el industrial o comerciante que desarrolla su actividad en un inmueble propio que el que lo hace en un local arrendado. *La hipoteca constituida por el dueño del establecimiento será por completo independiente de la que pudiera constituir sobre el inmueble de su propiedad;* de aquí el precepto que establece que quien adquiera el establecimiento mercantil hipotecado, en virtud de ejecución, tendrá el carácter de arrendatario del local en los términos previamente establecidos en la escritura de constitución de la hipoteca. De esta suerte, a quien en su propio local ejerce la industria o el comercio se le ofrecen dos posibilidades de garantía: la hipoteca inmobiliaria sobre la finca y la mobiliaria sobre el establecimiento.

OPCION DE COMPRA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Los requisitos del contrato de opción de compra son: a) Concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra; b) El señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; c) La determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

NO ES ESENCIAL PARA LA EXISTENCIA DE PRESTAMO QUE LA ENTREGA DE LA COSA SEA SIMULTANEA A LA FIRMA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Hubo entrega de dinero con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, más intereses, lo que constituye un típico contrato de préstamo, con el añadido de los intereses que no constituyen elemento natural del contrato, pero que representan pacto válido, previsto en el artículo 1.740, sin que falte la causa, ya que de la entrega traslativa del dominio nace la obligación de devolver en el tiempo pactado.

Según la Sentencia de 31 de mayo de 1968, lo esencial para la existencia del contrato de préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con la obligación de devolverla en un plazo determinado.

EL HECHO DE QUE EL MEDIADOR ESTE AUTORIZADO PARA RECIBIR ARRAS NO IMPLICA QUE ESTE APODERADO PARA VENDER. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que pueden ser contratantes, sin intervención del mediador en el contrato ni actuar como mandatario; se halla sometido a la condición suspensiva de celebración del contrato, no por sí mismo, sino por los interesados. El hecho de recibir el mediador una suma en concepto de arras o señal y retenerlas, negándose a devolverlas, implica una manifiesta invasión por su parte del contenido del contrato, a menos que se le autorice expresamente; y no puede aceptarse que la función del mediador o corredor sea perfeccionar un contrato cuya celebración se le ha encargado. El derecho a sus honorarios dimana de la perfección del contrato, como ya se dice, perfección que se entiende producida desde que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio. La recepción de arras, para lo que estaba expresamente autorizado el mediador, no implica un tácito apoderamiento para disponer de bienes inmuebles.

Sabido es que no es posible dar un concepto unitario de las arras en nuestro Derecho, sino explicar, como señala la doctrina científica, las diversas funciones que pueden cumplir, puesto que el pacto de arras es accesorio, que puede acompañar al consentimiento sobre la cosa o el precio o ser previo a la fijación de éstos, no llevando en sí como esencial un poder dispositivo ni de perfección del contrato; sin que en modo alguno el pacto sobre arras autorizado a un intermediario lleve implícito como ineludible o insoslayable el poder para vender y perfeccionar el contrato de compraventa para lo que no se le autorizó, sino solamente para gestionar y tramitar el contrato traslativo.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: LA CUSTODIA HASTA LA ENTREGA DE LA COSA ES INHERENTE A LOS DEBERES DEL CONSTRUCTOR. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—En caso de incumplimiento del contrato por ambas partes hay que estar, en orden al uso de la facultad resolutoria, a la

conducta del contratante que primero incumple, como determinante de la posibilidad de ejercer la facultad resolutoria del artículo 1.124.

La custodia hasta la entrega de la cosa es inherente a los deberes del constructor, y por tanto no puede ser calificado ese gasto de daños indemnizable al amparo del artículo 1.594 cuando el propietario instaba la entrega de lo construido.

EL CONCEPTO DE «FRAUDULENTO» DE UN CONTRATO ENVUELVE EL DE INSOLVENCIA DEL VENDEDOR. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia —Según ha declarado esta Sala (S. 26-2-1927), el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta envuelve, además del de engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguiente imposibilidad de cobrar su crédito al acreedor a quien se pretende defraudar, según corroboran los artículos 1.291 y 1.297. Siendo de esencia la devolución de los bienes adquiridos fraudulentamente; la insolvencia del deudor se determina no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito. Todo ello sin descuidar el carácter que actualmente tiene la acción pauliana como recurso judicial de los acreedores, influida de cierta objetividad a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el *consilium fraudis*.

LA NEGLIGENCIA REQUIERE QUE LA CONDUCTA POSITIVA SEA EXIGIBLE (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La negligencia requiere que la conducta positiva sea exigible conforme a los deberes propios de la profesión y encargo o que dicho actuar positivo sea la respuesta esperada y por tanto exigible en atención a la situación planteada, pero tales circunstancias no se dan en el caso de autos, pues no le incumbe al arquitecto vigilar la colocación de utensilios auxiliares de la construcción.

LA OBJETIVACION DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL NO REVISTE CARACTERES ABSOLUTOS. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo y esta necesidad de una cumplida justificación no pueda quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo. La objetivación de la responsabilidad no reviste caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.

HAY COSA JUZGADA AUNQUE EL PROCESO ANTERIOR SEA DE DISTINTA NATURALEZA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La situación de cosa juzgada entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la Sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza.

La intrínseca entidad material de una acción (determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales) permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, la acción de declaración positiva de un derecho comporta la acción de declaración negativa del antagónico, a partir de lo cual no puede ignorarse la esencial identidad del contenido entre dos procesos cuando ejercitada en el primero la acción positiva, el otro litigante deduzca en el subsiguiente la correlativa acción negativa.

TRANSACCION: LAS PRESTACIONES NO HAN DE TENER NECESARIAMENTE CONTENIDO ECONOMICO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que la transacción ha de considerarse como consensual, bilateral o recíproca y onerosa; pero en la transacción la específica intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable, con efecto novatorio, ha llevado incluso a considerarla en ocasiones como un contrato abstracto; y la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el designio de poner término a un litigio y soslayar discusiones mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones; y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho existiría una mera renuncia de la otra, no obstante las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico, pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo (SS. de 9 de marzo de 1948 y 2 de junio de 1989).

«REFORMATIO IN PEIUS»: EL ARRENDADOR NO TIENE OBLIGACION DE RECONSTRUIR EDIFICIOS EN RUINA. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La *reformatio in peius* tiene realidad cuando lo conseguido por el que no apeló es de mayor entidad, con el consiguiente perjuicio para el apelante perdedor, que tras la apelación su condena es mayor.

Está fuera de toda lógica y de la equidad entender que las reparaciones necesarias que los artículos 1.554 del Código Civil y 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos imponen a los arrendadores a fin de conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para el uso convenido tengan alcance tal que obliguen a reconstruir edificios en ruina patente y manifiesta sólo para que continúe el arrendamiento de exigua renta.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CUANDO HAY CULPA DE LA VICTIMA NO SE PRODUCE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—Una señora sufrió una caída en una peluquería y se fractura una cadera. Demanda al peluquero, que es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—En los supuestos en que consta acreditada debidamente la culpa de la víctima no es aplicable la inversión de la carga de la prueba. Y aún cabe decir que si la culpa o negligencia tiene marcado sentido jurídico, la determinación del nexo causal entre acción u omisión y daño debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, valorando en cada supuesto si el acto antecedente se presenta con virtualidad suficiente para que del mismo se derive el efecto dañoso producido, atendiendo no sólo a las circunstancias personales de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio.

LA INSCRIPCION NO ES CONSTITUTIVA EN LA CESION DE CREDITOS HIPOTECARIOS (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La omisión de los requisitos de forma establecidos en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria no da lugar a la nulidad, como ya declaró una antigua jurisprudencia (S. de 11-5-1905), expresiva de que «el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral; y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo 3.º del artículo 149 cuando previene que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina constante de esta Sala la de que siendo el concepto de culpa la única explicación teórica y pragmática del supuesto generador de la indemnización que deriva de culpa extracontractual, cuando ésta es imputable a más de un sujeto, sin que existan elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, el vínculo de solidaridad es el procedente, por ser el más adecuado, con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados.

Es igualmente doctrina de esta Sala que en tales supuestos de solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social en los casos de responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia

causal única, es permisible dirigirse contra cualquiera de los obligados sin necesidad de demandar a todos, de manera que no pueda oponerse frente al acreedor la excepción del litisconsorcio pasivo necesario.

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES SON ACTOS A TÍTULO ONEROSO.
(SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—Don Fernando y su esposa eran dueños con carácter ganancial de unas fincas, en las que estaban establecidas unas granjas de visones. Otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que pactaban separación de bienes y adjudicaban las fincas y las granjas a la esposa. Fallecida ésta, los siete hijos toman posesión de las citadas granjas; el padre los demanda, solicitando se declare la nulidad de las capitulaciones por simulación y que se le entregue la posesión de los bienes; aclara que las capitulaciones las otorgó para eludir responsabilidades patrimoniales. La demanda, sorprendentemente, es estimada.

Doctrina de la Sentencia.—Instaurada en nuestro Derecho Civil común la posibilidad de modificar el régimen patrimonial de bienes por el que se rige un matrimonio, ha de tenerse en cuenta que toda estipulación capitular tiene el carácter y tratamiento legal de acto a título oneroso, por lo que las normas del régimen matrimonial pactado nunca producen atribuciones a título lucrativo; y esta idea fundamental es común a nuestro Derecho, al Derecho francés e, incluso, al Derecho anglosajón, y sostenida por la doctrina de modo unánime.

La modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, teniendo además los acreedores acción contra el cónyuge deudor y contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como conservan los acreedores de la sociedad de gananciales, según el artículo 1.402, los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos.

Consecuencia de todo lo anterior es que la modificación del régimen matrimonial difícilmente puede cumplir la finalidad que se dice por el actor que perseguían él y su esposa cuando maquinaron el cambio de régimen matrimonial. Siguiendo estos razonamientos, esta Sala ha desestimado repetidamente acciones de nulidad de escrituras de capitulaciones a instancias de terceros.

Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa y precisamente por uno de sus otorgantes; pero lo cierto es que en el caso de autos la Sala de instancia, en uso legítimo de su función de valorar las pruebas obtiene la convicción de que tales capitulaciones fueron absolutamente simuladas, conclusión a la que llega como normalmente se llega para acreditar la simulación: a través de la prueba de presunciones.

Comentario.—Esta Sentencia premia el comportamiento de quien, más o menos acertadamente, se proponía defraudar a sus acreedores. Para ello contradice su propia doctrina de que el causante de la nulidad no puede demandar la inexistencia del negocio jurídico. Y para colmo y remate le entrega la posesión de los bienes en litigio cuando los hijos no sólo la ostentaban por

apariencia jurídica, sino como herederos de su madre y, por tanto, tenían al menos tanto derecho como su padre para disfrutarla.

ES CONTRARIA A LA LEY LA CLAUSULA QUE PROHIBE A UNO DE LOS CONTRATANTES FORMULAR RECLAMACIONES AL OTRO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Ha de partirse de una cláusula contractual que impide a uno de los contratantes formular «jamás» alguna reclamación contra el otro contratante en la esfera a que se refiere, dado lo «singular de esta contratación». En primer lugar, esta cláusula es contraria a la buena fe, al uso y a la Ley que manda seguir el artículo 1.258 del Código Civil. Pero sobre todo la estipulación discutida contraviene, dado sus términos imperativos, lo que dispone la relación literal y el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución al impedir que el ahora reconviente y recurrido obtenga la tutela efectiva de los jueces y tribunales en un sector del ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; indefensión que se produciría de dar efectividad a la expresada cláusula contractual

NO PUEDE ANUNCIARSE UN PRODUCTO INDICANDO QUE CUMPLE LA MISMA FUNCION QUE OTRO, DEL QUE DESTACA SU MARCA. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Ciertamente, la industria del automóvil produce vehículos con elementos propios de las marcas y con elementos de otros fabricantes, y una vez fabricados el vehículo suministra recambios idénticos a los de fabricación, pero los usuarios pueden utilizar repuestos de otros fabricantes. Es un hecho evidente que el anuncio de faros, frenos, neumáticos y toda clase de componentes de un vehículo por sus fabricantes como utilizables en distintas marcas y tipos de coche es un anuncio absolutamente legal, pero cuando se desciende del vehículo al repuesto propiamente dicho, no puede un producto anunciarse indicando que cumple la misma función que otro del que destaca su marca, puesto que ello entraña búsqueda de apoyo en el prestigio de éste.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICIPANTES EN LA CONSTRUCCION ES, EN PRINCIPIO, INDIVIDUAL. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruinógenos de que adolezca la obra edificada es, en principio y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos, pues el artículo 1.591 distingue la doble hipótesis de ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor, y en segundo, al arquitecto; sólo cuando el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que

resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación.

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL NO COMPRENDE LA RECTIFICACION DE EQUIVOCACIONES JURIDICAS. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Como ha declarado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial, ni comprende la reparación o rectificación de equivocaciones, incorrecciones jurídicas o incluso injusticias producidas en la interpretación o aplicación de las normas.

COSA JUZGADA. ERROR DE EXPRESION DEL JUZGADOR. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—Los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las películas «Tiburón» y «Tiburón 2» demandan a los productores, distribuidores y exhibidores de «Tiburón 3», que es, en palabras de la Sentencia, un «descarado y pésimo plagio de las anteriores». El Supremo rechaza el recurso de los demandados.

Doctrina de la Sentencia.—Los distintos partícipes (productores, distribuidores y exhibidores) no están ligados entre sí por la misma relación jurídica, sino por contratos distintos y con diferentes personas; la acción contra el distribuidor no produce excepción de cosa juzgada en un posible posterior pleito contra los exhibidores, o de éstos contra los distribuidores o productores, ya que diferirían los elementos esenciales de tal excepción exigidos por el artículo 1.252 del Código Civil (diferencia de personas, diferencia de cosas y diferencia de *causa petendi*), máxime cuando entre tales elementos habría de darse la más perfecta identidad. Tampoco se vulnera el principio de contradicción en cuanto quedaría preservada la defensa, en todo caso, de los restantes exhibidores en el correspondiente proceso.

El motivo quinto acusa la infracción por violación del artículo 24.1 de la Constitución. La recurrente acude para fundamentar este motivo a la pueril argumentación de aprovechar un error de expresión del fallo para considerar que «el propio Juzgador se declara mandatario de la parte actora» al haber copiado inadvertidamente en el fallo el tono literal del suplico de la demanda. Ya que es de toda evidencia que cuando alude a los derechos de propiedad intelectual «de mi mandante» no se refiere desde luego al mandante del Juez, sino a la demandante. No podría ser de otra forma, ya que de lo contrario la conducta del Juez sería delictiva. Por lo demás, es obvio que la recurrente ha utilizado todos los medios de defensa que la Constitución y las leyes le reservan.

LA NORMATIVA SOBRE V.P.O. NO PUEDE CERCENAR EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Con independencia del sello de preceptividad de la normativa especial de V.P.O. y que la infracción de sus disposiciones deba ser sancionada en la vía correspondiente (lo que desde luego, al contrario que en los supuestos de venta de tales viviendas por precio superior al mercado, no está ni siquiera tipificado como falta en dicha normativa), no obstante ello nunca puede derivar en la invalidez de los contratos o en la ineficacia de lo pactado especialmente por los particulares, porque voluntariamente hayan estipulado prestaciones que se aparten del modelo impuesto en los esquemas de esa legislación, porque frente a ello ha de subrayarse la prevalencia general de lo así pactado, tanto si se refiere al precio convenido de adquisición de las viviendas como incluso a la totalidad de sus estipulaciones que expresamente se hayan convenido por las partes; la reiteración de tal doctrina previene en esencia porque el principio de autonomía de la voluntad nunca puede verse cercenado por la existencia de una profusión de normas de esta legislación especial que nunca pueden cercenar el principio de autonomía de la voluntad.

EL SILENCIO PUEDE SER UNA TACITA MANIFESTACION DE CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La importante Sentencia de 14 de junio de 1963 establece que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en aras de la buena fe («qui siluit cum loqui et debuit, consentire videtur»), porque en tales casos, siendo natural y normal manifestar disenso si no se quieren aprobar las propuestas de la otra parte, el silencio sobre las mismas cabe manifestarlo como tácita manifestación de consentimiento. El consentimiento debe derivarse con el calificativo de tácito cuando la parte afectada se calla o silencia, estando presente en alguna actuación, en donde debe manifestar su natural disenso.

LA FACULTAD DE RESOLVER LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES OPERA «OPE LEGIS». (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.504, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles y sólo ante la clase de incumplimiento por impago del precio, y viene a aplicar en tema de inmuebles la norma genérica del artículo 1.124, al que de alguna manera excepciona, pues se desprende ante la redacción dada a la norma que es más benévola en principio que la del artículo 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término aunque concurra el pacto comisorio; pero una vez practicado éste resulta de mayor severidad y determina la resolución, sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo en forma expresa y absoluta la concesión de un nuevo término para cumplir la obligación.

Ni ese requerimiento ni la eventualidad resolutoria en materia de inmuebles para el caso de impago del precio no precisan que previamente así lo hayan acogido las partes, pues opera *ope legis*.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS ELEMENTOS COMUNES POR DESTINO PUEDEN ADSCRIBIRSE COMO ANEJOS A UN PROPIETARIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La terraza, no siendo un elemento común por naturaleza, permite un uso por destino no compartido por los demás copropietarios, a lo que sólo cabe añadir que los elementos comunes que no lo son por su propia naturaleza o esencia, es decir, los que lo son por destino, pueden adscribirse en el concepto de anejos a alguno o algunos de los propietarios singulares (SS. de 10-5-1965 y 12-2-1981), y tal adscripción la puede realizar el promotor antes de proceder a la venta, o la propia comunidad mediante acuerdo unánime sobre su desafectación; lo que no puede el promotor es variar el destino una vez vendido algún piso o local privativo sin contar con la voluntad de los comuneros.

PRELACION DE CREDITOS: EXISTE IGUALDAD ENTRE LA ESCRITURA PUBLICA Y LA POLIZA DE CREDITO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Existe una igualdad de rango y calidad para los efectos del artículo 1.924 3.º del Código Civil entre la escritura pública y la póliza de cuenta de crédito intervenida por Corredor de Comercio; pero la preferencia habrá de ser referida no a la fecha de la póliza, sino a la de cada liquidación.

El crédito que nos ocupa tiene la calidad de preferente por constar en escritura pública; y el hecho de no tener un especial o singular privilegio no obsta a que lo tenga con carácter general, que le otorga preferencia sobre los demás ordinarios y comunes que no la tienen referidos al artículo 1.925, es decir, son preferidos a los que no se comprenden en los artículos 1.922 y 1.923 y los que les preceden del 1.924, siendo simplemente privilegiados, por la forma de su constitución, con relación a los demás bienes muebles e inmuebles no afectados al pago de créditos singular o especialmente privilegiados.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DEL CONTRATO.—EL ARRENDATARIO NO TIENE LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL. TAMPOCO SE TRATA DE UN NUEVO CONTRATO, SINO DE UNA CESION A TITULO DE GRACIA POR UN PLAZO DETERMINADO. POR TRATARSE DE UN CONTRATO DE APROVECHAMIENTO GANADERO, SE EXTINGUE AL LLEGAR EL PLAZO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1991.)

El Juzgado número 2 de Talavera estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No procede la casación. Una Comunidad de propietarios arrendó la finca con una duración de seis años, que había de terminar en 1982 respecto a la montanera y 1980 respecto a los pastos. En 1983, en conciliación, el arrendatario reconoció la extinción del contrato y solicitó la continuación por un año o más, por la imposibilidad de encontrar otra finca donde trasladar su ganado, sin que ello significase la continuación del contrato, aceptando la Comunidad sus propuestas. En 1984 volvió a repetir la petición de un año para dejar la finca. No habiendo abandonado la finca se formuló demanda de resolución del contrato, oponiendo el arrendatario su inclusión en la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1980, por ser cultivador personal y directo. El Juzgado declaró que no era cultivador personal, y en los actos de conciliación ni la actora ni el demandado habían tenido intención de celebrar ningún contrato, sino que se dio un plazo de gracia para el desalojo. La casación se funda en que es cultivador directo y que hay un nuevo contrato, sujeto a la Ley de 1980, pero no se puede alterar la valoración de la prueba hecha por el Juez con un mero ataque a la credibilidad de certificados y testigos. Siendo un contrato sometido a la legislación anterior, quedaba sometido a ella, y siendo su aprovechamiento ganadero, se extinguirá al llegar el plazo contractual (art. 9.b) del Reglamento de 1959). El artículo 1.566 del Código Civil se remite al artículo 1.577 para fijar la tática reconducción, por lo que en modo alguno pudiera tener hipotéticamente el mismo plazo de duración del contrato que ha llegado a su fin.

REVISION DE RENTA.—LA CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO NO ES SINO UNA MODALIDAD DE NOVACION CONTRACTUAL QUE SOLO EN CASO DE DESACUERDO ENTRE LAS PARTES EXIGE LA INTERVENCION JUDICIAL PARA INTEGRAR LA RELACION CONTRACTUAL NUEVA. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1991.)

El Juzgado número 1 de Burgos estimó la demanda, confirmando la Audiencia Provincial

No triunfa la casación. La demanda pretendía la revisión de la renta, reduciéndola a la renta usual para fincas de igual naturaleza y cultivo de secanas en la localidad de Castrojeriz y zona colindante. La renta había de fijarse tomando como base los frutos que produzcan las fincas, el precio de las mismas, los gastos de cultivo, la diferencia entre uno y otro concepto, el líquido imponible y las rentas medias en la localidad. Entiende el recurrente que la renta fue determinada judicialmente y nos hallamos ante un contrato no pactado libremente, sino una resolución judicial impuesta por tratarse de cosa juzgada. Pero la conversión de aparcería en arrendamiento no es sino una modalidad de novación contractual a instancia del arrendatario, que sólo en caso de desacuerdo entre las partes exige la intervención judicial para integrar la relación contractual nueva, que no pierde por ello esa naturaleza. El arrendamiento es un propio y verdadero contrato, al que serán aplicables las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre ellas el artículo 40, precepto que no hace exclusión en cuanto al origen del contrato.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PARA QUE LA INFRACCION DE LAS NORMAS QUE GARANTICEN LOS ACTOS PROCESALES PUEDA PRODUCIR INDEFENSION ES PRECISO QUE HAYAN SIDO DENUNCIADOS EN SU ADECUADO MOMENTO, LO QUE AQUI NO ACONTECE. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 3 de El Ferrol estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No prospera la casación. La recurrente va contra sus propios actos, ya que no se opuso al acceso la parte demandada, por lo que no puede admitirse la infracción de la Constitución ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para que la infracción de las normas que garanticen los actos procesales pueda producir indefensión, es preciso que se hayan denunciado en su adecuado momento, lo que aquí no acontece, no dándose la incongruencia, que la parte recurrente alega, en la Sentencia recurrida

RETRACTO.—NO PUEDE ADMITIRSE LA CASACION PORQUE LA CUANTIA DEL CONTRATO NO EXCEDE DE 3 MILLONES, LO QUE DETERMINA SU FRACASO EN ESTE MOMENTO (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado de Santoña desestima la demanda, pero la Audiencia de Burgos admitió la apelación, dando lugar al retracto.

No triunfa la casación. El arrendatario se enteró de la venta de la finca por el juicio en que se pretendía su desahucio, pero el Juzgado no admite la demanda, aunque sí lo hizo la Audiencia en apelación. El recurso se funda en que si el comprador de la finca no notificó fehacientemente al arrendatario, éste conoció la venta desde que se celebró la conciliación ocho meses antes de iniciar el retracto, siendo válido cualquier medio apto en Derecho en cuanto a practicar la notificación. Pero la inadmisión de la casación se funda en que no es susceptible de la misma por no exceder de tres millones la cuantía, lo que determina su fracaso, ya que, según reiterada jurisprudencia, las razones de inadmisión son suficientes si se demuestra su existencia para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados (Sentencias de 17 de junio de 1919, 19 de febrero de 1921, 12 de febrero de 1942, 14 de diciembre de 1946, 14 de junio de 1955, 30 de septiembre de 1985 y 20 de febrero de 1986, entre otras).

RECLAMACION DE MEJORAS.—NO CONSTA ACREDITADA LA EXISTENCIA DE LAS MEJORAS, POR LO QUE ES INAPLICABLE LA LEGISLACION ESPECIAL EN ESTE PUNTO. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado de Caravaca desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Albacete.

No prospera la casación. El demandante reclamó las mejoras realizadas en la finca al extinguirse la aparcería y recuperar la dueña la posesión de la misma. Declarado por la Sentencia la inexistencia de mejoras en la finca que fue objeto de aparcería, ni como consecuencia de las operaciones de despedre-

gado llevadas a cabo durante su cultivo en aparcería por el recurrente, ni como resultado de los desmontes por él practicados en dicho período de tiempo, obvio es que no pueden, por razones de economía procesal, prosperar unos motivos en los que se pretende la inaplicabilidad al supuesto de la legislación común y la aplicabilidad de la especial de Arrendamientos Rústicos, pero que no pueden traducirse en una efectiva aplicación de la misma y consiguiente estimación de las reclamaciones efectuadas por razón de unas mejoras cuya existencia no consta acreditada en autos.

MEJORAS.—EL ABONO DE LAS MEJORAS EXIGE COMO «CONDITIO IURIS» LA EXTINCION DEL CONTRATO LOCATIVO. MIENTRAS ESTE EN VIGOR CONSTITUYEN UNA MERA EXPECTATIVA INDEMNIZATORIA. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 2 de Salamanca desestimó la demanda, lo que firma la Audiencia de Valladolid.

No se admite la casación. La Ley de 1980 prevé y regula las mejoras que se pueden efectuar en los predios arrendados con la distinción de las útiles y de las sociales, reconociendo el arrendatario el derecho a realizarlas por sí solo con las limitaciones, que refiere el artículo 60, de no menoscabar el valor de la finca. Para que las mejoras alcancen la categoría de indemnizables, la Ley establece unos requisitos a observar y cumplir en el caso de verificarlos el arrendatario que, en todo caso, proceden si medió consentimiento del propietario. Únicamente serán exigibles éstas a la terminación del arriendo, y así lo establece el artículo 62 de la Ley, que obtiene aún mayor consistencia al relacionarlo con el artículo 83.2, en concordancia con los artículos 22 y 25 de la Ley de 1935 y 25 del Reglamento de 1959. Las mejoras exigen como *conditio iuris* la extinción del pacto locativo, como ha dicho la Sentencia de 9 de septiembre de 1991; y mientras el contrato esté en vigor, las mejoras redundan en beneficio del arrendatario, que obtiene el fruto de sus esfuerzos integrándolas en meras expectativas indemnizatorias, ya que cuando la finca se reintegre al arrendador dichas obras, si no se retiran, indudablemente favorecen y revalorizan al predio receptor de las mismas.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO SE EXTINGUE POR EL FIN DE USUFRUCTO, CON LA UNICA EXCEPCION DE SU SUBSISTENCIA DURANTE EL AÑO AGRICOLA EN CURSO, QUE DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE LA EXTINCION DEL USUFRUCTO. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1991.)

Tanto el Juzgado de Torrijos como la Audiencia de Madrid estimaron la demanda.

No procede la casación. Los contratos de arrendamiento que celebre el usufructuario se extinguen al fin del usufructo, sin que importe que éste sea vitalicio o temporal. La única excepción que permite la naturaleza especial del contrato arrendaticio sobre finca rústica es la subsistencia del contrato durante el año agrícola en curso, pese a la ocurrencia del evento que ocasiona la extinción del usufructo, y este derecho fue respetado. No es cierto que esta excepción sólo proceda cuando exista declaración judicial de resolución, contando el año agrícola de prórroga a partir de esta última. El cómputo del año agrícola

debe hacerse a partir del momento de la extinción del usufructo que actúa como *dies a quo* a los fines de determinar el año agrícola y, en su caso, el curso pendiente del mismo. Los daños y perjuicios a que se condena vienen determinados por la ocupación sin título jurídico de la finca desde que se extinguió el usufructo y de acuerdo con las exigencias que se derivan del artículo 480 del Código Civil, que imponen, *a sensu contrario*, la aplicación del artículo 433 y concordantes, 451 y 453, ya que lícitamente podían los actores apoyar su pretensión en el artículo 1.902 del Código Civil (S de 2 de enero de 1990).

DESAHUCIO.—LA CLAUSULA ADICIONAL DEL CONTRATO HECHA CON MOTIVO DE LA SUBROGACION DE OTRO ARRENDATARIO NO SUPONE UN NUEVO CONTRATO, SINO UNA SIMPLE NOVACION MODIFICATIVA DEL ANTERIOR. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1992.)

El Juzgado de San Roque desestima la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó la anterior.

No triunfa la casación. Se arrendaron varias fincas en 1974 por seis años, que finalizan en 1980. En 1978 el arrendatario subroga a otra persona en su lugar, quedando de acuerdo en que al acabar el plazo éste se prorrogaría por seis años más. En 1985 se notifica al arrendatario subrogado que el año que iba a comenzar era el último de los seis de la prórroga, pero el demandado argumentó que la cláusula adicional era un nuevo contrato que, terminado en 1986, tenía derecho a la prórroga de seis años, que ejercitaba en aquel momento. Pero no se trata de tal contrato, sino de una cláusula novatoria modificativa del contrato principal y originario. Esta novación es simplemente modificativa o impropia y no extintiva, ya que esta última exige una expresa declaración dado que no se presumen y, además, que la nueva obligación sea incompatible con la anterior, ninguno de cuyos requisitos concurre aquí (SS. de 7 y 18 de junio de 1982, 17 de febrero y 16 de diciembre de 1987, 7 de julio de 1989 y 2 de junio de 1990, entre otras). La novación modificativa no tiene efectos extintivos sino de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene, aunque modificado en alguno de sus aspectos (Sentencias de 7 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987 y 4 de abril de 1990), y la apreciación de supuestos determinados de la novación, en cuanto cuestión de hecho, corresponde a los Tribunales de instancia, a cuyo criterio ha de estarse si no son impugnados en forma. En último extremo, la doctrina de esta Sala es que en caso de duda entre la novación modificativa o extintiva la solución ha de entenderse en pro del efecto más débil, o sea, de la modificativa. Por tanto, no existe un nuevo contrato ni el derecho a la prórroga que se solicita por el demandado recurrente.

REVISION DE RENTA.—EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR EL ARRENDATARIO AL ESTABLECIMIENTO DE UNA RENTA QUE SOBREPASA LOS LIMITES LEGALES IMPLICA LA EXCLUSION VOLUNTARIA DE LA NORMA APLICABLE, RENUNCIA QUE NO SIENDO CONTRA EL INTERES O EL ORDEN PUBLICO NI EN PERJUICIO DE TERCEROS ES VALIDA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1991.)

El Juzgado de Talavera estimó la demanda en parte, así como la reconvencción, lo que revocó la Audiencia de Madrid.

No se admite la casación. Existía una cláusula de revisión de la renta a los cinco años, y a partir de los diez años se tomaría como base la diferencia del valor adquisitivo de la peseta en la fecha en que se firmó el contrato y el correspondiente en la fecha de revisión con arreglo a los coeficientes del Instituto Nacional de Estadística; si durante este período la Ley autoriza el incremento de la renta, esta elevación sería independiente de lo estipulado. Oponiéndose el arrendatario a la elevación, los arrendadores presentaron demanda, admitida por el Juzgado, aunque la Audiencia redujo la cuantía razonando que no podría aplicarse en cada caso el índice de precios correspondiente a todo el período, y en los sucesivos quinquenios el incremento se aplica a la renta percibida en el inmediatamente anterior, lo que respetaba la voluntad contractual de adecuarse a la depreciación monetaria. No prospera la casación porque no había caducado la acción, ya que el incremento de renta no deriva de la Ley, sino de lo pactado en el contrato, para cuyo caso rige el plazo de prescripción de quince años. El consentimiento prestado por el arrendatario al establecimiento de una renta que sobrepasa los límites legales implica una renuncia tácita al derecho a su reducción y la exclusión voluntaria de la norma aplicable, no siendo esta renuncia contra el interés o el orden público no en perjuicio de tercero. No puede considerarse infringido el artículo 1º del Real Decreto-Ley 3/1978, de 4 de enero, en relación con el artículo 8 del Real Decreto-Ley 49/1978, de 28 de diciembre, con olvido del acto propio, no impugnado eficazmente, y que tales preceptos han de interpretarse con flexibilidad, en concordancia con su carácter coyuntural y restringido. Por otra parte, el citado Real Decreto-Ley deja libres las elevaciones de rentas de los locales a partir de 1 de enero de 1981.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA ROTULACION DEL NEGOCIO A NOMBRE DE OTRA PERSONA DISTINTA DEL ARRENDATARIO, ASI COMO OTROS DETALLES, INDUCEN A PENSAR EN LA INTRODUCCION DE UN TERCERO QUE, AUN TRATANDOSE DE UTILIZACION COMPARTIDA DEL NEGOCIO, ES CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 3 de Albacete estimó la demanda y la Audiencia revocó parcialmente la anterior.

Prospera la casación. En el local arrendado existía una rotulación correspondiente a otro establecimiento, así como la facturación se hace con ese mismo nombre, siendo todos ellos indicios importantes de la posible introducción de un tercero, siendo considerado como tal aun en el caso de que se trate de utilización compartida del local por la entidad arrendataria y un tercero, ya que lo decisivo es la utilización por un tercero del local arrendado por otro, que introdujo a aquél de espaldas al arrendador. Del hecho de que sean sociedades distintas e independientes y ambas poseídas mayoritariamente por el mismo titular, que contrató el personal e intervino en la contratación de los suministros de agua, luz, teléfono, etc., no cabe deducir ser la arrendataria la misma interesada en el local, en el que es tan ostensible la presencia ajena, con llamativos anuncios públicos y actividades que van más allá de una simple utilización conjunta y sí de introducción de un tercero cuya presencia hace incidir al arrendatario en causa de resolución del arrendamiento.

RETRACTO.—LA PARTE RETRAIDA FIJO UN VALOR, QUE ES EL QUE COMO DUEÑO ESTIMO QUE TENIA EL BIEN, QUE HA DE PREVALECER PARA LA SALA, QUE ES EL QUE TENIA EN EL MOMENTO DE EJERCITAR EL RETRACTO. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 3 de Albacete estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior.

Tiene éxito la casación. La única cuestión debatida es la cuantía del precio que se ha de tener en cuenta para el retracto. En la escritura no está claramente determinada, puesto que se engloba con el precio de otra finca, ni, en cualquier caso, es proporcionada al valor real de lo vendido, por lo que se pretende reajustar esta discrepancia. El Juzgado tomó como base el valor catastral. La Audiencia tiene en cuenta el valor actual, tasando pericialmente el local de negocio. Este último sistema está más cerca de la doctrina que sostiene esta Sala de forma uniforme, estableciendo que en los casos dudosos hay que estar al precio real, que es el que debe prevalecer y se ha de reembolsar. Pero existen aquí circunstancias excepcionales, dignas de tener en cuenta, como es que la parte retraída manifestó que existía insuficiencia en la consignación del precio, fijándolo en una cantidad de 87.000 pesetas metro cuadrado, aportando un dictamen pericial, siendo indiscutible que había fijado el valor que, como dueño, estimaba correspondía al local, valor referido al momento en que se ejercitaba la acción subrogatoria en que consiste el retracto, que supone colocarse el retrayente en lugar del tercer adquirente. En cambio, aceptando el valor fijado por el dictamen para mejor proveer de la Sala, existiría un desfase de varios años en la valoración, entregando a la parte demandada una cantidad superior a la que implícitamente solicitaba en este pleito, elevando así el valor real del bien retraído, que no puede ser elevado por la resolución que se dicte, ya que supondría un *plus petitio* no pedido.

REVISION DE RENTA.—NO EXISTE SIMULACION DEL CONTRATO NI SE PRUEBA LA REALIZACION DE OBRAS NECESARIAS POR EL ARRENDADOR QUE JUSTIFIQUE EL ABONO DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 2 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación.

No prospera la casación. La Sala de la Audiencia, revocando la Sentencia del Juzgado, estableció que la renta era ilegal y no ajustada a los módulos establecidos por la legislación de VPO y a restituir conjunta y solidariamente al actor las cantidades o diferencias cobradas indebidamente. El recurso de casación pretende que se admitan las demás peticiones de la demanda no admitidas por la Sentencia recurrida. El comprador no ha probado que tuviera la condición de administrador de la vivienda adquirida, por lo que no existe el supuesto del artículo 1.459 del Código Civil, dándose además una especie de consentimiento tácito por parte de la vendedora, lo que elude la aplicación de la prohibición alegada. Tampoco existe la simulación alegada por el actor recurrente, ya que no la ha probado, como exige el artículo 1.214 del Código Civil, y el contrato reunía los requisitos esenciales para su existencia. La realización de obras por el arrendador no está probada que las obras sean nece-

sarias, ya que el informe pericial demuestra que todas las dependencias se hallan en perfectas condiciones. La Generalidad requirió a la propietaria para que realizase obras de reparación y éstas se han realizado, presentando la imagen de una reciente realización, sin que se probase efectuación por el recurrente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE INDEFENSION PORQUE EL PROCESO SE HA SEGUIDO CONTRA LA VERDADERA SOCIEDAD ARRENDATARIA, QUE CON MALA FE PRETENDE SOSLAYAR LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO. LAS OBRAS REALIZADAS EXCEDEN DE LAS AUTORIZADAS PREVIAMENTE. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado de Aranda estimó la demanda y la Audiencia de Burgos rechazó la apelación.

No prospera la casación. En modo alguno puede la sociedad recurrente alegar la indefensión que el artículo 24 de la Constitución y la norma procesal de cobertura —ap 3.º art. 1.692 LEC— exigen para la viabilidad de los recursos, ya que la denominación que se dice no corresponde a la entidad demandada fue utilizada por su representante al suscribir el contrato y el proceso se ha seguido contra la verdadera sociedad arrendataria, que con mala fe pretende soslayar las consecuencias del incumplimiento de la relación jurídica suscrita por su representante. En cuanto a las obras autorizadas al arrendatario, se reducían al cierre de los ventanales hasta una altura suficiente para librarse de intentos de robo, pero no podían extenderse a un cerramiento total exterior modificativo de la configuración del edificio como razona el Juez. No pueden calificarse como obras urgentes de autodefensa, sino que se rebasó, en detrimento de la configuración de la fachada, la anterior concesión para librarse de los intentos de robo.

RETRACTO.—LA SIMULACION APRECIADA EN LA SENTENCIA RECURRIDA DEBE PREVALECER SIN NECESIDAD DE UN JUICIO DECLARATIVO PARA ANULAR LO DETERMINADO EN EL DE RETRACTO POR EL PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 8 de Barcelona desestima la demanda, lo que confirma la Audiencia Provincial.

No ha lugar a la casación. La entidad adquirente frente a la que se ejercita el retracto lo hizo por el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, estimando el Juzgado la inexistencia por simulación de los arrendamientos, que son posteriores a la hipoteca que se ejecuta y, en cualquier caso, se habrían de purgar como las cargas reales en esa misma situación. La Audiencia confirmó íntegramente. No procede la alegación de que la acción de simulación debe ejercitarse en juicio declarativo y no en el de retracto, ya que en este juicio se puede conocer la validez o nulidad del título en que se funda el retrayente. Sería un atentado contra el principio de economía procesal que el retraído tuviese que consentir la acción de retracto y entablar después un juicio declarativo para anular los efectos del anterior.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

LAUDO ARBITRAL.—NULIDAD POR NO HABER SIDO EMITIDO EN LA FORMA NOTARIAL LEGALMENTE EXIGIBLE. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Matías Malpica y González Elípe.

Hechos.—El 27 de junio de 1978 la entidad sueca ABC y la entidad española CESA celebraron un concierto de cesión de patentes y utilización de tecnología donde se decía que el contrato ha sido redactado en lengua española, que deberá ser cumplido e interpretado de acuerdo con la Ley española y que cualquier diferencia que surja que no pueda ser resuelta por negociaciones será definitivamente zanjado de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Surgidas diferencias de interés, CESA promovió demanda de arbitraje, celebrándose la correspondiente acta de misión en la que ambas partes admiten la designación de árbitros, fijan los puntos controvertidos a resolver y los términos o plazos, añadiéndose que «el derecho que el árbitro deberá aplicar será el Derecho español, el idioma español, y la sede de arbitraje será Madrid».

Tras sucesivas prórrogas concedidas por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París se emitió el laudo arbitral, que fue notificado a las partes por dicha Corte.

La entidad sueca ABC solicita la nulidad de dicho laudo ante la Audiencia Provincial de Madrid, y al dictarse por ésta Sentencia declarando su incompetencia funcional se formula recurso de casación, basado fundamentalmente en:

- a) No haberse formalizado en escritura pública el compromiso de arbitraje (art. 16.1.º de la Ley de 1953).
- b) No haberse protocolizado el laudo dentro del plazo fijado.
- c) No haberse emitido el laudo notarialmente.

Doctrina.—a) Habiéndose sometido las partes a las normas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, lo que es posible al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, es evidente que el Acta de Misión cumple un cometido específicamente exacto al de la escritura de compromiso conforme a los preceptos de la Ley de Arbitraje de 1953, no siendo preciso por ello la forma notarial para la *solemnización del compromiso*.

b) Tampoco es admisible la denuncia relativa a la extemporaneidad del plazo, ya que el árbitro prorrogó la emisión del laudo, prórroga admitida tanto en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional como en la doctrina del Supremo al no estar prohibida por la Ley.

c) Ahora bien, *en punto a la protocolización del laudo*, es cierto que es una formalidad que es exigible de acuerdo con el artículo 27.6.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, aplicable por la disposición transitoria de la Ley de 5 de diciembre de 1988 (también lo sería conforme a la nueva Ley según su

art. 33), y fundamentalmente por el reenvío que el Acta de Misión hace a la legislación española.

En efecto, la Ley española exige para la validez de los laudos una forma notarial *ad solemnitatem*, y si bien la autonomía y libertad contractual remiten a la Cámara de Comercio Internacional la comisión arbitral con sujeción a sus normas reglamentarias, éstas, a su vez, ceden en virtud del Acta de Misión —verdadera contratación del compromiso— a la legislación patria.

Por ello se estima el recurso en base a este único motivo.

INADMISION RECURSO DE CASACION.—SOLO TIENEN ABIERTA LA VIA CASACIONAL LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Hechos.—Ante un Juzgado de Oviedo se plantea la cuestión de competencia territorial por inhibitoria en relación a autos de mayor cuantía iniciados en un Juzgado de Madrid.

El Juzgado de Madrid accede a la inhibición a favor del de Oviedo.

Esta resolución es apelada ante la Audiencia de Madrid, que dicta auto confirmándola íntegramente.

Contra esta última resolución se intenta preparar un recurso de casación y la Audiencia deniega tal preparación razonando simplemente «por no estar el auto recurrido comprendido en el artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Formulado el correspondiente recurso de queja ante el Supremo, es estimado, «sin perjuicio de lo que en su día pueda acordarse respecto a la admisión del recurso de casación preparado» al no haberse especificado en el auto recurrido las razones concretas de la denegación de la preparación.

Doctrina.—La admisibilidad de este recurso hay que estudiarla relacionando el hoy número 4.º del artículo 1.687 (antes 5.º) con lo previsto por los artículos 87-91, 1.689 y 1.690, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la doctrina jurisprudencial que los ha venido interpretando.

La remisión que el artículo 91 hace del artículo 87 centra la cuestión debatida en la redacción dada a este precepto, y en especial de su párrafo 2.º, en el que determina: «Contra los autos que dicten las Audiencias haciendo la misma declaración, tanto en apelación como en primera instancia, sólo se dará en su caso el recurso de casación»; queda, pues, por determinar a qué casos se refiere el legislador.

La antigua jurisprudencia del Supremo (anterior a la reforma de 6 de agosto de 1984) ha venido interpretando que la frase «en su caso» no autorizaba para que el recurso se interponga directamente contra el auto judicial que declare haber o no lugar al requerimiento de inhibición, sino que procedería cuando se impugnara por ese u otros motivos la Sentencia que ponga fin al pleito de instancia.

Sin embargo, la tesis contraria a la interposición del recurso directo contra el auto de la Audiencia tiene su mejor defensa en el contenido de los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se define el concepto de resolución definitiva, característica que indudablemente debe concurrir en la resolución para que su impugnación tenga abierta la vía casacional. Y se consideran, en general, resoluciones definitivas «aquellas que pongan término al proceso por hacer imposible su continuación».

Tanto en el auto que da lugar a la inhibición como el que la deniega no hace imposible en ningún caso la continuación del juicio principal, ya que sólo vienen a determinar quién es el Juez competente para conocer del mismo y tramitarlo.

Acaba señalando el Magistrado Ponente *obiter dictum* que sería deseable que en una futura reforma legislativa se hiciera desaparecer del texto legal tan perturbador como innecesario precepto.

AUDIENCIA EN REBELDIA —ARTICULO 776 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Luis Albácar López.

Hechos.—Promovida por la ex cónyuge demanda de audiencia en rebeldía contra una Sentencia recaída en procedimiento de separación matrimonial, recayó Sentencia de la Audiencia Provincial en la que se denegaba la audiencia solicitada.

Contra esta última Sentencia se interpone recurso de casación al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente

Doctrina.—La petición de audiencia al rebelde se apoya en lo dispuesto en el número 2 del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige que se acredite *cumplidamente* que una causa no imputable a quien la alega ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada.

Sin embargo, en este caso no se ha acreditado que la persona a quien se entregó la cédula haya siquiera depuesto como testigo para acreditar que no la había hecho llegar a la citada, a lo que se añade que la hija de la recurrente asevera que su madre conocía la existencia del procedimiento de separación, por lo que al no haberse acreditado que se cumple el supuesto del número 2 del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede desestimar el recurso.

CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—Se formula demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra una Comunidad de Propietarios sobre impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios en la que se pedía «se declare nulo el acuerdo de la Junta de Propietarios que deniega autorización para abrir una puerta de emergencia en el tabique que separa la nave, propiedad del demandante, y comunique con el pasillo que va a la escalera del edificio, y asimismo se declare que el demandante tiene derecho a abrir esa puerta realizando las obras a su costa».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero, en apelación, la Audiencia revoca esta Sentencia, «autorizando al demandante para abrir una puerta en la nave y en la forma que se determina en el fundamento sexto de la presente resolución».

Planteado recurso de casación, entre otros motivos que ahora no interesan al caso, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infrac-

ción de las normas reguladoras de la forma en que han de dictarse las Sentencias, con vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (CONGRUENCIA) y al amparo del número 3 del artículo 1.692 de la citada Ley, es desestimado por el Supremo en base a la siguiente

Doctrina.—Si se compara el suplico de la demanda que literalmente se ha copiado en el apartado Hechos con el fallo que igualmente se transcribe, mal se puede objetar incongruencia so pretexto de que, de una parte, en ella no se declara expresamente la pretendida nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios, y de otra, se hace pronunciamiento acerca de la no pedida forma de ejecución de la obra de apertura cuando ambos extremos están, implícita o expresamente, pero inequívocamente, presentes en lo decidido paralelamente a lo solicitado.

RECURSO ESPECIAL DEL ARTICULO 1.687.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. CONTRADICCION DE LO EJECUTORIADO. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—En Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmada por el Supremo, se declaró la nulidad de determinados contratos de venta de un chalet y piso-vivienda, condenando a la devolución de dichos inmuebles; la devolución por los demandados a los actores de 2.000.000 de pesetas que éstos les entregaron en su día, y, entre otras declaraciones, confirmó la Sentencia de Primera Instancia en «particulares que hacen referencia a reintegro de gastos y condena a indemnización de daños y perjuicios».

El reintegro en cuestión abarcaba los gastos de escritura pública, impuesto de transmisión e inscripción en Registros de la Propiedad, y los daños y perjuicios se determinarían en ejecución de Sentencia.

En ejecución de Sentencia tanto el auto del Juzgado como el dictado en apelación de éste por la Audiencia condena a los actores al pago a los demandados de la suma de 4.266 pesetas por recargo en el impuesto de contribución territorial urbana y además al pago a los demandados de la suma de 5 200.000 pesetas por no atender los actores al pago del crédito hipotecario sobre el chalet.

Los actores interponen recurso de casación contra este auto de la Audiencia dictado en ejecución de sentencia.

Doctrina.—El Tribunal Supremo comienza evidenciando la falta de técnica casacional, ya que el recurso de casación contra autos dictados en ejecución de Sentencias no puede ampararse en ninguno de los motivos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino sólo y exclusivamente en el apartado 2 del artículo 1.687 de la misma Ley; sin embargo, en virtud del principio *pro actione* basado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, entra a conocer del asunto.

El recurso es estimado porque el auto impugnado impone a los actores, ahora recurrentes, unas obligaciones económicas que para nada tuvieron en cuenta en la Sentencia cuya ejecución instaron.

En efecto, la referida Sentencia condenó a los demandados al pago a los actores de daños y perjuicios. El auto, en cambio, condena a los actores al pago de daños y perjuicios a los demandados, variando sustancialmente el contenido de aquélla y decidiendo sobre materias que no fueron contempladas en su día en el procedimiento declarativo.

Determinar en ejecución de Sentencia la existencia, contenido y alcance de las obligaciones de los actores rebasa los límites en que el órgano ejecutor se ha de mover necesariamente, haciendo declaraciones propias de un procedimiento declarativo.

INADMISION RECURSO DE CASACION.—LA INFRACCION DE LA NORMA DEL ARTICULO 372.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL NO PERMITE FUNDAR LA CASACION POR INFRACCION DE LEY DADO SU CARACTER MERAMENTE PROCESAL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—Con base a un declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad se plantea un recurso de casación en el que, bajo el número 5.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia, de una parte, la inaplicación en la instancia de los artículos 1.276 y 1.445 del Código Civil, así como del 328 del Código de Comercio, y de otra, la infracción del artículo 372.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la formulación de las Sentencias definitivas.

El Tribunal Supremo, en relación a este artículo 372.2.º, que es el que aquí interesa por ser el otro ajeno a la materia procesal, recuerda la siguiente

Doctrina.—En primer lugar, señala la incorrección procesal de agrupar en un solo motivo la denuncia de diversas y heterogéneas normas sustantivas, con mengua del orden y claridad, que al amparo de lo previsto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es exigida por notoria doctrina jurisprudencial.

En segundo lugar, acusa la improcedencia de citar bajo el apartado 5.º (hoy sería el 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de una norma (art. 372.2.º LEC, relativo a la formulación de las Sentencias definitivas) cuya supuesta infracción no permitiría fundar la casación por infracción de Ley dado su carácter puramente procesal (SSTS 13 julio 1936, 19 febrero y 18 junio 1955).

Además, no tiene en cuenta lo que acerca de la formulación de Sentencias se contiene en el artículo 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, que suprime para los autos la fórmula de comenzar los párrafos por las palabras resultando y considerando.

RECURSO ESPECIAL DEL ARTICULO 1 687.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. CONTRADICCION DE LO EJECUTORIADO. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.

Hechos.—Una Sentencia firme de la Audiencia de Zaragoza condenó a don A. R. A. a que rindiese cuentas del negocio de construcción de naves industriales y, una vez aprobadas tales cuentas, a entregar a don P. R. C. el saldo que resulte a su favor por su participación en aquel negocio, distribuyéndose entre ambos las pérdidas y ganancias

En auto dictado en apelación en trámite de ejecución de Sentencia la Audiencia fijó como ganancias obtenidas la suma de 30.640.677 pesetas, la aportación de P. R. C. en 1.700.000 pesetas y las inversiones de A. R. A. en 9.790.307 pesetas, debiendo éste entregar a aquél 4 539.000 pesetas.

Contra este auto interpone P. R. C. recurso de casación por nueve motivos, todos ellos al amparo del artículo 1.687.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente por contradecir el auto lo ejecutoriado.

Doctrina.—El Tribunal Supremo desestima todos los motivos porque lo que hace el recurrente es impugnar la estimación de las cantidades a que llega la Audiencia en aplicación estricta del fallo de la Sentencia que se ejecuta.

Este especialísimo recurso de casación contra autos dictados en ejecución de Sentencia a lo único que obliga al Supremo es a comprobar si los mismos inciden en algunas de las infracciones previstas en el artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero en modo alguno lo convierte en un órgano de ejecución

No se puede aceptar la tesis de que porque los cálculos del recurrente no coinciden con los del órgano judicial hay contradicción de lo ejecutoriado cuando se ha seguido estrictamente el fallo de la Sentencia.

INADMISION DE RECURSO DE CASACION.—LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1994)

Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—Se plantea demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía en la que se pide la declaración de dominio a favor del actor de determinado inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia, en consideración a una larga exposición de razonamientos de hecho y legales, como, por ejemplo, la dudosa identificación de la finca cuya titularidad se pretende, así como la falta de acreditamiento de que dicho inmueble coincida con el poseído por los demandados, además de haber prescrito a su favor el inmueble, desestima la demanda.

Al ser aceptadas estas declaraciones en apelación, se plantea recurso de casación en base a un único motivo de casación «primero y único.—Infracción de las normas del ordenamiento jurídico al amparo del artículo 1.692, ordinal quinto de la LEC. Esta parte ejercitó acción reivindicatoria o declarativa de dominio sobre el bien inmueble que mi representado adquirió mediante el documento número 3, que se acompañó con el escrito de la demanda, solicitando la nulidad de las escrituras de compraventa otorgadas entre los demandados y la consiguiente cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de todo tipo a que las firmas dieron lugar, oponiéndose los demandados al afirmar que el bien reivindicado es de su propiedad por haberlo adquirido A. en virtud de lo establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria y el 298.3 de su Reglamento».

Doctrina.—«El recurrente en un único motivo de casación, articulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desarrolla los mismos argumentos ya esgrimidos en la instancia, dando por supuesto el acreditamento tanto del dominio a su favor como la falta de prueba de la titularidad ajena reconocida en la Sentencia impugnada, con lo que viene a convertir la casación, a lo sumo, en UNA TERCERA INSTANCIA, en la que ni siquiera se invoca la existencia de error en la resolución recurrida ni se hace cita alguna de documento que lo acredite ni de norma civil infringida, todo lo cual deja el recurso convertido en una mera petición revocatoria que, sin base de hecho ni legal alguna, debió quedar en el umbral de la admi-

sión que ahora ha de transformarse, al hilo de una doctrina jurisprudencial de innecesaria cita, dada su notoriedad, en desestimación».

AUDIENCIA AL LITIGANTE REBELDE. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Hechos.—Con motivo de un recurso de audiencia al rebelde derivado de un juicio de desahucio en precario, el Supremo sienta la siguiente

Doctrina.—El motivo segundo del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se acredite suficientemente que una causa no imputable al que la alega ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada, lo que no ha sucedido en este caso.

Y por otro lado, tampoco puede alegarse indefensión en base al artículo 24 de la Constitución Española cuando se tenían noticias directas y suficientes del proceso civil, máxime tratándose de una controversia entre parientes muy próximos, con antecedentes de disputa y de disparidad en sus respectivos derechos, accediéndose a la situación de rebeldía de forma voluntaria y no impuesta.

CONTRADICCION DE LO EJECUTORIADO.—ARTICULO 1.687.2.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Hechos.—En auto dictado en apelación en trámite de ejecución de un acuerdo de acto de conciliación efectuado en un procedimiento de menor cuantía la Audiencia fijó las cantidades líquidas que debían ser entregadas por una parte a otra y por diversos conceptos.

Contra este auto se interpone recurso de casación, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, que se formula al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.º Infracción del artículo 406, en relación con el 1.061 del Código Civil, por su inaplicación, que se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—El excepcional recurso de casación que autoriza el artículo 1.687, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que pretende es la recta aplicación de la Sentencia y no la de la Ley, esto es, no se trata de contrastar la Sentencia y la Ley, ni tampoco la ejecución de la Sentencia y la Ley, sino de cotejar las diligencias de ejecución con el fallo de la Sentencia, tratando de corregir contradicciones o desviaciones no amparadas por el fallo.

Esta especialidad hace que los únicos motivos por virtud de los cuales puede fundamentarse este recurso sean: «resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o no decididos en la Sentencia y aquellos otros que contradigan lo ejecutoriado», no siendo posible la admisión de este extraordinario recurso fuera de esta motivación.

El presente recurso no responde a ninguno de estos dos motivos. El primer motivo denuncia error en la apreciación de la prueba propio del antiguo número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ni se corresponde con este recurso ni, incluso, podría ser alegado en la casación ordinaria, pues lo que se intenta combatir es la apreciación y valoración de la prueba pericial. Y en cuanto al segundo motivo se denuncian infracciones legales respecto a una cuestión en la que sólo se ventila la ejecución del fallo firme, revestido de la santidad de la cosa juzgada y donde resulta inoperante e indiscutible la correcta o no aplicación que se hizo de la Ley.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

CERDÁ ALBERO, FERNANDO: «Escisión de la sociedad anónima», *Tirant Monografias*, 13, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

El libro que me anima a recuperar el noble oficio de recensionista merece una lectura sosegada. Son de señalar dos virtudes que adornan al autor, cuales son su exquisito rigor conceptual y la elegancia en el decir, lo que, a mi juicio, constituye un elogio y hasta una relativa novedad en el panorama de libros de tesis. Y es que este libro es el resultado de la tesis de su autor, profesor de la prestigiosa Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Aunque la lectura deja traslucir una admiración hacia lo germánico, los pocos amigos del Derecho comparado agradecemos la mesura en la cita y un empleo oportuno de la doctrina y legislación foráneas. Por lo demás, debemos reconocer justificada esa atención preferente. No en vano el ordenamiento alemán se ha visto recientemente enriquecido con la tan estudiada como esperada Ley General de Modificaciones Estructurales, que constituye un hito normativo de obligado estudio en el tratamiento unitario de este tipo de fenómenos atinentes a la disciplina de los procesos de reestructuración empresarial, fenómenos necesitados de un tratamiento homogéneo e interdisciplinar. El autor es consciente de ello y tiene el enorme mérito de encuadrar la función de la institución en el marco de la realidad económica de la empresa en búsqueda de una correcta dimensión. Como bien explica en el libro, la escisión es una técnica jurídica que responde o «es trasunto fiel de cambios de estructuras empresariales».

Me parece singularmente afortunada la muy sopesada sistemática de la obra, que conscientemente huye de los esquemas al uso. Nada de «Introducción» —«Naturaleza»— «Derecho comparado» (que ocupa el grueso de la exposición) y «Derecho español» (léase: encaje de lo anterior en nuestro Derecho positivo). Aquí se divide la exposición en cinco partes o cuatro partes y un epílogo fiscal. La primera estaría dedicada a la descripción del instituto y al examen de su función, naturaleza y marco normativo; la segunda, al estudio de los presupuestos subjetivos y objetivos («los fundamentos dogmático-jurídicos de la escisión»); las otras dos, al procedimiento y efectos de la escisión.

El autor advierte con mucha razón —y oportuno recuerdo de la obra lógica del Estagirita— de la urgente necesidad de una correcta conceptualización, habida cuenta de la imprecisión terminológica de doctrina y Derecho positivo. Inevitablemente prolifica, sigue la descripción de la escisión como «la división de su patrimonio social (de una sociedad anónima) en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida acciones o participaciones de la/s sociedades beneficiaria/s en contraprestación a esta aportación». Esta descripción anticipa ya la exposición subsiguiente y permite al

autor en esta fase preliminar distinguir la escisión *strictu sensu* de otras posibles modificaciones «espúreas» (o «impropias, según el autor y resto de la doctrina) de la estructura jurídica de la anónima, entre las que cabe señalar la llamada segregación o aportación de rama de actividad/unidad económica empresarial sin ingreso de los accionistas de la aportante/transmitente en el capital de la «beneficiaria».

Tal cuestión —la de «segregación»— es tema de actualidad a la vista de la calificación fiscal de la «aportación de rama de actividad», con beneficios análogos a los de fusiones y escisiones y la necesidad de hallar un régimen jurídico sustantivo a tales operaciones por dos vías alternativas (y entre sí excluyentes): la de cesión global/sucesión universal y novación subjetiva por mutación del deudor (sistema análogo al de la fusión y que la jurisprudencia de la DG aplica a los supuestos de disolución con cesión global, *ex art.* 266 LSA, y Proyecto de Ley de Limitadas), y la de cesión con mera asunción interna de duda sin novación subjetiva del deudor (sistema que se aplicaría, *ex art.* 39.3 LSA, en sede de aportación de establecimiento en relación al art. 1.205 CC y que es el criterio de la misma DG para los demás casos). Nuestro autor opta por la prudencia y en defensa del principio de tipicidad en las modificaciones estructurales: la cesión global de unidad empresarial no produce sucesión universal sino en los casos en que excepcionalmente (frente a la regla de Derecho Común del CC) el Derecho expresamente lo contemple. Me consta que el autor tiene un estudio pendiente sobre el tema a publicar en un próximo número de la *RDM*.

A juicio de este recensionista, lo más brillante del libro es esa parte final del capítulo primero en que se describe el fenómeno económico de la escisión y el instrumento jurídico para su resolución, para luego tratar someramente de los avatares de su regulación normativa y ensayar una aproximación a su naturaleza jurídica. Lejos de estas habituales banalidades que suelen adornar las partes introductorias de todo estudio mercantil que se precie, el autor nos hace asistir a una bien hilvanada Exposición de los Motivos que empujan a una empresa a optar por esa forma de reestructuración. Debemos concluir con el autor en la necesidad dogmática de que los problemas de dimensión empresarial tengan una solución global unitaria en el marco de un Derecho coherente de las modificaciones estructurales. Un marco global que debería contemplar —y en su caso cuestionar— las barreras de tipos (el autor, por cierto, se muestra restrictivo a la escisión heterogénea negando viabilidad por atipicidad a las escisiones anónimas-cooperativas) y hasta las barreras de diversos sistemas jurídicos (quizás echaríamos de menos en la obra una somera exposición de los problemas complejíssimos de las escisiones transfronterizas).

El capítulo segundo analiza con detalle los presupuestos subjetivos y objetivos de la escisión.

En cuanto a los presupuestos subjetivos, el autor parte de una premisa insoslayable: el tipo «sociedad anónima» constituye el modelo prevalente (prototipo), y el régimen de la escisión de anónimas (es decir: escindenda-sociedad anónima) el paradigma normativo para todas las escisiones. Esto sirve al autor para justificar el propio dominio temático (el libro se dedica a la escisión de la sociedad anónima) y también nuestro Derecho positivo, que contiene el régimen de escisión en esa sede. Esa toma de postura nos deja un tanto insatisfechos, pues nos hubiera gustado que el autor examinara lo que constituye en nuestra praxis cotidiana un problema acuciante cual es de conocer

el régimen jurídico de las «otras escisiones», y en particular y especialmente el de la escisión de nuestras limitadas (no en vano el tipo «normal» en frecuencia estadística) Invitamos aquí al autor a que se disponga al examen del proyectado régimen de limitadas.

En cuanto a la/s sociedad/es beneficiaria/s de la escisión de una anónima, el autor examina el sentido del límite subjetivo a la escisión heterogénea (cuando no todos los sujetos son sociedades anónimas) que resulta del artículo 252.4 LSA, consistente en que su tipo societario (el de las beneficiarias) se incluya entre las sociedades mercantiles, lo que elimina y de paso deja en la más absoluta oscuridad las fusiones heterogéneas de cooperativas-sociedades anónimas o la más interesante aún caja de ahorros-sociedad anónima.

Interesantes problemas dogmáticos se presentan con ocasión de la existencia de acciones de la escindenda en poder de la/s beneficiaria/s y cuando hay acciones propias; problemática que intentan resolver los artículos 250 LSA y el 24 de la III Directiva CEE y que merece un estudio de detalle; así como los casos de sociedades participantes en situación de insolvencia o liquidación.

Con esa precisión de cirujano que adorna el estilo de F. CERDÁ, el autor nos hace seguir el estudio de los requisitos subjetivos de la escisión y el examen de los presupuestos objetivos del instituto, y que consisten en: 1) La división patrimonial de la sociedad escindenda, y 2) La atribución de acciones o participaciones.

La sociedad que se escinde es libre de determinar, según tesis del autor, el alcance de la escisión siempre que el reparto de las masas patrimoniales sea suficientemente preciso (con la poco justificada regla hermenéutica de la responsabilidad solidaria por un elemento del pasivo sin asignación segura del art. 255.3 LSA) y siempre que lo que se transmita constituya una unidad económica, exigencia ésta de muy difícil concreción y más difícil aún justificación (la normativa española es la más exigente de las comunitarias). A este tema y con esta ocasión dedica el autor lúcidas consideraciones, aunque es justo recordar que ésta y otras cuestiones desempeñan un papel despreciable en la praxis societaria (¿quién dirá que no es unidad económica la que merece un acuerdo societario de mutación sustancial del ser social precisamente para aislar un conjunto patrimonial que deberá alcanzar vida estable localizada fuera de la sociedad escindenda?; o ¿es que acaso la unidad patrimonial no puede surgir con la escisión? En todo caso, ¿cuándo podrá detectar la inexistencia de ese requisito el Registrador en su control preventivo de legalidad?; ¿cuál sería el hipotético vicio afectante a una escisión sin desagregación de unidad patrimonial autónoma?).

La escisión propia —a diferencia de la impropia— exige el interesamiento de los socios de la escindenda en la/s sociedades beneficiaria/s. El autor, con buen criterio, defiende la no necesidad de la reducción de capital de la primera (si es que la estructura de recursos propios lo permite, es obvio, y existen suficientes fondos libres) y analiza con algún detalle el problema del tipo de canje. En este punto, el autor no ha tenido ocasión de examinar —por elementales cuestiones de tiempo— el régimen contable proyectado por el ICAC de fusiones y escisiones, pero resuelve elegantemente con más que suficientes referencias el tema tan problemático de la valoración de las unidades patrimoniales en juego (la masa patrimonial que se desagrega de la escindenda y su peso respecto a la restante porción patrimonial y en relación con el eventual patrimonio de las beneficiarias). Oportunamente traídas aquí a colación son las sensatas recomendaciones de la máxima autoridad contable francesa (no

en vano es sabido que nuestro Plan General de Contabilidad sigue la inspiración del francés).

El capítulo relativo al procedimiento de escisión distingue entre una fase preliminar, una fase decisiva (centrada en el/los acuerdo/s de Juntas generales), una fase «tuitiva» de los intereses de terceros y la que denomina «fase de actuación» (forma más publicidad registral). En la fase preliminar, el estudio se centra en el examen del proyecto de escisión, sin dejar de apuntar un tema frecuentemente soslayado por la doctrina y que ha merecido recientemente un examen de detalle por alguna monografía: me refiero a lo referente a los acuerdos previos a la escisión o «tratos preliminares»/protocolo de acuerdo, etc. Un tema que nos parece más próximo al Derecho de los contratos que al de sociedades.

Se trata someramente también del procedimiento registral relativo al nombramiento de expertos independientes en donde quizás nos atravesáramos a echar de menos un pronunciamiento del autor sobre la eficacia (léase: posible recurribilidad) del dictamen pericial y su eventual fuerza vinculante para las partes (no es un secreto que muchas fusiones y escisiones se supeditan a esa opinión favorable y que los expertos designados cuentan con una poderosísima arma que debe quedar al abrigo de arbitrariedades). El autor desplaza al capítulo siguiente el estudio del régimen de responsabilidad de expertos y administradores por sus respectivos informes. Por lo demás, hay que apreciar en lo que vale la acertada y decidida opinión crítica del autor contraria a una interpretación literal de las normas sobre los balances de escisión contenidas en los artículos 244 LSA y 194.2.5 RRM: ¿por qué sólo el de las que se extinguen? (cf. nota 37 de la pág. 227).

De las otras fases, la que el autor estudia con más detalle es la tocante a la protección de los intereses de terceros (acreedores/trabajadores/titulares de obligaciones convertibles o de esos misteriosos «derechos especiales»). Especialmente recomendable es la lectura de lo escrito a propósito de los tres sistemas de protección contenidos en la sexta Directiva y su reflejo en nuestro Derecho positivo, y el conciso pero muy acertado capítulo laboral en que se conciertan las normas del Estatuto de los Trabajadores con las normas aplicables a estos últimos contenidas en el régimen sustantivo común (como acreedores que son los trabajadores) y en el régimen especial de información del artículo 238 LSA.

Del análisis de la por el autor llamada «fase de actuación» destacaremos lo relativo al examen de la publicidad registral y de la complicación procedimental subsiguiente a las diferentes clases de escisión (parcial o total) y la debida a escisión en que intervienen sociedades dominicables en diferentes registros. El autor postula el efecto constitutivo de la inscripción con la mejor doctrina, sin perjuicio de los derivados de la oponibilidad a terceros a partir de la publicación de conformidad al régimen general.

La problemática del último capítulo destinado a la eficacia de la escisión se desglosa en los siguientes apartados: los efectos de la escisión (con especial consideración de los efectos concretados en la sucesión universal *ipso iure* y atención al problema de la inscripción de la transferencia en los diversos registros públicos); el tema de la fecha de eficacia (simultaneidad de efectos *versus* «retroactividad» contable); la responsabilidad de administradores/expertos, y, por fin, la nulidad de la escisión.

En este capítulo me parece lo más destacable la contribución del autor a la ardua tarea de aclarar el complejo problema de las diversas fechas de la

fusión. Me parece muy acertada la opinión sostenida sobre esa fuente de confusiones que es el artículo 235.d) LSA y la pretendida retroactividad contable, que no es sino una fecha «de delimitación de llevanza de la contabilidad» (desde esa fecha la escindenda deja de practicar los relativos asientos y será la beneficiaria quien los extenderá) y que se explica por la falta de equivalencia del tipo de canje propuesto con la realidad patrimonial en el momento de eficacia debido a las posibles alteraciones de valor patrimonial de las masas en juego (teoría de los riesgos).

En tema de nulidad se analiza acertadamente, lo que constituye el «sistema restrictivo» del artículo 246 LSA, inspirado (con alguna notable particularidad) en el artículo 22 de la III Directiva y que trata de potenciar al máximo la eficacia de la escisión: causas tasadas de nulidad, breve plazo de caducidad de la acción y principio de sanación.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad y la Posesión* (tomo III del libro *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*), Cívitas, Madrid, 1995

Son varias las obras del autor que he recensionado y, curiosamente, la que más he manejado y leído (releído) es ésta que traigo en estos momentos a recensión y que me sirvió de mucho en esa labor de reconstruir los antiguos «Apuntes» en mis «Estudios» actuales. No sé las razones que impidieron esa recensión, quizá que alguien se me adelantó, pues yo la obra me la «sabía» y estaba en buenas condiciones para hacerlo. Han transcurrido ya bastantes años, pues, de la edición que manejé a ésta que llega a mis manos ahora, han pasado diecisiete. Aquella edición —que dio a la luz la Editorial Tecnos— tiene como fecha de depósito el año 1972 y el *copyright* del autor figura con el año 1978. La obra constaba de dos tomos, y entre uno y otro hubo un plazo de ocho años. Me lo dice la sobrecubierta del ejemplar que manejé y que he rescatado de su emplazamiento en mi biblioteca para que me sirva de guía y orientación en las diferencias que puedan existir.

Al ser obra de conceptos no me adentré en las sucesivas ediciones que de la misma se hicieron y que suman tres más a la primera, siendo esta cuarta realizada por Cívitas, y que ofrece una cuidadosa presentación encuadernada y con una composición más didáctica, ya que en ella se respetan los apartados, las «sangrías», los títulos en negrita, en suma, todo ese conjunto de estímulos que los libros de Derecho deben tener para ser estudiados minuciosamente, sin esos cansancios que ofrece la «mancha negra», o lo que sucede con esas novelas sin puntos ni comas, al estilo de JAMES JOYCE, que ponen serios obstáculos no ya a la lectura, sino al entendimiento de la trama, el argumento o la idea. Y que me perdone nuestro actual Premio Nobel porque al haber utilizado esta forma narrativa en una de sus novelas tuve que desviarla a la zona ferroviaria de la «vía muerta».

La obra mantiene la madurez de las reflexiones del autor y la visión cierta de la mayoría de sus conceptos. Es una forma nueva de enfocar los temas que se van estudiando y exponiendo a lo largo de sus páginas. Frente a la limitada forma de citar la bibliografía consultada, en esta versión en cada comienzo de capítulo —muy al estilo de CASTÁN— se ofrece una im-

portante aportación de obras, trabajos y notas que enriquecen la labor realizada por el autor.

Aunque ya se haya dicho todo o casi todo referente al contenido de la obra, me considero en la obligación de exponer, aunque sea sucintamente, todo ello, pues quizá acudiendo a las diferencias entre la primitiva edición y ésta se me abre una zanja importante al no haber podido consultar las otras dos anteriores y lo que pudiera decir estaba ya superado en ellas y recogido en la actual. Vamos, por ello, a dar estructura a estas notas de recensión y respetar las diferentes partes en que estos estudios se dividen y que, sumariamente, son siete.

A) EL DERECHO DE COSAS

La exposición de esta materia la hace el autor con una gran «soltura», como si se tratase de un profesional de la baraja y nos ofreciese en su abanico de cartas la elección del tema o temas, y entre ellos están la distribución y explotación de los bienes económicos, así como su transformación económica y social, la precisión de la figura teórica del derecho real; la distinción entre relación obligatoria y derecho real; los tipos de derechos reales y su disciplina jurídica. Termina este punto diseñando la titularidad de los derechos reales a través del sujeto y su determinación, la cotitularidad y la titularidad registral.

B) LOS BIENES Y LAS COSAS

El campo es importante, ya que las incidencias jurídicas se realizan sobre las cosas y los bienes (incluidos los inmateriales). Por ello va precisando el concepto de cosa para ser objeto de constitución de derechos reales sobre la misma, la doble vertiente pública y privada de los bienes, la distinción sustancial entre muebles e inmuebles, el concepto de finca y los problemas que la misma plantea en orden a las posibles modificaciones físicas y jurídicas, como pueden ser las nuevas construcciones, y la accesión en todas sus manifestaciones.

Pudiera haber sucedido que en el momento de corrección de pruebas se haya producido un desfase legislativo, ya que al tocar el tema de las parcelaciones y reparcelaciones el autor sigue citando la Ley del Suelo de 1976, que, en el fondo, viene a decir cosas semejantes a la actual vigente.

C) LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES Y EL REGISTRO INMOBILIARIO

Esta tercera parte, destinada exclusivamente al aspecto registral, mantiene los tradicionales estudios que el autor ha hecho en la materia, no solamente de investigación antecedente e influencias extranjeras en la legislación hipotecaria, sino en ese gran fondo que supone el juego de los principios hipotecarios y su proyección.

Creo que —en forma muy sintética— aborda la totalidad de los temas que ofrece el Derecho hipotecario o registral y que, incluso, recoge sumariamente las sucesivas reformas introducidas en la misma legislación. Bien es verdad que algunas leyes —como la de Arrendamientos Urbanos— no han podido ser

tenidas en cuenta por razones de «tiempo» y otras han quedado sin desarrollar, quizá por la idea de acudir a conceptos generales y no descender a modificaciones reglamentarias de más o menos oportunidad. Sirva de ejemplo el tema del desistimiento de la petición de inscripción.

D) LA POSESIÓN

Si HERNÁNDEZ GIL tenía una especie de «monopolio» sobre el tema de la posesión, que dio lugar a alguna anécdota graciosa en la Universidad, DIEZ PICAZO nos demuestra cómo se puede agotar la materia sobre esta institución de la posesión exponiéndonos su proceso histórico a través de los tiempos, su concepción funcional, las razones que fundamentan la misma, las posturas doctrinales sobre su naturaleza, clases, sujeto, objeto, modos de adquisición, recuperación y pérdida de la misma, los efectos que produce y la consecuencia final de la posesión unida al factor tiempo que genera la usucapición, no solamente contemplada en el campo civil, sino en el registral.

E) LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES

El autor en la exposición de ésta que denomina «fuentes de los derechos reales», parte de la distinción entre el hecho adquisitivo y el fenómeno adquisitivo, así como el doble plano de relaciones que es preciso tener en cuenta para decidir el momento de la protección jurídica: esto es, las relaciones *inter partes* y frente a tercero.

Al examinar el artículo 609 del CC descarta la figura de la «ocupación» como modo de adquirir los derechos reales sobre cosa ajena puesto que derivan del dominio. Plantea seguidamente la distinción entre los modos de adquirir la propiedad y los de los demás derechos reales, pasando seguidamente al examen histórico de los tres grandes sistemas: la teoría del título y el modo, el solo consentimiento y el acuerdo abstracto traslativo. En el sistema español, aparte del estudio de la *traditio*, plantea el tema del juego de la voluntad de las partes para modificar el sistema legal de transmisión que da lugar a las «reservas de dominio» y a la anticipación convencional del momento traslativo. La causa y su juego en el mecanismo traslativo es el antecedente del que se sirve el autor para examinar la inscripción en el Registro de la Propiedad, el problema de la constitución forzosa de derechos reales y la problemática de las adquisiciones *a non domino*.

F) EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICO-REAL

El autor parte de la distinción entre la situación activa o de poder atribuido a una persona (derecho real) y la situación pasiva como sujeción a la decisión de otra (gravamen real). De ahí que respecto de la primera situación estudie las distintas facultades que la Ley concede al titular, para luego señalar el concepto y situación del gravamen real.

Un capítulo especial destina al examen de la explotación económica de los bienes, su destino económico, el concepto tradicional de fruto y la inadaptación del lenguaje del Código en relación con los esquemas de la economía

moderna. Completan la materia las clases de frutos, su concepto jurídico y la concepción económica de la renta.

Especialmente se estudia la facultad dispositiva y su naturaleza, así como el tema de la legitimación, conectando todo ello con las limitaciones de disposición y las prohibiciones de disponer y su juego en el campo del Registro de la Propiedad. Lo mismo sucede con el problema de colisión o concurrencia de los derechos reales, cuyo estudio desemboca en el principio de prioridad registral, sin perjuicio de las otras prioridades extrarregistrales. Las circunstancias de tiempo, lugar y condiciones también son objeto de un estudio especial.

Dos últimos temas van a cerrar esta parte de la obra. Son los de la protección de los derechos reales y las causas de su extinción. Entre las medidas que contra la posible lesión pueden sufrir los derechos reales surge el mundo de las acciones, la conversión del derecho real en uno de valor y las acciones de conservación y de seguridad. Como causas de extinción se estudian la pérdida de la cosa, la consolidación, la renuncia y el abandono o derrelicción.

G) LA COMUNIDAD DE BIENES

Con esta parte se cierra la obra y en ella se expone el fenómeno de la cotitularidad reflejado o proyectado sobre la comunidad de bienes, con sus clases, con su distinción del fenómeno societario y con la puntualización de su naturaleza (teorías de la interinidad, unificación del derecho, división y propiedad plúrima total), así como de los principios que la rigen (autonomía, proporcionalidad, democracia y libertad individual).

Otros temas importantes dentro del fenómeno comunitario son los del origen legal o voluntario de la comunidad y los de los sujetos y objeto de la misma. Con el contenido de las facultades, sus límites, actos de conversión, administración y disposición, así como las causas de extinción de la misma y el efecto de la división se concluye el estudio.

Recensionar este libro ha sido para mí sentir nostalgia de aquella primera época en la que subrayé con lápices de colores la mayor parte de la primera edición y sentirme confortado por ver que aquellos conceptos y posiciones doctrinales siguen manteniéndose en todo su vigor. Eso no quiere decir que esté de acuerdo con todos, pues encuadrar la calificación registral en la «jurisdicción voluntaria» y considerar al Registro como un organismo administrativo me puede llevar a discusiones que no caben en estos estrechos límites.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

IGLESIA FERREIRÓS, AQUILINO (y otros): *El «ius commune» com a dret vigent: L'experiencia judicial d'Andorra i San Marino*. Edición del Instituto de Estudios Andorranos, Barcelona, 1994. Dos volúmenes con 833 páginas.

El Centro de Barcelona del Instituto de Estudios Andorranos ha tenido la atención, que agradecemos, de enviarnos este libro que ha editado, bajo la dirección del profesor IGLESIA FERREIRÓS, Catedrático de Historia del Derecho en aquella Universidad, en el cual se recogen las ponencias y comunicaciones del Simposio Jurídico del Principado de Andorra y la República de San Marino, celebrado en Andorra la Vieja en abril de 1993. Los trabajos, como puede

verse, están algunos escritos en catalán, lengua oficial del Principado, y otros en español e italiano y uno en francés.

El tema central ha sido el estudio del llamado Derecho Común como sistema vigente tanto en Andorra como en San Marino, por el cual se rigen sus relaciones iusprivatistas.

Los trabajos son muy interesantes en cuanto que a la vez nos presentan las instituciones tradicionales, reflejan el deseo latente de elaborar y tender a la obtención de un sistema normativo más acorde con los tiempos y las necesidades negociales del mundo actual.

A mediados del siglo XVIII, en el año 1748, a petición del Común General de los Valles Neutros de Andorra, el juriconsulto ANTÓN FITER y ROSSEL redactó el *Manual Digest*, en el cual se dice que los Jueces habrán de observar los modos, formas y disposiciones del Derecho Común, que es el que se observa en los Valles de Andorra, menos en aquellas cosas en que estén derogadas por alguna Ley patria o costumbre contraria, en cuyo caso éstas serán observadas las primeras.

La ponencia inicial es del profesor IGLESIA FERREIRÓS y trata de *Andorra y su recepción del Derecho Común*. Nos dice que es preciso aclarar lo que aquí se entiende por Derecho Común, por ser idea que desde el principio hasta nuestros días se ha ido conformando dentro del ámbito andorrano. Las Sentencias del Tribunal Superior de la Mitra invocan las leyes del *Corpus iuris civilis* y las del *Corpus iuris canonici*, recordando con frecuencia el Derecho Civil catalán y acudiendo también a la costumbre, la tradición y el *seny* o buena razón. De forma más concisa, se ha señalado por un Magistrado de dicho Tribunal que el Derecho Común vigente en los Valles se constituye sobre la base del *Corpus iuris civilis*, espiritualizado por el Derecho Canónico y puesto al día en algunos preceptos por la doctrina de los tribunales y juristas.

Este sistema basado en la tradición se estudia ampliamente en su evolución histórica por el autor, quien señala las evidentes influencias de la recepción de las ordenaciones jurídicas de las comunidades políticas vecinas; esto se ha agudizado últimamente dada la composición francesa y española del Tribunal Superior de la Mitra, como veremos más adelante. El trabajo es interesantísimo para comprender las singularidades de este sistema y se completa el primer volumen del libro con un extenso vocabulario y unos Apéndices donde se recogen en esquema los diversos actos y contratos que reflejan la biología jurídica de nuestros vecinos habitantes de aquellos valles.

La aportación de la República de San Marino está representada por dos trabajos en italiano. *La genesi del Diritto Comune*, de la doctora ADRIANA CAMPITELLI, de la Universidad de Roma II, y *Communis Opinio Doctorum*, del profesor VÍCTOR CRESCENCI, Consultor del Consejo de los Doce de San Marino; en ellos se ahonda sobre las raíces romanas de la normativa vigente en aquella República.

El prestanoms en el Dret Andorrà es un profundo trabajo del profesor LUIS PUIG FERRIOL, Catedrático de la Universidad de Barcelona y Magistrado del Tribunal de la Mitra de Andorra. La figura del «prestanombre» que estudia magistralmente es típica de allí y trata de solucionar en la práctica el problema que se presenta a los no andorranos o no residentes, los cuales no pueden ser titulares de establecimientos industriales o mercantiles en el Principado. Entonces acuden como subterfugio a un contrato de fiducia por el cual una persona andorrana deja su nombre a otra para que bajo esa titularidad el

foráneo pueda efectuar actos mercantiles que de otra manera tendrían vedados. Por su carácter secreto, el contrato no afecta a terceros, ante los cuales el que ha prestado el nombre es el único responsable. Tras analizar el concepto, el profesor PUIG FERRIOL destaca la importancia de esta figura en Andorra y reseña la normativa que ha tratado de limitar tales actuaciones aunque sin gran éxito, pues en la práctica siguen vivas como lo demuestran los fallos judiciales que aún se originan. Tomando como base esas sentencias, expone una completa teoría sobre la actuación del «prestanombre» como parte contratante y los efectos y relaciones tanto de carácter interno como respecto de terceros.

Siguiendo en el ámbito de la relación fiduciaria, el profesor DIURNI, del Instituto Jurídico Sanmarinense, expone en su trabajo *La fiducia tra Scienza e Tradizione* la evolución de esta institución en Derecho romano y germánico, hasta alcanzar los estadios posteriores sucesivos.

La supervivencia de les institucions romanes en el Dret Civil de Catalunya es el trabajo aportado por la doctora ENCARNA ROCA TRIAS, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. En él refleja las etapas de la recepción del *ius commune* en Cataluña, desde la prohibición de aplicarse hecha por Jaime I en 1251 hasta la actualidad, repasando tal evolución a través de la jurisprudencia.

El Catedrático de la misma Universidad, profesor LUIS FIGA FAURA, es Presidente del Tribunal Superior de la Mitra del Principado de Andorra por la parte española del Obispado de Seo de Urgel. En su trabajo *La Novació* y a propósito de una confusión de conceptos que rechaza, dice que es de notar un hecho importante y preocupante en los Valles; se refiere a la recepción —o más bien el «contrabando», según expresión típicamente andorrana— de los actuales Derechos Civiles francés y español a través de sus respectivos Códigos que se aplican algunas veces por los tribunales.

Hay varias comunicaciones que se recogen en el libro. Entre ellas señalamos una sobre la jurisdicción administrativa y fiscal en Andorra, otra sobre el Derecho común y el Derecho estatal de personas y otra sobre costas procesales en el Derecho del Principado.

Consideramos especialmente interesante, porque nos detalla la organización del sistema judicial andorrano, el trabajo titulado *L'application du Droit Commun par le Tribunal Supérieur d'Andorre du Co-Prince Français*, escrito por Mr. ANDRÉ PIGOT, ex Presidente de dicho Tribunal. Esta organización, en esquema, es la siguiente:

— En primera instancia la justicia civil se administra por los Batlles, magistrados andorranos en número de cuatro, dos nombrados por el Copríncipe Obispo y otros dos por el Copríncipe francés, que actúan en Juzgado único. El demandante puede elegir entre los Batlles franceses o los episcopales, y la jurisdicción elegida queda como única competente.

— En apelación hay una jurisdicción común a los dos Copríncipes. Es Juez único, Magistrado que cambia cada cinco años, designado alternativamente por cada uno de los Copríncipes.

— Hay, por fin, una segunda apelación, con dos posibilidades como en la primera instancia. Cada uno de los Copríncipes ha confiado el conocimiento de este tercer recurso a una jurisdicción colegial constituida por un Tribunal Superior. Por el Copríncipe—Obispo, por juristas habitualmente de Barcelona; y por el Copríncipe francés, por juristas de Perpignan.

La Constitución andorrana adoptada recientemente por referéndum, consagrando la soberanía del pueblo andorrano, supone la modificación de este sistema por la unificación de la jurisdicción y la limitación a dos de su grados; las decisiones del Tribunal Superior único pueden solamente ser sometidas al control del Tribunal Constitucional, que debe ser organizado en lo que concierne a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Pero hasta hoy no se han promulgado las leyes adecuadas y por ello siguen actuando los Tribunales Superiores, cuyas decisiones son importantes para determinar el Derecho aplicable en Andorra; las sentencias de uno pueden ser diferentes de las del otro Tribunal, lo que dificulta la obtención de una jurisprudencia de referencia cierta.

Termina diciendo este autor que en materia de Derecho Privado, tradicionalmente considerado por los andorranos como un elemento esencial de protección de su identidad, no deben introducirse modificaciones legislativas precipitadas.

Aquí queda el resumen de este libro que ha abierto mi curiosidad. Los estudios contenidos en él ponen al descubierto la contraposición entre un sistema hermético ancestral y las nuevas tendencias aperturistas que no pueden detenerse. Por ello es altamente sugestivo e interesante.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, y HERRERO MORO, GUILLERMO: *El precio en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones*, Editorial Cívitas: 206 páginas.

La experiencia en los Registros Mercantiles demuestra que es probablemente la cláusula restrictiva a la transmisión de acciones (o participaciones en la SRL) el aspecto de los Estatutos que mayores problemas plantea en la práctica. Las numerosas resoluciones que se han dictado en estos últimos años corroboran las dificultades que plantean estas cláusulas. Incluso la propia Dirección General adolece de falta de claridad en más de un fallo dada la complejidad de los supuestos que ha tenido que examinar.

Aunque la reforma mercantil ha aclarado algunas de las dudas que se planteaban con anterioridad (así, por ejemplo, la imposibilidad de pactar restricciones a la transmisibilidad si las acciones son al portador: art. 63 LSA), lo cierto es que las dificultades no han terminado. Quizás el aspecto más conflictivo hoy en día sea el que aborda el libro que ahora comento. El nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha pretendido sentar un principio claro en este punto al disponer que no serán inscribibles las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones: artículo 123.6, aplicable a las SRL por expresa remisión del artículo 174.11 del mismo Reglamento.

El principio es, pues, de una claridad meridiana: sólo serán admisibles las cláusulas que establezcan como precio para el ejercicio del derecho de adquisición preferente el valor real de la acción o participación. ¿Por qué entonces tantos problemas en este punto? A mi juicio por una razón elemental: Las sociedades buscan con estas cláusulas un auténtico blindaje y, dentro de este fin, se pretende en más de una ocasión eludir la necesidad de aplicar el valor

real. Por eso se buscan fórmulas complejas, alguna vez incomprensibles, que hacen muy difícil determinar si con ellas se llega o no al valor real. Hay que reconocer, sin embargo, que no es fácil «valorar» las acciones y, menos aún, establecer *a priori* fórmulas teóricas que permitan llegar a ese valor real.

Aborda, pues, esta obra un tema de gran conflictividad en la práctica. Sus autores, ambos Registradores Mercantiles de Barcelona, estudian el tema no sólo desde un punto de vista teórico, sino también práctico, recurriendo con frecuencia al examen de supuestos reales planteados en los Registros y al estudio de la práctica totalidad de sentencias y resoluciones existentes.

Se inicia el libro con un primer capítulo dedicado a la CONFIGURACION ESTATUTARIA DE LA CLAUSULA DE FIJACION DE PRECIO Y SUS REQUISITOS. La conclusión en este punto es clara: es imprescindible que la cláusula contenga un mecanismo de fijación de precio, pues si no sería incompleta y, como tal, no inscribible. Sólo en los supuestos en que la propia norma fije un sistema de valoración será admisible la cláusula incompleta (así, por ejemplo, los supuestos de los arts. 64 LSA o 20 LSRL). En este sentido no será admisible una cláusula que simplemente fije unos mínimos o máximos (a pesar de lo que aparentemente pueda deducirse de la Resolución de 20 de agosto de 1993).

Examinan los autores a continuación la *ratio iuris* del artículo 123.6 RRM. Es obvio que este precepto supone una restricción al principio de autonomía de la voluntad y su vulneración determina la ilicitud de la cláusula. Entienden que la *ratio iuris* del precepto hay que buscarla en la interdicción de los llamados «pactos leoninos» (art. 1.691 CC) y es una consecuencia del derecho mínimo a participar en las ganancias sociales. Resaltan los autores que la novedad no está en lo que dice el precepto, sino en que entraña una extensión de la función calificadora del Registrador Mercantil al que el precepto obliga a calificar la cláusula. Aplauden esta novedad reglamentaria «que se incardina de modo satisfactorio en la peculiar configuración parajurisdiccional de la función registral con finalidad preventiva» (pág. 41). Finalmente distinguen entre las cláusulas que manifiestamente impiden al accionista obtener el valor real, y que no son inscribibles, y aquellas otras que aparentemente, *prima facie*, no menoscaban tal derecho, que son inscribibles, aunque posteriormente su aplicación pueda dar lugar a abusos, sujetos a control judicial.

Aborda la obra seguidamente los SISTEMAS DE FIJACION DE PRECIO. Distinguen los siguientes: sistema de precio convenido entre el beneficiario de la cláusula y el socio transmitente (admisible aunque incompleto si no prevé un sistema subsidiario por si no hay acuerdo), sistema de precio fijo (claramente inadmisibles), sistema del *tantum* o precio proyectado (inscribible si la fórmula consiste en la determinación del precio por referencia a uno convenido entre socio y tercero a pesar del fraude a que podría dar lugar), sistema de precio de readquisición (admisible y que opera con una estructura similar a la del retracto legal) y sistema de precio de remate, que es objeto de un análisis más detallado, en unión del precio en las transmisiones forzosas. En relación a estas últimas se analizan las numerosas resoluciones existentes, resaltando cómo la Dirección General defiende la posibilidad de la interferencia sustantiva con el argumento de la subordinación del proceso al régimen sustantivo de la acción, no pudiendo el Juez dejar de cumplir el contenido estatutario en cuanto configurador del bien del que se despacha la ejecución (pág. 59). Terminan los autores estudiando el problema de las enajenaciones forzosas y precio real, resaltando cómo el sistema de fijación del valor real puede deter-

minar que el precio a recibir por el adjudicatario no coincida con el del remate, resultando perjudicado si este valor real que él ha de recibir es inferior al de remate, y de ahí que la Dirección General (Resolución de 22 de octubre de 1993) parezca rechazar por inadmisibles las cláusulas que hagan temer un precio inferior al de remate por atacar las exigencias del proceso de ejecución forzosa, lo que critican los autores (pág. 63).

El siguiente capítulo del libro aborda el análisis del SISTEMA DE FIJACION REGLADA O ANALITICA DEL PRECIO, que consiste en determinar el precio mediante fórmulas «matemáticas» cuya aplicación mecánica permite conjurar todo riesgo de arbitrariedad. Entienden los autores que estas fórmulas parten de un principio erróneo al no ser posible determinar por adelantado de una manera única y universalmente válida el precio de la acción (o participación). Dentro de estas cláusulas existen algunas claramente inadmisibles por impedir obtener el valor real: Así, por ejemplo, la del valor contable o según balance, reiteradamente rechazada por la Dirección General. De ahí que como ponen de relieve los autores (pág. 73) resulte criticable el artículo 175.2 RRM que permite fijar el precio de reembolso con arreglo al balance en el supuesto que contempla. Analizan otros sistemas dentro de este capítulo, concluyendo que la determinación estatutaria de un sistema reglado entraña dos riesgos, como son la exclusión de otros sistemas más idóneos y no permitir ajustes o correcciones.

Se analizan a continuación los SISTEMAS DE FIJACION DISCRECIONAL (PERICIAL) DEL PRECIO POR EXPERTO/AUDITOR, que, sin duda, constituye el sistema mejor y preferible a todos los demás, proponiendo que en una futura reforma debería configurarse como sistema legal supletorio, como ocurre ya para las transmisiones forzosas o *mortis causa* en el artículo 64 LSA. Señalan los autores cómo debe aclararse que el experto no es árbitro, pues falta un elemento esencial del arbitraje como es la controversia. No obstante, con originalidad, entienden que si se fijase el valor a través de un auténtico proceso arbitral la decisión que pueda emitir el experto denominado «árbitro» tras la observancia (innecesaria) de un procedimiento ajustado a los trámites del arbitraje puede imponerse a las partes no como un laudo, sino como dictamen de experto (pág. 81). Los autores entienden que el experto no es un arbitrador equiparable al tercero del artículo 1.447 CC, pues a diferencia de éste actúa en defensa del interés social subyacente al pacto limitativo de la transmisibilidad.

El experto ha de ser independiente, y de ahí que sean rechazables las cláusulas que confían la fijación del precio a los órganos societarios. Sin embargo, los autores, con apoyo jurisprudencial, defienden la validez de atribuir la fijación del precio a la Junta si se excluye del derecho al voto a los interesados (socios compradores y vendedores).

En relación al procedimiento para la selección del experto, los autores alaban la designación supletoria por el Registrador Mercantil y plantean un interesante problema, como es si es posible atribuir estatutariamente la competencia para designar experto al Registrador Mercantil fuera de los casos expresamente contemplados por la legislación. Entienden, con un criterio que comparto plenamente, que no hay inconveniente alguno, debiendo aplicarse la normativa prevista en los artículos 302 y siguientes RRM. Termina este capítulo analizando la posibilidad de que el nombramiento se haga por el órgano de administración o por la Junta general, admitiendo en principio dicha posibilidad si existe una designación previa con carácter general en la persona de

un auditor (obviamente, una designación voluntaria por tratarse de sociedad no obligada a verificación contable).

El siguiente capítulo estudia lo que denominan el **FACTOR TIEMPO**, analizando los diferentes elementos temporales que inciden en este tipo de cláusulas, como son el plazo de comunicación a los beneficiarios, el plazo para la emisión del informe del experto o auditor (plazo acerca del cual los Estatutos suelen callar) y el plazo que se concede a los beneficiarios para reflexionar. Analizan igualmente los autores la fecha de la valoración y la actualización del valor, entendiendo que la valoración ha de referirse a la fecha en que el socio cedente comunica a la sociedad su propósito de transmitir, admitiendo como razonable que el socio transmitente pueda exigir el interés legal desde la fecha elegida para la valoración hasta el día en que se efectúe el pago efectivo. El capítulo concluye analizando las condiciones de pago y los aplazamientos, entendiendo los autores que si la venta iba a ser con precio aplazado y el beneficiario de la cláusula aplaza igualmente el pago, el transmitente puede exigir que se garantice el aplazamiento a su satisfacción toda vez que no le es indiferente el cambio de deudor. Estudian igualmente el supuesto de que los Estatutos prevean la posibilidad de aplazar el pago aunque el transmitente quisiese vender al contado, distinguiendo diversas posibilidades. Será en todo caso la configuración concreta de cada cláusula la que determine su licitud o no (la doctrina de la Dirección General en este punto, por lo demás, no resulta excesivamente clara).

La frecuencia con que se pactan **CLAUSULAS DE GASTOS Y PENALES** lleva a los autores a dedicar el siguiente capítulo a su examen, distinguiendo dentro de las cláusulas de gastos y honorarios las que se refieren a los gastos del contrato (que deben ser abonados al comprador por el retrayente) y a los honorarios del experto o auditor (entendiendo los autores que no deben admitirse todos aquellos pactos que supongan una merma en el precio a percibir por el socio si éste quedara reducido en un importe inferior al valor real). En relación a las cláusulas penales consideran lícitas su existencia como mecanismo para garantizar el cumplimiento de deberes inherentes a la cláusula limitativa al amparo del artículo 127 LSA, y ello aunque la pena consista en una reducción del precio fijado para la acción, pues ello no entraña mengua del derecho del socio a obtener el valor real, pues la existencia de una decisión legal/arbitral condenatoria previa es suficiente garantía, como ha reconocido la propia Dirección General.

Se analiza a continuación un tema de gran importancia, como es **LA POSIBILIDAD DE REACCION FRENTE A UN PRECIO INJUSTO O INCONVENIENTE, LA REVISION JUDICIAL DE LA VALORACION PERICIAL Y DESISTIMIENTO**. Punto de partida es que la declaración del artículo 123.6 ampara al socio para no tener que pasar por un valor inferior al real. Si la cláusula que determina el precio inícuo es nula, puede demandarse su invalidez, esté o no inscrita. La legitimación para su impugnación deriva del artículo 117.1 LSA. Pero como ponen de relieve los autores, el verdadero problema estriba en cómo atacar la aplicación de una cláusula en principio lícita cuando en el caso concreto dé lugar a un resultado injusto. Los autores estudian el caso más común y problemático, como es la fijación del precio por un tercero experto/auditor. La cuestión puede revestir en la práctica una gran trascendencia. Tras examinar el Derecho Comparado y los antecedentes en nuestra legislación, ponen de relieve cómo el único supuesto en nuestro Derecho positivo vigente que se pronuncia claramente a favor de la posibilidad de revisión judicial del

precio es el artículo 9.2 de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales. Entienden, con algún apoyo jurisprudencial (pág. 120), que la sede más correcta para indagar la posibilidad de revisar el dictamen del experto es el artículo 1.690 CC, admitiendo que el arbitrio del experto debe poder ser impugnado por error manifiesto o sustancial en la pericia, y, así, el dictamen en principio vinculante para las partes puede ser revisado por falta manifiesta de equidad, «entendiéndose que falta manifiesta a la equidad cuando manifiestamente se impide al socio la obtención del valor real» (pág. 122). La competencia para revisar la valoración correspondería al Juez de Primera Instancia.

Dentro de este mismo capítulo se analizan dos cuestiones, como son la valoración de las acciones en el caso de sociedades integradas en algún grupo y el llamado «premio de control». Entienden que tratándose de sociedades pertenecientes a un grupo es necesario tener en cuenta esta circunstancia para una valoración más ajustada al «valor real». En relación a las llamadas «cesiones de control» (transmisiones simultáneas o sucesivas de paquetes de acciones en volumen suficiente para permitir el control unitario y dirección de la sociedad por un sujeto o grupo de sujetos), la cuestión estriba en que el valor en cambio del paquete incluye un sobre-valor que se denomina «prima de la mayoría» o «prima de control». Lógicamente, el problema radica en decidir si para la fijación del valor real deberá tenerse en cuenta dicho plus-valor o no. Los autores entienden que lo más recomendable sería pactar en Estatutos un régimen convencional similar al de las OPAS, y en particular el reconocimiento de derechos de separación a los accionistas minoritarios por precio unitario igual al ofrecido por el que pretende el control (pág. 129). Cuando se no pacta expresamente entienden que la interpretación más conforme con la finalidad de los pactos limitativos y con el principio de igualdad es la que defiende la valoración real sin prima de control.

Termina esta parte del libro con el estudio del ARREPENTIMIENTO, es decir, la paralización por voluntad unilateral del procedimiento de restricción de la transmisibilidad de las acciones. Los autores afirman (pág. 133) que, como regla general, antes de la perfección negocial es pensable la revocación de la oferta, pendiente de aceptación, a menos que estatutariamente o por declaración del cedente se hubiera configurado aquélla como irrevocable. El problema esencial, entonces, es determinar el momento de perfección negocial, lo que no resulta sencillo. Al no existir un modelo único de cláusula cuya naturaleza pueda admitir explicación para todas, dependerá en cada caso de la específica configuración de la concreta cláusula y de la verdadera intención de las partes, analizando los autores diversos supuestos frecuentes en la práctica.

La obra contiene diversos Anexos, el primero de ellos con un resumen de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta julio de 1994; el segundo, con un extracto de las principales sentencias del Tribunal Supremo en este punto, y finalmente la Resolución del Presidente del ICAC por la que se publica la Norma Técnica de Elaboración del Informe Especial en los supuestos establecidos en los artículos 64, 147, 149 y 225 LSA.

Se trata, sin duda, de una obra de gran interés que estudia en profundidad un tema que en la realidad diaria plantea permanentes conflictos. Ayuda a aclarar conceptos y a entender mejor cláusulas que constituyen auténticos enigmas. Los autores han analizado múltiples modelos de Estatutos estudiando la validez o no de muchas de estas cláusulas, buscando soluciones y planteando interrogantes de no fácil solución. Desde luego, resulta de lectura im-

prescindible tanto para aquellos que en su ejercicio profesional han de buscar fórmulas jurídicas para proteger legítimamente los intereses de las sociedades como para aquellos que en nuestra tarea diaria hemos de enfrentarnos con la calificación de estas cláusulas.

MANUEL CASERO MEJÍAS
Registrador de la Propiedad y Mercantil

DÁVILA LANAUSSE, JOSÉ NILO: *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico* (Índice General, vols. 1-55), República Dominicana para San Juan, 1995. 1.078 páginas.

Uno de los grandes y graves problemas que ofrece el Derecho puertorriqueño es, indudablemente, la dificultad de sus fuentes de conocimiento. DÁVILA LANAUSSE lleva dedicada una muy buena parte de su vida luchando contra tal dificultad, pues se ha convertido, por usucapión, en la primera fuente de conocimiento, recopilando todo aquello que en Puerto Rico o fuera de aquí se escribe sobre el Derecho de esta isla.

El ejemplar que ahora recensiono no es sino otra muestra más de su constante esfuerzo. Porque otro de los problemas que ofrecen las revistas es que sirven de muy poco si no se catalogan regularmente. En el mundo actual, quien tenga que consultar una biblioteca y halle frente a sí doscientas o trescientas colecciones de revistas no clasificadas ni fichadas, realmente no encuentra en esa información ayuda alguna; por el contrario, se hallará ante un valladar material y conceptual.

Aunque el Colegio de Abogados publicó en su día un Índice, que se publicó en el volumen 32, hacía falta una actualización.

Y DÁVILA LANAUSSE la ha acometido como se deben hacer estas cosas. Ha conformado un auténtico Índice sistemático dividido en tres partes:

a) *Artículos*: Con enorme originalidad, el ejemplar va insertando la reproducción de la portada de cada revista, seguida de inmediato de los artículos en ella contenidos, perfectamente identificados con el correspondiente número marginal, bien resaltado en **negrita**. Debidamente identificado el nombre del autor y el título correspondiente, inserta DÁVILA un extracto del contenido, seguido en casi todos los artículos de un breve resumen o comentario, lo cual significa que el autor compilador *se ha leído*, si no todos, sí casi todos los artículos indicados. Naturalmente, cada artículo lleva la oportuna referencia del número de revista en que se publicó, identificación inicialmente facilitada mediante la ya aludida inserción de la portada de cada ejemplar.

b) *Autores*: Se remite a cada artículo correspondiente, identificado con el número marginal relativo, numeración ordenada cronológicamente, pues cronológicamente se orquesta el índice de artículos.

c) *Materias*: Con precisión del marginal correspondiente, que remite al artículo. Y debe destacarse que si bien en este tema de clasificación el autor se ve obligado, naturalmente, a mantener los criterios sistemáticos de los números originales (sensiblemente influidos por la catalogación inherente al *common law*, mezcla de técnica y de populachera vulgar), me temo que hay una sensible mejoría original del propio autor que surge precisamente por las contrarreferencias que se insertan, contrarreferencias que facilitan enormemente el manejo.

Una nítida impresión, característica siempre de esta revista, acredita la calidad de Editora Corripio, C. por A., de la hermana República Dominicana. Y para una impresión que emplee siete tipos diversos y dos tintas, las erratas se pueden contar con una mano, y creo que sobran dedos (y esto no lo digo en plan negativo, sino, muy al contrario, con enorme y sincero elogio, pues en trabajos de esta categoría —y yo recuerdo uno que me afecta muy de cerca— las erratas pueden ser contabilizadas por numerosas docenas).

Mi más profundo deseo es que este ejemplar tenga una amplia distribución. Si yo tuviese influencia en el Colegio, le pediría que, junto a los colegiados, hiciese una tirada extra disponible en abundancia para los estudiantes y estudiosos del Derecho, pues a éstos le ha de ser más útil indudablemente.

Y sólo me resta felicitar nuevamente a mi gran amigo José NILO por su dedicación a un trabajo que cuando se hace bien, como él sabe hacerlo, no ofrece brillantez alguna (aunque si mal se hace el impacto es enorme y desgraciado), pero que resulta indispensable, requerido de un esfuerzo regular y constante, y de un estar al día imprescindible; que hasta donde llega mi conocimiento, en Puerto Rico el único que lo ha afrontado decididamente ha sido el autor de este magnífico ejemplar.

Yo tengo alguna idea de qué significa dedicarse a escribir, sean Indices, artículos o libros. Y también tengo experiencia en las consecuencias que ello supone. Y viendo el maravilloso esfuerzo de José NILO, me atrevería a hacerle una propuesta: ¿Por qué, mi querido amigo, nos dejamos de estas labores y, gestión mediadora por delante, intentamos obtener una licencia del Departamento de Hacienda para poner un expendio de bebidas? Creo que el resultado crematístico de nuestro esfuerzo sería mucho más rentable.

Pero como sé que te vas a negar, entonces me limito a decirte: ¡Felicidades! y... ¡¡¡adelante!!!

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS: *Codificación civil y Derecho comparado*. Zavalia, 1994.

En una de las últimas visitas que el autor de esta publicación hace a España, en un intento de corresponder con las muchísimas atenciones que nos brindaron en Córdoba con motivo del acto académico de la Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y su sesión receptiva, invitamos al matrimonio y a Enrique Comer y su mujer a una cena en casa. Mi despacho se ha convertido en «almacén» de libros más que en biblioteca de recreo, lectura y exposición de libros. Montones de libros que ascienden en torre desde el suelo van quitando belleza a los armarios cerrados y están amenazando las estanterías. No obstante, en uno de los salientes hay un atril y una biblia abierta, pues es un ejemplar bonito, aunque la Biblia no creo que deba tenerse abierta, sino abrirla de vez en cuando y leerla. Me había regalado con una cordial dedicatoria el autor la publicación que traigo a recensión, y muy sigilosamente se acercó a la Biblia; vi que la estaba manejando (pido perdón por el término, ya que en Argentina manejar es conducir) y cuando me acerqué me dijo: «¡Fíjate, Jose Mari, qué causalidad que tengas abierta la Biblia en este trozo del *Eclesiastés* 11,1, que utilizo para iniciar el estudio que te brindo!» Tengo la confianza

suficiente con él, y por eso le dije: «Me estás engañando, pues yo esa frase del *Eclesiastés* 11,1 no la conozco: "Echa tu pan sobre las aguas corrientes, que al cabo de mucho tiempo le hallarás"». Se sonrió y desde aquella sonrisa llego a esta recensión.

Si en aquel momento no pude repentizar algo para contestarle, ahora se me viene a la memoria como del *Eclesiastés* y de otros pasajes de la Biblia en su Antiguo Testamento ciertas frases se han convertido en refranes que la gente de mi Castilla querida cita oportunamente. No me extrañaría por ello que al filo de «echar el pan sobre las aguas» haya surgido aquello de «quien siembra recoge» o «el que siembra y cría, tanto gana de noche como de día», y sea preciso llegar a la «Profecía de Oseas» para comprender la otra cara del refrán: «Quien siembra vientos recoge tempestades», o en su versión bíblica: «Sembrarán viento y recogerán torbellinos para su ruina...»

Demuestra el autor en su Prefacio que él halló el pan que arrojó sobre las aguas y ello le permite brindarnos ésta y otras publicaciones. Sustancialmente el libro consta de cinco partes. En la primera se aborda el gran tema de la influencia de los cambios sociales en los ordenamientos jurídicos. En la segunda se abordan temas de la codificación moderna en el ámbito iberoamericano, y las partes tercera a quinta están destinadas al fenómeno de la codificación civil en Argentina, Bolivia y Paraguay. Lleva índices y notas a pie de página.

Ajustándonos a las citadas partes en que se distribuye el trabajo, haremos mención de lo que en cada una se contiene, y singularmente en la primera, en la que el autor brinda un estudio muy original y totalmente desconocido para mí: el Derecho turco.

PRIMERA PARTE: CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO LEGISLATIVO

Creo que el planteamiento del tema lo hace el autor en uno de los primeros pasajes de su introducción al Capítulo I, diciendo que: «Pensemos, sin embargo, que en las ciencias sociales existe la posibilidad de prever; lo que sucede es que esta previsión es diferente a la de las ciencias naturales. En materia social no se prevén hechos, sino tendencias; no se formulan leyes ineludibles, sino que se advierten regularidades. Precisamente esta previsión de tendencias es lo que permite al jurista anticiparse a la producción de ciertos fenómenos sociales, formulando de antemano las normas que han de regularlos». Cito entrecomillas el párrafo, pues en Argentina parece que la Ley de Propiedad Intelectual exige en las citas esta formalidad, cosa que no sucede en la nuestra. Creo que en el término medio está la virtud: cuando se trata de un libro didáctico la «comilla» obstaculiza, mientras que cuando se trate de un libro de investigación —una tesis— la cita necesita comillas y exacta reproducción.

Este párrafo es la esencia que aglutina todo el sentido que mueve la idea del autor en torno a esa influencia social en el Derecho, por ello analiza dos elementos fundamentales: la tradición y los nuevos elementos, junto con los problemas que ofrece la costumbre, la originalidad (cita el derecho de navegación espacial), para terminar con ese conjunto de factores que impiden o retardan el proceso de adaptación: el principio de la seguridad jurídica y la naturaleza permanente de algunas normas.

Quizá toda la filosofía estudiada por el autor pueda ser resumida en aquella definición que deba DEMÓFILO DE BUEN y que a mí siempre me impresionó. Decía este autor que ley o norma «es la forma permanente del mudar».

Especial referencia hace el autor al cambio social y la obra de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, donde se refleja la gran visión de este codificador al tratar de volcar sobre su Código las soluciones adecuadas a su época. MOISSET, que es uno de los grandes conocedores y ponderadores de la obra de VÉLEZ, destaca en breves trazos las aportaciones de este autor en materia de propiedad, derechos reales, las originalidades en materia de derechos de la mujer, el derecho sucesorio entre cónyuges, el de los hijos naturales, la ausencia, etc. No hay que olvidar que el Código es oriundo de la segunda mitad del siglo XIX.

Inevitablemente afronta el problema de la prudencia de los cambios legislativos y de la necesidad de un derecho transitorio. Yo todavía recuerdo aquella frase de CASTÁN: «No es posible que el legislador ni el científico se acojan exclusivamente al principio de la retroactividad o al inverso de la irretroactividad. La absoluta retroactividad de ésta —advierde SIMONCELLI— sería la muerte de la seguridad y de la confianza jurídicas; la absoluta irretroactividad sería la muerte del desenvolvimiento del Derecho».

Particular importancia sobre el estudio que MOISSET hace del «Derecho civil turco» sobre datos recogidos en las clases impartidas por HALID KEMAL ELBIR en un Curso celebrado en la Facultad Internacional de Estrasburgo en el año 1971. Destaco su importancia, pues aparte de los temas del nombre de las personas y el de las personas jurídicas (*vakifs*) al adentrarse en el objeto del derecho y en la constitución y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, señala cómo Turquía acepta el sistema suizo y entiende que el contrato originario (que es la causa de la inscripción) no puede hacerse ante escribano público, sino que exige la presencia del «funcionario del Registro Inmobiliario», pues si no se ha observado esa fórmula no se logrará la ulterior inscripción, y si se logra estará viciada de nulidad. Hace unas citas de antecedentes del Registro Inmobiliario que datan de la época de Solimán el Magnífico y Admed I, para terminar señalando el carácter constitutivo de la inscripción y la coordinación Registro-Catastro.

El estudio abarca otros temas, como el de la propiedad horizontal, las obligaciones, el derecho de familia, las parejas no casadas, el divorcio y el derecho sucesorio. De esta forma —termina el autor— se perfila un nuevo Derecho Civil turco que aunque ha sido vaciado en los moldes de un Código occidental conserva elementos de la milenaria cultura islámica.

SEGUNDA PARTE: CODIFICACIÓN CIVIL

El contenido de esta segunda parte está dividido —a su vez— en otras dos. La primera contiene unas reflexiones sobre el tema que planteó OCTAVIAN IONESCULESCU sobre el contenido que deben tener los libros o títulos preliminares de los Códigos y el destinado a la parte general. La opinión del autor es que los títulos preliminares suelen ocuparse de las leyes, sus efectos e interpretación, su aplicación en el tiempo y en el espacio, mientras que la parte general tiene como contenido los elementos de la relación jurídica: sujetos, objeto y causa.

Sobre la base de un conocido artículo del autor, publicado en la RDP y titulado «Derecho Civil español y americano. Sus influencias recíprocas», del año 1972. En la actual exposición parte el autor del estudio de la codificación española y la influencia que ella realiza en la codificación americana. Como protagonistas de todo ello está el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, las figuras de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS Y EL ESBOCO, ANDRÉS BELLO y DALMACIO

VÉLEZ. Se hace difícil el resumen, pues el estudio está lleno de datos interesantes y difícilmente puede prescindirse de alguno. El autor aboga porque en la evolución de la materia jurídica ningún país permanezca aislado y sean recíprocas las aportaciones e innovaciones. Señala la necesidad de que se incremente el estudio en materias tan importantes como la legislación registral, de la que España ofrece una excelente organización.

TERCERA PARTE: CODIFICACIÓN ARGENTINA

La idea de la que parte el autor en la exposición de esta parte es la que se deduce de la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Es posible la originalidad en una obra jurídica? Y la respuesta es afirmativa, pues para el autor la justicia no cambia como valor, pero cambia en las formas de realización práctica. Yo he dicho —refiriéndome a la Propiedad Intelectual— que las «ideas» son de todos, están en el ámbito común; lo que las diferencia es la forma de su expresión. BENAVENTE, nuestro Premio Nobel, había dicho que entre un hombre y una mujer habían sucedido cuatro o cinco cosas y que la originalidad residía en saber contarlas de forma diferente.

Por eso el autor destaca en un primer término el proceso de codificación española, y singularmente el Proyecto de 1861 de GARCÍA GOYENA, para poner de relieve la influencia sobre la codificación argentina, recordando sin embargo que el Código Civil argentino fue sancionado dos décadas antes de que entrara en vigor el Código Civil español. El Código fue sancionado por el Congreso de la Nación el 25 de septiembre de 1869. Destaca minuciosamente, artículo por artículo, la inspiración y las influencias españolas, para luego profundizar en las costumbres, tradiciones jurídicas y la originalidad en el Código de Vélez. Esta parte culmina con el examen de los últimos cincuenta años del Derecho Civil argentino (1941-1991), donde van exponiendo los diferentes Congresos o intentos de reforma del Código en los años 1927, 1936, 1937, 1954 y 1961, fecha esta última decisiva para el logro en 1968 de la Ley 17.711 vigente y el camino posterior hasta la fecha.

CUARTA PARTE: CODIFICACIÓN BOLIVIANA

La centra el autor en el examen del Código Civil boliviano de familia y, por ello, los temas son el matrimonio, la filiación, la autoridad de los padres y la tutela y la jurisdicción y procedimiento familiares.

QUINTA PARTE: CODIFICACIÓN PARAGUAYA

En el examen de la misma el autor utiliza la comparación del anteproyecto con el viejo Código y con el nuevo, así como la metodología que empleara en el argentino VÉLEZ. Por ello —sin perjuicio de señalar que el mismo carece de una Parte General— destaca las fuentes de inspiración y las novedades introducidas en los cinco libros que va examinando (personas, hechos y actos jurídicos, contratos, cosas y bienes, y sucesión).

Al terminar la lectura del libro y los diferentes estudios que contiene vuelve uno a sentir esa nostalgia de aquellos lugares y costumbres donde siempre

hemos sido recibidos con la cordialidad y el afecto y donde siempre nos han distinguido y valorado. Quizá es que nosotros también supimos echar el pan sobre el agua y lo estamos encontrando.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 606 (Marzo 1995)

- «Leyes estatales, leyes autonómicas, derecho supletorio (A propósito de la primera Sentencia de casación en materia de Derecho Civil valenciano)», por VICENTE GARRIDO MAYOL, pág. 1567.
- «La norma protectora de los terceros en caso de insolvencia de uno de los cónyuges en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (el art. 18.2 de la Ley 8/1993 de Relaciones Patrimoniales entre cónyuges en Cataluña y el art. 1.442 del Código Civil)», por SUSANA NAVAS NAVARRO, pág. 1577.
- «Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito», por ADOLFO AURIOLES MARTÍN, pág. 1611.
- «El procedimiento de *habeas corpus*», por JUAN LUIS MARONDA FRUTOS y M.^a ISABEL TENA FRANCO, pág. 1635.
- «Uniones conyugales de hecho y Constitución (La necesidad de clarificar la contradictoria jurisprudencia constitucional)», por ARTEMI RALLO LOMBARTE, pág. 1759.
- «Consideraciones sobre el derecho al respeto de la correspondencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por ALEXANDRE H. CATALA I BAS, pág. 1973.
- «Tendencias actuales en el proceso civil alemán», por DIETER LEIPOLD, pág. 2029.
- «La compañía aseguradora como parte en el proceso penal y la pensión provisional», por ELOY VELASCO NÚÑEZ, pág. 2045.
- «La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal», por EDUARDO FONT SERRA, pág. 2083.
- «Reglas específicas de Bélgica para transporte en contenedores», por ROBERT H. WIJFFELS, pág. 2189.
- «Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo», por PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, pág. 2195.
- «La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica y electrónica). El régimen del Código de Comercio y el Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera (CMR)», por ANDRÉS RECALDE CASTELLS, pág. 2229.
- «Tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el arrendamiento financiero», por MANUEL PEDRO BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, pág. 2349.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Marzo 1995)

«Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», por FEDERICO J. CANTERO NÚÑEZ, págs. 219 a 224.

«La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la obligación alternativa, con elección correspondiente al deudor», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, págs. 225 a 240.

(Abril 1995)

«Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles», por JAIME SANTOS BRIZ, págs. 315 a 326.

«Consideraciones en torno a la conversión de los negocios jurídicos nulos en sede de teoría general de ineficacia negocial», por GONZALO FERNÁNDEZ-ESPINAR, págs. 327 a 339.

(Mayo 1995)

«El esquema básico de la protección posesoria en el Código Civil español», por JOSÉ M.^º DE LA CUESTA SÁENZ, págs. 427 a 455.

«La posesión con título y la prescripción *contra tabulas* como causas de oposición a la acción real registral», por ANA LÓPEZ FRÍAS, págs. 427 a 455.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 15 (1995)

«Breves notas a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencias de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios», por FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS, págs. 283 a 299.

Núm. 16 (1995)

«Responsabilidad civil médico-sanitaria: Ejercicio y condicionamientos», por JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA, págs. 301 a 315

Núm. 17 (1995)

«La guarda de hecho: Su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», por ELVIRA ALFONSO RODRÍGUEZ, págs. 317 a 331.

Núm. 18 (1995)

«La venta de productos de consumo en entidades financieras», por CARMEN BOLDO RODA, págs. 333 a 343.

Núm. 19 (1995)

«El depósito para recurrir contra la Sentencia de instancia en el juicio verbal civil de tráfico», por JOSÉ LUIS BARRÓN DE BENITO, págs. 345 a 367.

Núm. 20 (1995)

«Los plazos para repudiar la herencia», por ANGELA GALVÁN GALLEGOS, págs. 369 a 397.

Núm. 21 (1995)

«La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de Derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», por JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN, págs. 399 a 450.

Núm. 22 (1995)

«Bancos y fundaciones», por M.^a VICTORIA CALLE RODRÍGUEZ, págs. 451 a 465.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 142 (Marzo-Abril 1995)

«Un caso de exlimitación en la potestad refundidora: la revisión de oficio de acuerdos municipales por subrogación en materia urbanística», por JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, pág. 13.

«La expropiación en el Texto Refundido en la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992», por SILVESTRE MARTÍNEZ GARCÍA, pág. 23.

«La concurrencia y diferenciación de incumplimientos de deberes en el sistema de compensación en relación con la extinción del derecho a urbanizar: sus efectos», por FERNANDO FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, pág. 43.

«Un enfoque positivo del suelo no urbanizable y urbanizable no programado», por VENANCIO GUTIÉRREZ COLOMINA, pág. 63.

- «La publicidad de las normas de los planes urbanísticos, cuestión no resuelta», por FRANCISCO LLISSET BORRELL, pág. 97.
- «La nueva normativa de valoración de los bienes inmuebles en el mercado hipotecario», por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 113.
- «La ejecución de obras públicas sobre zonas de especial protección de aves: el supuesto del embalse de Itoiz», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID Y JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 131.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 (1995)

- «Principis bàsics de la interpretació en el dret civil català (Discurs de recepció com acadèmic d'honor)», por JOAN B. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 359.
- «Contestació», por JOSEP D. GUARDIOLA I CANELA, pág. 371.
- «Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya durant el curs 1993-1994», por ROBERT FOLLIA I CAMPS, pág. 377.
- «El recurs d'empara: algunes notes sobre l'ATC de 19 de setembre de 1994», por ANTONI ROIG I BATALLA, pág. 387.
- «La Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'Arrendaments Urbans, Aspectes generals. Algunes consideracions sobre els arrendaments de vivenda que regula», por TERESA CERVELLO I NADAL, pág. 395.
- «Las disposiciones transitorias de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», por RAMÓN CONTIJOCH PRATDESABA, pág. 417.
- «Aspectes processals de la nova LAU», por MARIUS MIRÓ I GILLI, pág. 467.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 1 (Enero-Junio 1994)

- «La fecha crítica y la cuestión de las Islas Malvinas», por M. G. KOHEN, pág. 7.
- «Embargo y bloqueo aéreo en la práctica reciente del Consejo de Seguridad: del conflicto del Golfo al caso de Libia», por A. G. LÓPEZ MARTÍN, pág. 39.
- «Los efectos de la creación del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español», por F. J. QUEL LÓPEZ, pág. 61.
- «Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho Internacional Privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica», por M.^a P. DOMÍNGUEZ LOZANO, pág. 99.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Núm. 839 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1994)

- «Inconstitucionalidad de las barreras jurisdiccionales mediante el tratamiento tributario discriminatorio de los instrumentos organizados fuera de la ju-

- risdicción local (el caso de la Provincia de Mendoza», por JOSÉ OSVALDO CASAS, pág. 615.
- «Leasing inmobiliario», por MARÍA FERNANDA DAUD y otros, pág. 635.
- «Negocios jurídicos partitivos: su verdadera naturaleza», por MARÍA LUJÁN LALANNE, pág. 663
- «La partición en el proceso sucesorio. (*La convidada de piedra*)», por FERNANDO GABRIEL MASTANDREA, pág. 673.
- «Leasing inmobiliario», por MARÍA NOEL DEVOTO, pág. 687.
- «Fideicomiso inmobiliario», por DÉBORA RUTH ALBOHRI TELIAS y otros, pág. 699.
- «Al rescate del artículo 1.200 del Código Civil», por OCTAVIO E MAINO, pág. 721.
- «Escrituras sin la firma de algún compareciente o sin compareciente. Análisis de su validez y soluciones en su caso», por OSVALDO SOLARI COSTA, pág. 729.
- «¿Se puede inventar la cláusula exhortativa?», por CARGAT, pág. 739.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 194 (Julio-Diciembre 1993)

- «La determinación del precio en la compraventa de pluralidad de cosas», por CARLOS ALVAREZ CID y MARIO ROJAS SEPÚLVEDA, pág. 7.
- «La compensación en materia tributaria», por ELIZABETH EMILFORK SOTO, pág. 41.
- «La evolución del derecho de familia en España», por CARMEN FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 51.
- «Bases y razones geográficas e históricas del federalismo en Chile», por JORGE MARIO QUINZIO FIGUEIREDO, pág. 63.
- «La necesidad de un derecho penal ecológico», por PETER A. SHARP VARGAS, pág. 85.
- «Los derechos humanos y el *apartheid*. II Parte», por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 91.
- «American Depositary Receipts (ADR)», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 139.
- «Régimen tributario de las operaciones de crédito de dinero», por ALEJANDRO DUMAY PEÑA, pág. 149.
- «Historia de una modificación legal (art. 505 CPP)», por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 155.
- «Buscando justicia en el Impuesto a la Renta», por ABUNDIO PÉREZ RODRIGO, pág. 163.
- «Una reflexión sobre el problema de la verdad en la interpretación del Derecho», por JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, pág. 173.
- «Ejecución del advenimiento y la conciliación que disponen la restitución del inmueble arrendado», por JULIO E. SALAS VIVALDI, pág. 179.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Núm. 124 (Mayo 1995)

- «Relevancia del lugar de ejecución del trabajo, en la determinación de la competencia judicial internacional, a través del Convenio de Bruselas», por MARÍA ELENA ZABALO ESCUDERO, pág. 9.
- «La Constitución para la Unión Europea como proyecto normativo y como problema jurídico», por IGNACIO GRANADO HUELMO, pág. 21.
- «El corredor colegiado de Comercio español y la Unión Europea», por ENRIQUE CACHÓN BLANCO, pág. 43.
- «Derecho al nombre y ejercicios de las libertades comunitarias», por MARÍA PILAR DIAGO DIAGO, pág. 51.
- «Liberalización del sector transportes; situación actual», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 61.
- «Infraestructuras: Redes transeuropeas», por JULIÁN GONZÁLEZ CID, pág. 69.
- «La autorización y la licencia comunitaria en el transporte de mercancías por carretera en la modalidad de cabotaje e internacional intracomunitario», por TERESA MARTI AROMIR, pág. 93.
- «Aspectos jurídicos del transporte aéreo en la Unión Europea», por ANTONIO PALOU BRETONES, pág. 105.

