

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIV, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2001



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección
JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DÍAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
JUAN JORDANO BAREA	RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

Pág.

Estudios monográficos

Antonio GORDILLO CAÑAS: «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)»	5
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas»	257

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	369
-------------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000», por Manuel M. ^a Álvarez-Buylla y Ballesteros	387
FERNÁNDEZ VILLA, José: «El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español», por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano	388
ZIMMERMANN, Reinhard: «Estudios de Derecho privado europeo», por Sergio Cámara Lapuente	390

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	399
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Luis FAJARDO LÓPEZ, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ	437
---	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 60,10 €; 10.000 ptas. (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 18,03 €; 3.000 ptas. (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 91 538 21 11
Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIV, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2001

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2001

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ISSN: 0210-301X
NIPO (BOE): 007-01-010-8
NIPO (M. de Justicia): 051-01-005-8
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: *Introducción y planteamiento.* I. *Inscripción y causa: la inscripción como peculiar forma de toma de razón por consignación del extracto jurídico-real del título que acredita el fundamento causal del dato inscrito.* –II. *El valor no constitutivo de la inscripción y su carácter voluntario:* 1.^º El doble par *constitutiva-declarativa y obligatoria-voluntaria*: diferenciación y mutuas implicaciones. Forma de proceder a la vista de ellas. 2.^º La voluntariedad de la inscripción: cómo se la entiende y por qué se la adopta en los momentos fundacionales. La ambigüedad de algunos textos primitivos y su aclaración: la inscripción voluntaria como inscripción no constitutiva pero cuya práctica se impone a modo de carga para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales. 3.^º Algunas precisiones en torno al sistema legal: a) El problema del artículo 313 LH. b) Las consideradas excepciones al criterio general de la voluntariedad de la inscripción y de su función publicadora. Especial consideración del valor de la inscripción en la hipoteca. 4.^º La crítica doctrinal al sistema legal y la propugnación de la inscripción extrínsecamente necesaria o intrínsecamente constitutiva: a) La inscripción extrínsecamente necesaria; inscripción y forma. b) La defensa del carácter intrínsecamente constitutivo de la inscripción en la interpretación del sistema legal vigente: a') La incompatibilidad del sistema del título

* Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 98-1159, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

y el modo con el establecimiento de la publicidad registral: el desplazamiento de la *traditio* por la inscripción. b') La función excepcionalmente constitutiva de la inscripción en el caso de la doble venta (exégesis del art. 1473 CC) y de la adquisición registral *a non domino*. c') La tesis de la inscripción convalidante o conformadora. d') El problema de la llamada «dualidad legislativa»: su revisión y crítica. 5.^º Conclusión: la inscripción registral como publicadora de la realidad inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica. Comparación y juicio sobre su función y valor en nuestro sistema.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Avanzada ya en un trabajo anterior la que, en nuestra opinión, constituye la clave de interpretación y comprensión de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria¹, y después de haber montado desde ella la articulación de los Principios Hipotecarios españoles con las Bases de nuestro Derecho de Cosas²; después también de habernos detenido en el estudio del objeto de la publicidad inmobiliario-registral en nuestro Derecho³, debemos ocuparnos ahora de la inscripción en sí misma, tanto en su dimensión material –como peculiar forma de toma de razón registral–, cuanto en su incidencia en el sistema sustantivo de constitución y transmisión de los derechos reales. Entramos así en una tópica hipotecaria donde el sistema español de publicidad inmobiliaria brilla con luz propia: 1.^º) Ni transcripción ni encasillado, como forma de toma de razón, sino inscripción por extracto del contenido jurídico-real del título, tan concisa y concreta como exigen la claridad del Registro y el principio de especialidad, y tan precisa y detallada como requiere la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales. Es la traducción procedural del causalismo de nuestro sistema transmisor y la más radical negación del principio foráneo del consentimiento formal. 2.^º) Voluntariedad de la inscripción, en atención tanto a la experiencia histórica del fracaso de los anteriores intentos de imponerla obligatoriamente, como a su intrínseca innecesidad para la culminación del proceso de constitución, transmisión o extinción de los derechos reales. 3.^º) Por último, finalidad sólo y

¹ GORDILLO: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, ADC 1994, pp. 21-81.

² GORDILLO: *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: sistema español*, ADC 1995, pp. 527-694.

³ GORDILLO: *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular*, ADC 1998, pp. 423-632.

siempre publicadora de la inscripción, sin que en nuestro Derecho sea posible distinguir, a diferencia de lo que con distintos matices ocurre en los modelos comparados, entre un ámbito general donde la inscripción reviste –confesadamente o no– carácter constitutivo, y otro, también general, donde se limita a cumplir una función sólo declarativa o de mera información general.

Al ocuparnos ahora del valor y caracteres de la inscripción registral nos vamos a situar en un paso intermedio dentro de la continuidad que lleva desde la adopción de un Registro plenamente asegurador del tráfico inmobiliario de buena fe hasta la concreta determinación de los efectos de la inscripción. Una vez decidido que el Registro español de la Propiedad ha de ser un Registro de los hoy llamados de eficacia máxima, ¿cómo se va a articular en su trazado el desarrollo de tal eficacia?; en concreto: ¿qué papel vamos a asignar en nuestro Derecho de Cosas a la publicidad registral, y –más directamente– qué efectos van a seguirse de la práctica de la inscripción?

En la concreta forma de plantear la pregunta anterior va implícito que también su contestación tiene que ser naturalmente concreta: en razón de sus presupuestos tendrá que variar en los distintos sistemas; de ahí que, siendo peculiar el nuestro, peculiar haya de ser en él la respuesta. Tratemos de verlo aunque sea a muy grandes trazos.

En los llamados sistemas germánicos (hoy, principalmente, en el alemán y en el suizo) tanto papel va a asignarse al Registro en las transmisiones inmobiliarias, que, en aras de su finalidad aseguradora del tráfico, abandonado el sistema de título y modo, la inscripción registral va a pasar a ocupar el lugar antes reservado a la *traditio* o entrega de la posesión. Sigue ésta contando en las transmisiones mobiliarias (BGB § 929; ZGB art. 714); en las inmobiliarias es sustituida por la inscripción registral, a la cual deberá preceder el acuerdo transmisivo abstracto (*Einigung*) en Alemania (BGB § 873) o el contrato causal de finalidad traslativa en Suiza (ZGB arts. 657, I; 665, I), de manera que, en ambos sistemas, sin inscripción, ni el acuerdo ni el contrato llegan a consumar el efecto de la transmisión⁴. La práctica de la inscripción se adentra así como codeterminante esencial en el proceso transmisivo. De tal forma queda elevada a «constitutiva» de la mutación jurídico-real, que su necesidad para que ésta se opere permite prescindir de imponerla

⁴ Para el Derecho alemán, cfr., en el *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989, STAUDINGER-ERTL, ad § 873 Rz 1-7; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2.^a Aufl. München 1996, Rz 52. Para el suizo: DESCHENEAUX, Henri: *Le Registre Foncier*, Fribourg. Suisse 1983, pp. 7-8.

como obligatoria⁵. Claro está que lo dicho vale tan solo para las transmisiones negociales *inter vivos* (las mismas que la tradición jurídico-romana sometía al sistema del título y el modo). En las demás, la inscripción tendrá distinto valor: interesando la publicidad registral de todas las titularidades inmobiliarias (sea cual fuere la vía por donde se obtengan) y no jugando en las no estrictamente negociales la inscripción como *constitutiva* de la adquisición, su práctica quedará limitada a jugar una función meramente publicadora que, en contraste con la anterior, se vendrá a llamar «declarativa». Es así cómo en este sistema la inscripción registral, aunque materialmente siempre igual en sí misma, va a pasar a obtener valor diferente y a desempeñar funciones distintas⁶.

Distintas son también las cosas en los sistemas latinos (arquitecto, el francés de la Ley de Transcripción). Teóricamente, la inscripción registral queda en ellos fuera del mecanismo transmisivo, que, por lo demás, tampoco será ya el tradicional del título y el modo sino el que en el *Code* vino a sustituirlo: el puramente consensual (*merus consensus parit proprietatem*). El consentimiento que da vida a la compraventa no se limita a crear obligaciones *inter partes*, sino que llega a operar, por sí solo, la transmisión de la propiedad (arts. 1138, 1583 ...). A partir de este dato, a la inscripción registral no puede quedar más que una función publicadora; rebajada, además, en su eficacia, al ser meramente negativa o preclusiva la de la publicidad que genera el Registro francés. Es verdad que en el caso

⁵ Cfr. en cuanto a la voluntariedad de la inscripción en Alemania, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid 1948, p. 105; para lo mismo en Suiza, SERRANO SERRANO, Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933, nn. 15, pp. 31-32: «La inscripción de la propiedad y derechos reales no es obligatoria en derecho suizo. No se puede citar un artículo en que se imponga esa obligación [...] Sin embargo, el principio de la inscripción viene a reducir a la nada esta voluntariedad». Desde este punto de vista se entiende la observación de SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947, p. 267: «Puede, pues, afirmarse que el carácter necesario o voluntario de la inscripción presupone que ésta se limite a recoger derechos reales ya constituidos; si el derecho ha de nacer exclusivamente en y por el Registro, la inscripción no puede nunca ser voluntaria, ya que si bien es discrecional en el particular practicarla o no, esta voluntariedad tiene un sentido totalmente distinto»; la misma idea puede verse en CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, p. 230.

⁶ Lo que, por la razón indicada, acaba de decirse para el sistema germánico, vale, por motivos y con matices distintos, en el modelo latino, tanto para la inscripción registral francesa, a partir de la reforma de 1955, como para la italiana. Para la primera, en cuanto a la distinción entre transcripciones para oponibilidad y las impuestas obligatoriamente con finalidad de simple información, cfr. MAZEAUD (Henri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.^a ed., Paris 1963, pp. 542-544, 571; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2.^a ed., Paris 1987, pp. 447-451. Para la segunda, FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma 1960, pp. 22-25, distinguiendo el caso normal de las inscripciones con valor declarativo puro frente a las inscripciones creadoras de los que denomina «vínculos de indisponibilidad», que alcanzarían valor constitutivo.

paradigmático de la doble venta, la inscripción va a tener un valor quasi-constitutivo que se compadece mal con la nitidez y efectividad del principio de transmisión consensual, pero, aun así y como afirmación general, en la doctrina francesa se mantendrá que la inscripción registral, aunque necesaria para que lo publicado pueda perjudicar a terceros, carece de valor constitutivo⁷. Sin él, pero interesando que el Registro sea instrumento eficaz para la seguridad del tráfico, en 1955 se la impondrá como obligatoria⁸.

En nuestro Derecho hay elementos de peculiaridad para justificar y sostener una solución diferente. Partiendo de la experiencia histórica del fracaso de la inscripción obligatoria y de la convicción teórica de que es posible compaginar el tradicional sistema del título y el modo con el completo aseguramiento de las adquisiciones e imposiciones de buena fe, se va a desembocar en un ordenamiento registral en el que la inscripción ni tiene que ser constitutiva de la mutación jurídico-real, ni tiene que imponerse coactivamente; bastará el cúmulo de sus beneficios para recomendar su práctica. ¿Cuáles son esos efectos?

Primero, uno: el mismo que provocaba la transcripción francesa: la inscripción evita en todo caso a quien inscribe que le pueda perjudicar o ser opuesto cualquier acto de su *causam dans* generador de un derecho incompatible con el suyo.

Segundo, sobreponiendo ya la limitada eficacia de la transcripción francesa: normalmente desde que se inscribe –excepcionalmente, a partir de los dos años de haberlo hecho (arts. 28 y 207 LH)– el titular registral queda legitimado *erga omnes*, en razón de la inscripción, para ejercitar y hacer valer el derecho inscrito (arts. 35, 38, 41 ... LH).

Tercero: si quien ha inscrito su derecho lo adquirió de quien en el Registro aparecía como su titular, será mantenido en su adquisición aunque este último no fuera legítimo dueño o su titularidad se encontrara amenazada por cualquier causa de resolución o revocación que no constara en el Registro (art. 34 LH).

⁷ Cfr. TROPLONG: *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.^a ed., Paris 1864, p. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir; la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité»; MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 511-512; THÉRY, Philippe: *Sûretés et publicité foncière*, Paris 1988, pp. 385-386.

⁸ MAZEAUD: *op. cit.*, p. 529: «[...] le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: a côté de l'inopposabilité, il a édicté deux sanctions –amende et dommages - intérêts– à l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de “police civile” et aussi fiscale».

En la sucesión de estos efectos puede advertirse la continuidad de una línea que, partiendo del efecto francés de la publicidad registral, logra superarlo integrándolo en otro tan amplio como el propio de los sistemas germánicos, aunque conseguido por vía diferente. La atención que parecía puesta en un primer momento en el adquirente singular que primero inscribe, va inmediatamente a comprobarse centrada en la generalidad ideal de los sucesivos eventuales y ulteriores adquirentes de quien ya tiene inscrito su derecho. Simultáneamente a ello, la inscripción recién practicada va a dejar de ser protagonista exclusiva de su más intensa eficacia, cuya causación tendrá que compartir con la anteriormente existente en favor del disponente. En nuestro Derecho lo interesante no es sólo inscribir, sino hacerlo después de haber adquirido de titular inscrito. Al proyectar el Registro, la atención se ha centrado, más que en el acto aislado de inscribir, en el interés del efecto publicador de la inscripción en cuanto reflejo de la realidad inmobiliaria o generador de su apariencia jurídica. He aquí el fundamento de nuestro original sistema de inscripción no integrada al interno del mecanismo constitutivo o transmisivo de los derechos reales, siempre publicadora, sea cual fuere la naturaleza del hecho o acto causante del derecho publicado⁹, y dejada, por las ventajas que reporta, a su libre práctica por decisión de los interesados. Peculiar sistema de inscripción no constitutiva y voluntaria –a nuestro juicio, muy bien excogitado– que, aunque así reconocido generalmente por nuestra doctrina, no siempre ha sido debidamente apreciado ni exactamente explicado. Sin salir de los límites que impone el tono de este planteamiento, detengámonos un momento en estas últimas afirmaciones.

Hemos comenzado por calificar como «original» a nuestro sistema. Efectivamente lo es, y así lo reconoce la doctrina¹⁰. Pero interesa situar exactamente tal originalidad. No reside, ciertamente –ahí

⁹ Lo destaca, elogiando nuestra Ley Hipotecaria de 1861, ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*, RCDI 1962, p. 603: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jurídicos que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de transcendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte». Recientemente, destaca este aspecto SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Madrid 1996, pp. 444-445, tratando de los títulos registrables en la Ley y el Reglamento de 1861: «En este aspecto la Ley española se distancia de otras legislaciones extranjeras, entre ellas la francesa, porque, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de transcripción de 1855, sólo los títulos *inter vivos* acceden al Registro».

¹⁰ Por todos, CASTRO: *Derecho Civil de España I*, 2.^a ed. Madrid 1949, p. 192: «En la preparación de la ley [hipotecaria] intervino, de modo decisivo, Gómez de la Serna, que supo superar las exageraciones, que en base del principio de la publicidad defendiera Luzuriaga, y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por García Goyena, con la fórmula práctica y original de la protección del tercero».

estaba el modelo francés–, en la negación del valor constitutivo de la inscripción registral. Tampoco en no imponerla obligatoriamente –también en Francia originariamente era voluntaria– . Ni siquiera en atribuirle valor asegurador hasta hacer posible la adquisición *a non domino*: esto, que desde luego no podía encontrarse en el sistema francés de publicidad, constituía el más característico efecto de los Registros «germánicos». Lo realmente original y propio de nuestro sistema de publicidad registral es compaginar la eficacia plenamente aseguradora de la inscripción con su carácter declarativo, o simplemente publicador, y voluntario. Nuestro legislador de 1861 tuvo a la vista los distintos modelos posibles¹¹, y, rechazando tanto la posibilidad de integrar la inscripción en la entraña del proceso transmisivo de los derechos reales¹², como la de imponerla

¹¹ Véase al respecto la relación de «Legislación extranjera» apuesta al comentario al artículo 2 LH por GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I , Madrid 1862, pp. 310-318. Interesantes en el punto que ahora nos interesa, las siguientes palabras del mismo DE LA SERNA (pp. 318-319): «También se encuentra una gran diferencia en los efectos que se dan a la transcripción o inscripción. Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos *en la cosa* se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de inscripción en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y cuasi-tradición, o por la posesión y cuasi-posesión se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos que para la traslación del dominio exigen como requisito indispensable y complementario que se haga la inscripción o transcripción. Esto da por resultado, que ni aun los mismos contrayentes puedan considerar en sus mutuas relaciones como consumados sus contratos de traslación de dominio, aunque les haya sido entregada la cosa, mientras no se llene el requisito de la inscripción, tan esencialmente necesario».

¹² Entre los precedentes citados por GÓMEZ DE LA SERNA: Polonia: Ley sobre los privilegios e hipotecas, de 26 de abril de 1818, 5: «El derecho de disponer de la propiedad inmueble se adquiere por la inscripción del título de adquisición en los registros hipotecarios»; Sajonia: Ley de 6 de noviembre de 1843, 2: «La propiedad civil sobre bienes inmuebles se adquiere por la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios ... 3. De la misma manera se adquieren la hipoteca y los demás derechos reales sobre los inmuebles ... 4. Mientras no se haga la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios, sólo existe un derecho para adquirir la propiedad civil, la hipoteca y los demás derechos reales. 5. Se considera como propietario de un inmueble, y como acreedor hipotecario al que está inscrito en los registros territoriales e hipotecarios...»; Sajonia-Weimar: Ley de 6 de mayo de 1839: «La hipoteca no constituye un derecho sin la inscripción ... Por el contrario, la inscripción basta para constituir el derecho de hipoteca»; Wurtemberg: Ley sobre las hipotecas de 15 de abril de 1825, artículo 2: «No puede constituirse legalmente una hipoteca sin autorización del magistrado y mediante una inscripción en el registro de hipotecas». Austria: Código Civil, artículo 431: «Para que se transfiera la propiedad de los bienes inmuebles es preciso que el acto transmisivo del dominio se inscriba en los registros públicos destinados para este objeto: esta inscripción se llama intabulación»; artículo 445: «Las disposiciones expresadas en este capítulo, y que marcan el modo de adquirir y perder el derecho de propiedad de los bienes inmuebles, es aplicable también a todos los demás derechos relativos a ella»; Badem (Gran Ducado de): Código Civil, artículo 1583: «La venta de un inmueble no se entiende perfecta sino por su inscripción en el registro público de los bienes inmuebles»; Baviera: Ley de 1 de julio de 1822 sobre el derecho de hipoteca, artículo 21: «La hipoteca, como derecho real, se adquiere por la inscripción formal en los registros públicos»; Grecia: Ley de hipotecas de 11 de agosto de 1836, artículo 1: «La hipoteca ... se adquiere por la inscripción

obligatoriamente a modo de condición extrínseca de existencia de la mutación jurídico-real¹³, se decidió por ponerla a disposición de los particulares, dejada a su libre iniciativa pero atribuyéndole una eficacia aseguradora tan intensa como la propia de los que por entonces se venían denominando como sistemas «germánicos»¹⁴.

Afirmada la originalidad del sistema, añadímos que nuestra doctrina generalmente lo reconoce en su genuina fisonomía. En efecto, es típica en el tratamiento de la materia la contraposición entre inscripción constitutiva y declarativa, voluntaria y obligatoria¹⁵; y, desde ella, aunque advirtiendo a veces la posibilidades de ulteriores matices¹⁶, la calificación de nuestra inscripción registral como normalmente¹⁷ declarativa y voluntaria. Ambas notas, señaladamente la primera, se entienden negativamente o por oposición a su contraria. Declarativa se considera la inscripción

en el registro establecido en esta ley»; Lucerna (Cantón suizo de): Código Civil, artículo 291: «El traspaso de un inmueble se verifica por el aviso dado a la autoridad municipal del lugar en que se halle situado y por la transcripción en los registros públicos...».

¹³ Entre los precedentes citados por GÓMEZ DE LA SERNA: Baviera del Rhin: Proyecto de Ley de 24 de abril de 1834, artículo 1. «Todo acto de venta de propiedad, constitución de usufructo o anticresis debe verificarse por un documento auténtico, y transcribirse en el Registro destinado para las traslaciones de dominio. Si no se verifica la transcripción, no existirá transmisión, y sólo habrá lugar a reclamar la indemnización de daños y perjuicios...»; Ginebra (Cantón suizo de): Proyecto de ley acerca de la adquisición, conservación y publicidad de los derechos reales sobre los inmuebles, de diciembre de 1827, artículo 1. «Ningún derecho real sobre bienes inmuebles situados en el Cantón se considerará como tal si no se hace público en la forma prescrita por la ley»; Holanda: Código Civil, artículo 1224: «La hipoteca se inscribirá en los registros públicos especiales para ella. Sin esta inscripción no tendrá valor alguno, y el crédito que asegure sólo será de igual consideración a los constituidos en simple escritura pública».

¹⁴ A la originalidad o peculiaridad de nuestro sistema registral, tanto en el momento de su instauración como en la perspectiva actual, nos referimos con mayor amplitud en nuestro trabajo: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico ...*, cit., pp. esp., 21-29.

¹⁵ Cfr., e.c., ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 7.^a ed. Madrid 1979, pp. 196-199 y 263-266; DE CASSO, Ignacio: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid 1951, pp. 140-144; Cossío: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona 1956 (hay ed. revisada y puesta al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, Madrid 1986), p. 165; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 127-128; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, 4.^a ed. Madrid 1995, pp. 424-427; CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1989, pp. 224-232.

¹⁶ CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, pp. 224-225: «Dentro de la inscripción constitutiva, cabe distinguir entre la que se ha llamado absoluta o sustantiva (sistema australiano y algunas viejas legislaciones germanas) y la denominada relativa (sistemas alemán y suizo). A su vez, dentro de la inscripción declarativa debe incluirse la que se ha llamado inscripción convalidante (conformativa o inmunizante), la cual, aun partiendo de la constitución extraregistral de los derechos, no se limita a la mera publicidad y ratificación de las titularidades reales, sino que las dota de una eficacia especial ...».

¹⁷ «Normalmente», decimos, porque, como veremos más adelante, también es lugar común en nuestra doctrina la afirmación –no siempre con igual fundamento en la ley– de que hay supuestos en que, excepcionalmente, la inscripción reviste carácter constitutivo o se impone como obligatoria.

que queda fuera del proceso de constitución del derecho o de la mutación jurídico-real que a través de ella se publica¹⁸; voluntaria, aquella cuya práctica, supuesta su innecesariedad para la producción del efecto a publicar, tampoco se impone coactivamente. Nosotros, aceptando en lo sustancial sin reserva alguna esta forma común de proceder, y sin pretender descalificar la terminología comúnmente empleada, preferimos el término *publicadora* para indicar la denominada función *declarativa* de la inscripción registral¹⁹. Nos parece evidente que la función del Registro de la Propiedad no es exactamente la muy genérica de declarar derechos, sino, mucho más propia y específicamente, la de publicarlos; esto es: la de poner su conocimiento al alcance de cualquier interesado en obtenerlo o, como a veces se dice²⁰, darles cognoscibilidad legal²¹.

Por fin, tras la afirmación de la originalidad de nuestro sistema y de su reconocimiento en nuestra común doctrina, terminábamos advirtiendo que no siempre ha sido debidamente apreciado ni exactamente explicado por ésta. No es necesario que nos detengamos en la referencia ordenada y completa de los testimonios que, a nuestro

¹⁸ Una matización reciente a esta forma común de entender la inscripción declarativa, en PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales*, RCDI 1994, p. 2196: «Declarativa no quiere decir sólo –como muchas veces se afirma– que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho real respecto de terceros». Con anterioridad a esta matización, NAVARRO AZPEITIA: *Títulos e inscripciones*, AAMN 1965, p. 551, había calificado nuestra publicidad, por tanto, también, la inscripción que la produce, como «declarativa calificada, o reforzadora», porque, «la inscripción no sólo recoge, publica y declara lo nacido o constituido en el título inscribible, sino que lo confirma, corrobora o refuerza, haciéndole ganar estabilidad, y dándole cognoscibilidad legal, con una firmeza y una fijeza frente a todos, y en beneficio de los favorecidos por la inscripción, que por la publicidad personal y directa no podrían lograrse frente a extraños, contratantes de buena fe»; más adelante, p. 566, hablará de «publicidad declarativa calificada y hasta constitutiva, en el sentido y alcance antes explicado».

¹⁹ En sentido parecido, PAU PEDRÓN: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid 1996, p. 79: «El sistema español es de inscripción publicitaria o declarativa». En la doctrina italiana, con alguna diferencia de matiz, también FERRI, L.: *op. cit.*, p. 10, manifiesta sus reparos en cuanto al empleo de la común expresión «publicidad declarativa»: «Noi prefiriamo parlare di pubblicità pura anzichè di pubblicità dichiarativa per non dare adito al dubbio che la pubblicità costituiscia, come è stato affermato, una dichiarazione di scienza. La pubblicità non è dichiarazione di scienza in quanto il pubblico ufficiale non esprime un pensiero, ma, come è stato giustamente rilevato, si limita a far tramite ad una dichiarazione altrui, e cioè riproduce e raccoglie quanto altri dichiarano».

²⁰ Así, PUGLIATTI, S.: *La trascrizione*, Tratt. CICU-MESSINEO XIV, II (1989) Milano, pp., e.c., 91-92, 183-184 ...

²¹ Esto basta para que, superada la dificultad que plantea DÍEZ-PICAZO [*op. cit.*, pp. 293-294]: «La dificultad más grave que a nuestro juicio plantea el sistema de registro respecto de una verdadera publicidad es que la publicidad se facilita, pero no pasa de ser una cabal ficción. La información se almacena y se permite el acceso a ella. Pero eso no significa que los hechos sean en verdad conocidos. Para serlo es preciso que los interesados exijan la información»], pueda entenderse cumplida a plena satisfacción la finalidad propia del Registro de la Propiedad.

juicio, fundamentan esta advertencia. Baste recordar cómo en el planteamiento doctrinal se entrecruzan, a veces, las perspectivas o se llega a la identificación o confusión del problema acerca del carácter constitutivo o no constitutivo de la inscripción con el de su imposición como obligatoria²², o cómo, en ocasiones, se abomina del sistema legalmente adoptado de inscripción voluntaria²³ y no constitutiva²⁴. Nos parece que no queda éste reflejado exactamente ni con plena nitidez cuando se le presenta bajo la fórmula un tanto

²² La confusión, como veremos en su momento, arranca de lejos. Por ahora será suficiente presentar algunos exponentes. Así, OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 583: «Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido, atendido el principio de la nueva Ley, según el cual las obligaciones que nacen de aquellos no se alteran por dicha omisión en cuanto a los otorgantes. Porque, ¿qué importa al dueño de una finca [...] que no se declare la nulidad de los actos o contratos en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba [...], y si [...] se expone a perderlos definitivamente en el caso [...] de que un tercero se anticipa a inscribir [...]?»; CAMPUZANO Y HORMA, Fernando: *Elementos de Derecho Hipotecario*, I, 2.^a ed. Madrid 1931, pp. 82-83: «La inscripción no debe ser ni voluntaria ni forzosa [...] debe ser necesaria para la validez de esos actos [...] porque los actos y contratos inmobiliarios deben revestirse de formas externas que los hagan visibles [...] bajo pena de nulidad del acto o contrato a que se refiere»; GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid 1941, p. 64: «De toda la labor doctrinal, puede recogerse una casi absoluta unanimidad de opiniones sobre los daños que ocasiona el principio de voluntariedad de la inscripción y la conveniencia de hacerla forzosa: forzosa no en el sentido de que haya de inscribirse coactivamente o de oficio, sino de que la inscripción sea necesaria para la vida del derecho real sobre los inmuebles»; DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1975, p. 87: «[...] la primera opción con que el legislador se enfrenta cuando trata de reglamentar la publicidad registral es la siguiente: o establecer la obligatoriedad de la toma de razón o inscripción de los datos registrables, o por el contrario dejar a la voluntad de los interesados la decisión de inscribir. De acuerdo con la primera fórmula, el ordenamiento jurídico que la adoptase negaría toda validez a los actos jurídicos que no hubiesen tenido la oportuna publicidad mediante la inscripción registral»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid 1986, p. 102: «La inscripción es un instrumento de seguridad para el adquirente, pero no un requisito constitutivo de los derechos. Por eso se dice que la inscripción en el registro es voluntaria».

²³ DE CASSO: *op. cit.*, p. 65: «Sin embargo, en la práctica, la ley [se refiere a la LH de 1861] no respondió al propósito de sus eminentes redactores, tanto por haber sido declarada voluntaria la inscripción –sin duda por motivos en aquella época atendibles–, como por la inexistencia de un buen Catastro del suelo español»; ID., p. 67: «a) Voluntariedad de la inscripción. Error inicial lamentable, que, como veremos, aún perdura [...]».

²⁴ Conocida es la enemiga de GONZÁLEZ MARTÍNEZ (cfr. *Principios Hipotecarios*, Madrid 1931, pp. 19-142) al sistema del título y el modo y sus esfuerzos por desplazarlo en nuestro Derecho por el principio de inscripción; también conocidas son las palabras de CASSO: *op. cit.*, p. 65, calificando nuestro sistema como «híbrido anticientífico» porque, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y especialidad germánicas, rechaza la necesidad de la inscripción para la eficacia de los derechos reales. Con anterioridad a ellos, MORELL: *op. cit.*, pp. 350-352, se había pronunciado en favor de la inscripción constitutiva («[...] la inscripción, por su propia naturaleza, debe ser considerada como el único modo de adquirir, de conservar y de perder el dominio de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituido sobre los mismos»). La más reciente propugnación de la misma puede verse como tema central en el trabajo de PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ... cit.* Más templadamente, señalando las ventajas de la inscripción constitutiva: COSSÍO: *op. cit.*, p. 164; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 424.

híbrida de la inscripción convalidante²⁵ o conformadora, configura-dora o cuasiconstitutiva²⁶, pero lo que consideramos más preocu-pante es que, con alguna frecuencia, se llegue a afirmar que en la regulación del artículo 1473 CC se concede a la inscripción regis-tral valor constitutivo²⁷, o , más generalmente, que dicho valor le vendría siempre dado en cuanto que de ella se hace depender la oponibilidad del derecho real a los terceros²⁸. En definitiva: que no son conciliables entre sí el viejo sistema transmisivo del título y el modo y un buen y moderno sistema de publicidad registral²⁹.

²⁵ Cfr., sobre todo, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I*, cit., pp. 238-247; para su crí-tica, ROCA SASTRE *op. cit.*, pp. 214-219.

²⁶ Así, GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I. Madrid 1988, pp. 557-607.

²⁷ *Vid.*, e.c., MORELL: *op. cit.*, p. 132; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, Sistemas y Fuentes)*, Madrid 1924, pp. 320-321; VILLARES PICO: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI 1949, p. 316; PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción ...*, cit., pp. 2197-2198.

²⁸ Llama la atención la frecuencia con que esta idea asoma en CÁRDENAS: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, RGLJ, 1871, (XXXVIII). *Vid.*, en efecto, pp. 148: «Por último, destinado principalmente el Registro a dar el carácter y la fuerza de reales a los derechos que en él se consignan ...», 149: «... pero la Ley hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre los bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero ...», y 150: «... Sin embargo, no ha faltado quien criti-que a la Ley por retroactiva, en cuanto ponía a los propietarios en la necesidad de inscribir sus fincas para mantener la *realidad de sus derechos*» (cva. del a.). Posteriormente, y ya forzando el sistema, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principio de inscripción*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil», I, Madrid 1948, p. 375: «Pero nos basta en el actual momento con dar una fórmula general que oriente al lector. La inscripción completa o declara la existencia y características de una situación jurídica de naturaleza real o asimila-ble, cuyo objeto mediato es una finca. Es, por lo tanto, un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo, para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los dere-chos reales sobre inmuebles»; CASSO: *op. cit.*, p. 21: «Pero conviene hacer notar que, si lo típico del derecho real es que su titular esté asistido de una *acción real* o ejecutiva directamente *re*—en la cosa sobre la que el derecho real recae—, hay que concluir que, en casi todos los sistemas de Registro, y desde luego en el nuestro, la acción real *erga omnes* y aun muchas veces *inter partes*, sólo nace de la inscripción registral. Por ello, en la vida del llamado derecho real la *publicidad* del Registro tiene siempre un valor en cierto modo *consti-tutivo* del mismo, o, al menos, de la acción real que lo caracteriza» (cva. del a.).

²⁹ La cuestión fue ya suscitada por AZCÁRATE en la discusión parlamentaria del Código Civil (Cfr. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, II, p. 1674): «Señores, este es un verdadero galimatías; y prueba el modo como se ha hecho el Código, que este artículo último que he leído está tomado, si no me equivoco, del Código argentino, en el cual está muy en su lugar, porque una de las singularidades de aquel Código es que no admite el Registro de la propiedad. Pero, señores, habiendo hoy el régimen hipotecario, ¿se puede decir que la propiedad se transmite por la tradición? Pues no conocéis que sólo con estar inscrita en el Registro se transmite? Pues entonces, ¿a qué ese formalismo, que tiene su razón de ser en el Derecho romano, pero no dentro de nuestro régimen hipotecario? Quizá esté yo ofuscado, porque veo que el Sr. Gamazo hace signos de sorpresa al oír mis observa-ciones, es posible que lo esté y S.S. lo aclarará [...]. Posteriormente, e.c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado 'principio del consentimiento'*, «Estu-dios ...» I, cit. p. 320, y, señaladamente, DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 625 y ss., esp., 632-633, 637 y 642.

Desde la determinación del sistema transmisor y la interferencia de la inscripción registral en él, hemos llegado al mismo corazón del concepto del derecho real. En la fidelidad a tal concepto podemos encontrar la clave para superar las reservas antes referidas y defender la solidez y corrección del edificio sobre él cimentado y elevado por nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad registral inmobiliaria³⁰. El derecho real, en cuanto poder inmediato y directo en la cosa, es posible a partir de la entrega, y desde entonces es *por sí mismo*, o naturalmente, oponible *erga omnes*. La oponibilidad, por tanto, no adviene extrínsecamente al derecho real como una concesión graciosa de la publicidad registral. Otra cosa es, naturalmente, que cuando la publicidad se omite y el tercero interesado desconoce inculpablemente la existencia del derecho real, no pueda éste perjudicarle. Esto, que se limita a ser una muy razonable y justificada medida de protección de la buena fe de los terceros, no llega a privar al derecho real de su natural oponibilidad, ni a elevar la publicidad registral a ingrediente constitutivo del derecho real publicado. Por ello es perfectamente comprensible la posibilidad de un sistema de transmisión de los derechos reales en el que el Registro de la Propiedad quede completamente al margen³¹, y, *eo ipso*, la configuración de un Registro que, justamente en razón de su propia vocación, sea tan

³⁰ Así, «proclamando las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española de 1861», ROCA SASTRE: *Transcendencia ...*, cit., p. 604: «Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fue adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción *constitutiva* como tampoco la de tipo *obligatorio* o *forzoso*. Ningún atisbo de inscripción constitutiva cabe observar en dicha Ley, como tampoco se descubre en ella rastro alguno de inscripción *obligatoria* o coactiva, ni siquiera en materia de hipotecas legales. Ha sido posteriormente cuando han aparecido esporádicamente casos de inscripción constitutiva como en las hipotecas por obra de nuestro Código Civil, y también por disposiciones singulares, han tomado cuerpo casos de inscripción obligatoria».

³¹ La idea aparece en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 a propósito del rechazo de la inscripción obligatoria o necesaria: para valorar la transmisión *inter partes* no debe contar la formalidad de la inscripción: «La comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de condición mejor el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador fortalecerla, en cuanto alcance. Por eso no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes» (p. 236 en la edición del ICN DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I. Madrid 1974). No se atienden, a nuestro juicio, a este punto de vista las siguientes palabras de DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 369: «En nuestro Derecho positivo –esto es para nosotros algo tan natural que no siempre nos damos suficientemente cuenta de ello– la inscripción es siempre el trámite final de un supuesto complejo de formación sucesiva que determina la mutación jurídico-real. Los artículos 1 y 2 LH son en este punto claros y terminantes».

solo publicador³²: esto es, cuya exclusiva función consista en vehicular la absolutividad u oponibilidad natural de los derechos reales a los terceros que no tengan *aliunde* conocimiento de su existencia, permaneciendo ajeno, en consecuencia, a la constitución de tales derechos reales y a la efectividad de su transmisión cuando ésta se calibra *inter partes*³³ o sus efectos se proyectan hacia terceros conocedores³⁴. Esta consideración, unida a la de que, aunque la protección del tráfico de buena fe se considere medida de orden público, no afecta a éste la diligencia que los particulares pongan en la efectividad y conservación de sus derechos, es la que da razón de nuestro sistema de inscripción publicadora y voluntaria. Por ninguno de los dos modos posibles se llega en él a la inscripción constitutiva: ni mediante la integración de ésta en el proceso transmisor, a modo de *cuasi-traditio*, ni mediante la imposición de su práctica a modo de *conditio juris* para el reconocimiento en Derecho de la realidad de su adquisición.

Esta es la materia que, como relativa al carácter y valor de la inscripción, ha de ocuparnos en este trabajo. Ahora bien, unida a ella –y por pertenecer también al ámbito problemático de la interferencia de la inscripción en el proceso transmisor– suele tratarse doctrinalmente la atinente a la relación entre inscripción y causa. También de esta última nos vamos a ocupar, dándole prioridad sobre la otra por conec-

³² Cfr. FERRI, L.: *Trascrizione immobiliare*, cit., p. 5: «Il negozio giuridico produce tutti i suoi effetti anche senza e prima della trascrizione [...] la trascrizione interviene a segnalare, cioè a rendere pubblico, un trasferimento già verificatosi. E tutto ciò è logico. La trascrizione rende pubblico qualcosa, perciò non si identifica né si confonde con ciò che rende pubblico. C'è un dualismo ineliminabile fra la trascrizione e l'oggetto di essa. Questa separazione o distinzione viene a cadere solo quando si perde il concetto genuino di pubblicità. Quando la pubblicità diventa come avviene nel diritto germanico, un elemento costitutivo del negozio di trasferimento [...] cessa di essere vera pubblicità. Essa diventa un modo di acquisto della proprietà».

³³ SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Ya hemos visto en los Motivos generales de la Ley expuestos por la Comisión de Codificación [...] que la falta de inscripción en nada cambia los derechos y obligaciones de los contrayentes, sino que sus efectos se limitan a evitar perjuicios a aquellos que no hayan sido parte en el contrato o acto que dejó de inscribirse. [...] Ni podía ser de otra manera, atendiendo a que no tiene por objeto la Ley salvar los derechos de los contrayentes, sino sólo el de los terceros, que son los que necesitan protección para que siendo público y conocido el estado de la propiedad, queden, en el caso de adquirirla, o de prestar sobre ella, completamente libres de toda carga que no aparezca en el registro»; ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945, pp. 130-131: «En efecto, nuestra Ley Hipotecaria no hace sino atender a los intereses del tercero [...]. En este sentido pudo haber adoptado la postura radical de no reconocer validez a la transmisión sin inscripción; en lugar de ello optó por determinar que sin ésta no tendrá validez la transferencia frente a terceros, pero si la tendrá entre las partes si la tradición se ha realizado. Tal fue la postura de la Ley Hipotecaria de 1861, confirmada por el artículo 1473 del Código Civil para el caso de doble venta sucesiva».

³⁴ CÁRDENAS: *Memoria* ..., cit., Apéndice XVIII, p. 530: «La Ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán por ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos».

tar más directamente con la materia tratada en nuestro anterior trabajo sobre el objeto de la publicidad registral. Estudiaremos, así, en primer lugar la relación entre inscripción y causa; seguidamente negaremos a la inscripción registral valor extrínsecamente constitutivo, en tanto que nuestro legislador no impone su práctica como presupuesto para el reconocimiento de los derechos reales inmobiliarios; a continuación le negaremos valor intrínsecamente constitutivo, en tanto que nuestro legislador no la aupó a co-determinante de la transmisión, y, finalmente, defenderemos el valor de la inscripción como elemento meramente publicador, cuando coincide con la realidad, y conformador de apariencia jurídica cuando de ella discrepa.

I. INSCRIPCIÓN Y CAUSA: LA INSCRIPCIÓN COMO PECULIAR FORMA DE TOMA DE RAZÓN POR CONSIGNACIÓN DEL EXTRACTO JURÍDICO-REAL DEL TÍTULO QUE ACREDITA EL FUNDAMENTO CAUSAL DEL DATO INSCRITO

En completa oposición con lo que en el modelo germánico impone en principio del consentimiento³⁵, nuestro Registro de la Propiedad es, materialmente hablando, un Registro de títulos. En él se inscribe o registra el documento que, en su dimensión formal

³⁵ Rizando el rizo de la transmisión abstracta, en Alemania se distingue entre un consentimiento material, referido al acuerdo real abstracto (*Einigungsgrundsatz, materielles Konsensprinzip*) y un consentimiento formal (*Eintragungsbewilligung*), consistente en la declaración por la que el interesado autoriza unilateralmente la práctica de un asiento que modifica su situación tabular. A veces este segundo consentimiento, que también se considera negocio abstracto, es suficiente para la toma de razón registral. Para la distinción entre consentimiento material y formal, Cfr. STAUDINGER-ERTL, cit., § 873, Rz 118: «... *Einigung und Bewilligung sind zwei selbständige Rechtsakte*. Ihr Wesenunterschied darin besteht, daß in der Einigung der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet ist, während mit der Bewilligung der Betroffene einseitig eine seine Grundbuchposition beeinträchtigende Eintragung gestattet. Einigung und Bewilligung können aber in den gleichen Erklärungen der Beteiligten enthalten sein, erscheinen dann außerlich als Einheit, sind aber in Wirklichkeit ein Doppelatbestand, der in seine beiden Bestandteile Einigung und Bewilligung zerlegt und getrennt werden muß»; Id. Rz 124: «Die Wesenunterschiede sind nahezu lückenlos geklärt. *Die Einigung ist eine materielle Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung, die Bewilligung eine formelle Voraussetzung der Grunsbucheintragung*. Die Einigung ist im BGB (§ 873), die Bewilligung in der GBÖ (§ 19) geregelt. In der Einigung ist der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet, in der Bewilligung auf die Gestattung der Eintragungstätigkeit des GBAMts. Empfänger der Einigungserklärung ist ‘der andere Teil’ (§ 873), Adressat der Bewilligung das GBAMt. Die Bewilligung muß der Eintragung vorausgehen, die Einigung kann ihr nachfolgen. Die Einigung ist idR formlos, die Bewilligung formgebunden (§ 29 GBÖ). Von Ausnahmen abgesehen kann die Einigung bedingt oder befristet erklärt werden, die Bewilligung nicht. Fehlt die Einigung, so wird sie durch die Bewilligung nicht ersetzt, fehlt die Bewilligung oder weicht sie von der Einigung ab, so ist die Eintragung trotzdem wirksam. Bei fehlender Einigung kann die Eintragung unrichtig sein (§ 894), bei fehlender Bewilligung nicht. Sind die Erklärungen über die Einigung und Bewilligung äußerlich eine Einheit, was zulässig ist

(art. 3 LH), acredita la existencia del derecho a publicar, y simultáneamente –en su contenido material o sustantivo– fundamenta la concreta razón de ser de su existencia (arts. 1 y 2 LH). En la perspectiva de los tres primeros artículos de la Ley Hipotecaria los dos significados, material y formal, de la palabra «título» aparecen reducidos a unidad, formando bloque en el documento inscribible. Actos y contratos (art. 1 y art. 2, 3.^º) y títulos (art. 2, 1.^º, 2.^º y 6.^º) son expresiones sinónimas por las que se designa la *causa juris* del dato jurídico-real a inscribir, y es esta causa la que integra el contenido del documento inscribible. Lo hemos visto en Gómez de la Serna: por título se entiende «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene en alguna cosa inmueble»³⁶.

Acumulación, pues, de los dos significados del término «título» cuando se habla del título inscribible, pero no identidad ni coincidencia entre ellos. Identidad, no, obviamente, porque no es lo mismo el acto o contrato fundamental (título en el sistema del *título y el modo*) que el documento que lo acoge y manifiesta. Tampoco coincidencia, porque, a diferencia de la transcripción francesa, nuestra inscripción no traslada al Registro la integridad del documento que deja constancia del contrato, sino el extracto de su contenido jurídico-real.

Lo dicho basta para explicar –y más aún que para explicarla, para iluminarla hasta su completo esclarecimiento– la cuestión suscitada en nuestra doctrina acerca de la relación entre inscripción y causa; cuestión implanteable en el sistema francés de transcripción de títulos y en los sistemas alemán y suizo de inscripción, directa y separadamente, de derechos sobre la base del acuerdo o voluntad de inscripción o del mero consentimiento formal a la misma³⁷. Es en nuestro sistema donde, al inscribirse el derecho recogiendo en

und in der Praxis häufig vorkommt, muß diese scheinbare Erklärungseinheit durch Auslegung in ihre Einzelbestandteile ‚Einigung‘ und ‚Bewilligung‘ zerlegt und dann rechtlich getrennt beurteilt werden». *Vid.* también, WOLFF: *op. cit.* pp. 187-192. En nuestra doctrina y para nuestro Derecho sólo defendió el principio del consentimiento («corajudamente», dice GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 28) don Jerónimo GONZÁLEZ: *El principio del consentimiento*, «Estudios...» *op. cit.*, pp. 406 y ss.

³⁶ SERNA: *op. cit.*, p. 250.

³⁷ Para el sistema alemán de toma de razón, cfr., los §§ 13 y ss. de la Ordenanza alemana del Registro, especialmente los 19 (Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird) y 20 (Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung. Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist»); para el suizo, el artículo 963, I y II del ZGB: «Die Eintragungen erfolgen auf Grung einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht. Keiner Erklärung bedarf es, wenn der Erwerber sich auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag».

extracto el contenido del documento en que se consigna el acto o contrato que lo fundamenta, puede plantearse el problema de si es o no necesario que la inscripción, al acoger y dar publicidad al efecto jurídico-real operado, manifieste también la causa que lo sustenta. Claro está que dicho problema ni siquiera llegaría a suscitarse si en su planteamiento el término «causa» se entiende como expresivo del *título* que en el sistema de transmisión causal fundamenta el efecto real coproducido por él mismo en concurrencia con el *modo*. Es por demás evidente que lo que recoge el documento inscribible en nuestro Registro de la Propiedad es el *título* o *causa* de la mutación jurídico-real que se desea publicar. Cuando se plantea la relación entre inscripción y causa se parte de una consideración más limitada de ésta: la que, en su perspectiva obligacional, la reduce a uno de los elementos de existencia y eficacia del contrato (art. 1261, 3.^º CC). Supuesto el contrato transmisor, se pregunta: ¿es necesario que la inscripción recoja y manifieste su causa? La unidad de la causa como realidad integral y la mutua intercomunicación de sus distintos términos de referencia –el contrato, la obligación y la atribución patrimonial o entrega– deberían ser bastante para evitar como ociosa la cuestión planteada. Con todo, nuestra doctrina la ha suscitado, y no siempre para derivar su solución, con criterio rotundo y certero, del causalismo inspirador de nuestro sistema contractual, transmisor y registral³⁸.

No han faltado, desde luego, entre nuestros autores quienes, efectivamente, partiendo del indicado principio causalista, hayan concluido la imposibilidad de separar la inscripción respecto de la causa del acto y del derecho inscrito y de permitir que la toma de razón registral pueda llevarse a cabo en nuestro Derecho omitiéndola o silenciándola³⁹. Sin embargo, no ha sido esta opinión, ni la

³⁸ A él se refiere la E. M. de la Ley de Reforma de 30-12-44 para justificar la no incorporación de la deuda territorial a nuestra legislación: «Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente».

³⁹ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, p. 132: «Como cuestión residual se plantea la concerniente a si es *inscribible* en nuestro Registro de la Propiedad el acuerdo o consentimiento transmisor sin referencia alguna a causa o convenio causal, que, por supuesto, se considera existente y válido. Nosotros entendemos que aunque, en general, siempre los títulos que contienen actos sujetos a inscripción expresan su causa, en el supuesto de presentarse alguno que no la exprese no sería susceptible de inscripción, pues el *título inscribible*, en nuestro sistema, cuando el acto que contiene es de transmisión o implica una mutación jurídico-real o desplazamiento patrimonial sujeto a los artículos 609, 2, y 1095, debe expresar el contrato de finalidad traslativa y, de acuerdo con el artículo 1462, 2, todos del Código Civil, de la misma escritura no ha de resultar o no ser deducible que las partes contratantes no quieren que el otorgamiento mismo de la escritura equivalga a la tradición» [subs. del a.]; Cossío: *op. cit.*, p. 93: «En cuanto en el sistema hipotecario español, que rechaza la inscripción abstracta del dominio y los demás derechos reales, el objeto de la inscripción no es

única manifestada en nuestra doctrina, ni la que, cuando básicamente se la admite, se haya considerado siempre como la que contiene la

tanto la relación jurídica real en sí misma como el acto jurídico que la produce, modifica o extingue, es decir, la causa jurídica del derecho real, la ley no nos ofrece una relación de los derechos inscribibles, sino tan sólo una enumeración de los actos y contratos susceptibles de inscripción»; ID, p. 176: «El problema se plantea, aunque otra cosa pudiera pensarse, en términos distintos que en el Derecho alemán. En éste, como es sabido, inscripción y acuerdo formal, aparecen abstractamente concebidos, desvinculados por completo de su causa obligatoria: el sistema español, por el contrario, es eminentemente causalista. Lo que en nuestro Registro se inscribe, es el *título* (*vid. arts. 1.^º y 2.^º de la L. H.*), no la mera modificación real que de aquél se deriva. En ningún precepto de la Ley podemos encontrar apoyo para la tesis de que el asiento, una vez practicado se separe de su causa y viva vida independiente ...»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.*, p. 193: «Sin duda alguna, no sería inscribible en nuestros Registros de la Propiedad un título de transmisión de una finca que sólo expresa el consentimiento o acuerdo traslativo, sin referencia alguna a su causa o convenio causal, pues, según el artículo 609 Código civil, nuestros títulos de transmisión –ha dicho el mismo autor [Roca Sastre]– no pueden dejar de contener la expresión de aquellos “ciertos contratos”. En nuestros títulos inscribibles lo que puede quedar en forma implícita es precisamente el negocio dispositivo, es decir el acuerdo traslativo, como resulta del artículo 1462 C.C., pero no el contrato o negocio obligacional que le sirve de base o precedente causal»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones II*, cit., pp. 17 y ss.: «[...] no existe ninguna posibilidad de adaptar el principio del consentimiento en su aspecto sustantivo al sistema español. Dicho principio es absolutamente incompatible con nuestro sistema civil e hipotecario» (pág. 17); «b) El carácter causalista de nuestros asientos se opone también de una manera absoluta a dicho principio. Este carácter causalista se manifiesta en nuestra legislación, tanto desde un punto de vista formal (arts. 9, 10, 30, 103, etc.), como desde un punto de vista sustantivo (arts. 1, 2, 16, 17, 18, 19, 20, 26, 33, 34, 40, etc.), de una manera constante, y ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Dirección general. c) El objeto de la inscripción en nuestro Registro es precisamente el título de adquisición. Un Registro de títulos es absolutamente incompatible con el principio del consentimiento, que parte precisamente de la abstracción y eliminación del título» (pág. 22); CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid 1967, p. 236: «[...] Por ello es imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y ésto, no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título (capacidad, prohibiciones, p. ej.) y su eficacia hacia terceros exige que se conozca cuál ésta sea, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio (gratuita, onerosa, dote, adjudicación, herencia legítima, legado, etc.)»; ID, pág. 297: «La Ley Hipotecaria lo había seguido fielmente [el sistema causalista] y no permitía dudar sobre la dependencia de la transmisión y creación de los derechos reales respecto al título extraregistro (arts. 2, 9, 6.^º, 18, 23, 32, 33). Criterio que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, en la que expresamente se dice que “no ha prevalecido la vigorosa corriente científica que patrocinaba el reconocimiento del contrato real, por entenderse que su admisión no reportaría al sistema beneficio alguno y hasta podría ser perturbadora”»; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, cit., p. 370: «Tampoco cabe hablar en rigor [en nuestro Derecho positivo] de un “consentimiento formal”. El consentimiento formal exige una cierta dislocación entre los asientos registrales y la realidad jurídica extraregistral. Exige, además, que la declaración de voluntad del afectado sea una declaración de voluntad abstracta. Por vía de regla o principio, esta posibilidad no está admitida en nuestro sistema. Puesto que lo que se inscriben son títulos, el consentimiento necesario para la inscripción no es nunca un consentimiento formal, sino que siempre es consentimiento material. Pero es que, además, tampoco los casos que nuestra doctrina considera como excepcionales supuestos de aplicación de la idea del “consentimiento formal” merecen tal calificativo»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 543-545: «... Creemos, sin embargo, que las anteriores doctrinas no se corresponden con nuestro sistema: No se admiten en él los negocios abstractos (ni siquiera lo es la constitución de hipoteca). No creemos tampoco inscribible [...] un negocio transmisor cuya causa no se exprese [...] Aparte de que la calificación, en tal caso, quedaría dificultada, no podrían cumplirse exigencias formales expresas de la correspondiente inscripción: pues toda inscripción que se haga en el Registro expresará el título que se inscriba (arts. 9.^º-6.^º LH), lo que no debe entenderse sólo como referencia a características

totalidad de la respuesta a la cuestión suscitada acerca de la relación entre inscripción y causa. ¿Cómo no recordar aquí las afirmaciones de don Jerónimo González sobre la superación del anticuado sistema del título y el modo por la Ley Hipotecaria, que, al levantar la bandera del consentimiento, vendría a alejar cada vez más el Registro de la contratación ordinaria y a permitir la inscripción sin expresión de la causa del derecho inscrito y sobre la única base del consentimiento, tanto del bilateral producido entre enajenante y adquirente como, en ocasiones, del unilateral del constituyente⁴⁰? Cuesta trabajo imaginar una más radical oposición entre la interpretación violentamente pretendida de la ley y la diafanidad de ésta en

puramente formales, sino que, entre otras indicaciones, la expresión del título comprende la expresión de “la naturaleza del acto o contrato” (cf. art. 245 Ley Hipotecaria), es decir, el tipo de negocio causal (cf. arts. 1257, 1258, 1286 CC) a que obedece la transmisión. Sólo así podrán cumplirse, además, otras normas (cf., por ejemplo, arts. 10 LH y 58, 94, 95, 256, 602, 604 R.H.).

⁴⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado «principio del consentimiento»*, Estudios I, cit., p. 320: «Frente a esta técnica inservible y deficiente [la teoría del título y el modo], se había levantado ya en el articulado de nuestra Ley Hipotecaria la bandera del *consentimiento*, y el negocio jurídico de transferencia aparece en nuestro derecho anclado sobre el acuerdo del transferente y del adquirente»; ID: *Título y modo en el Derecho español*, Estudios, cit., p. 333: «Acceptemos estas ideas como postulado de un sistema hipotecario, y deduciremos como inmediatas consecuencias, las siguientes: 1.^a Para transferir, constituir, modificar o extinguir un derecho real sobre inmuebles, basta el acuerdo de los interesados acreditados (*sic!*) en debida forma. 2.^a Es inútil la presentación en el Registro del acto jurídico causal, si es que se ha formalizado. 3.^a No hay inconveniente en admitir una simple declaración en que el titular A transmite su finca o derecho a B sin otras explicaciones, siempre que aparezca firmada por ambos y acreditada su identidad y capacidad. 4.^a La calificación del registrador se circunscribirá al *acto real* sin retroceder a la causa. 5.^a El Registro se aleja cada día más de la contratación ordinaria, o, mejor dicho, del derecho de obligaciones»; ID: *Principio del consentimiento*, Ib., p. 407: «Aunque los civilistas españoles no han diferenciado los dos primeros momentos [el del contrato obligacional y el del acuerdo de transferencia], y más bien los han involucrado en el título adquisitivo (*titulus adquirendi*), los autores del Derecho hipotecario, y con mayor decisión los Registradores de la Propiedad, han sido fatalmente llevados a dar un valor preponderante al consentimiento de transferente y adquirente, sobre todo al del titular, según el Registro, que resulta perjudicado por el acto inscribible» y pág. 409: «En este sentido [el que se sigue de lo dispuesto en el art. 609 CC] no sería inscribible un documento público en el que dos personas conviniesen la transferencia de un inmueble sin expresión de causa obligacional (compra, permuta, etc.). El título a que se refiere el artículo 2.^º de la ley Hipotecaria, se dirá, debe expresar y justificar la existencia de una causa. Contra tan estrecho criterio choca no ya el principio substantivo que estamos examinando, sino los preceptos hipotecarios, que, atendiendo únicamente a la voluntad del titular lesionado y confiriéndole un valor decisivo, prescinden del pacto acordado entre varias personas con efectos obligatorios para permitir la inscripción de manifestaciones de voluntad sin fuerza de obligar». El influjo de esta forma de pensar en el criterio de la Dirección General de los Registros por aquellos años puede verse en la R. de 31 de julio de 1928: « [...] si bien en el artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria parecen admitirse como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que la transferencia, constitución, modificación o cancelación de un derecho real contenga una manifestación de voluntad apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro, han sido recogidas en el artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

el espíritu general que la anima y en la letra que lo formula y concreta en sus diversas aplicaciones. Tan clara dicha oposición, y tan desnaturalizante de nuestro Derecho su opinión, que en este punto don Jerónimo no tuvo seguidores⁴¹. Tras él, el principio del consentimiento, como alternativa al sistema causal, sólo se considerará, limitada y ocasionalmente, como un *desideratum de lege ferenda*; nunca como criterio establecido en la Ley ni compatible con ella⁴².

Con independencia de estas veleidades y de aquella extrema-
sidad, el tratamiento de la relación entre inscripción y causa se ha mantenido por lo general en un tono algo mortecino y des-
vaído –¿cómo no advertirlo si se le compara con el de la candente
discusión sobre la relación entre inscripción y tradición?–, con-
secuencia, quizá, de la escasa importancia práctica que se le atri-
buye⁴³. En cuanto a su contenido, aparte algún entrecruzamiento
de perspectiva que, reproduciendo a escala registral al que se pro-
duce en el estudio sustantivo de la causa, llevaría a discutir o a
dilucidar si lo que ahora se ha de poner en relación con la causa
es la inscripción como asiento o el efecto jurídico-real que en
ella se publica⁴⁴, casi todo termina por reducirse a la afirmación
de que en nuestro sistema jurídico causalista, el derecho real
publicado debe sustentarse en un fundamento causal cuya fun-
ción sustentadora no puede ser suplida por la inscripción⁴⁵; si

⁴¹ No puede considerarse tal al NÚÑEZ LAGOS de 1934, en *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pp. 197-200, a la vista de lo que después mantendrá, e.c., en *El Registro de la Propiedad español*, cit., esp. pp. 140-153. Y el caso es que tampoco tuvo don Jerónimo quien le precediera en este punto: cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 140: «Al procurar adaptar el *consentimiento formal* del Derecho inmobiliario registral ale-
mán al nuestro, se requiere tal esfuerzo y el resultado es tan raquíntico o reducido, que incluso hace dudar de si el intento tiene alguna utilidad. De momento baste señalar que hasta llegar a Jerónimo González tal intento de adaptación no se le ocurrió a ningún hipotecarista español, a pesar de que el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria ya existía, más o menos con la actual redacción, en la primera ley de 1861». Quizá, quien, después de don Jerónimo, más pudo acercarse a su intento fue DE CASSO: *op. cit.*, pp. 153-154.

⁴² Así, CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 124: «Y aún se podía haber dado un paso más de avance, declarando susceptibles de inscripción los títulos que contuvieran una mera mani-
festación abstracta de la voluntad de constituir, transmitir, modificar, extinguir un derecho real, desligada de toda causa jurídica»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 122, a propósito del consentimiento formal y de su polémico reflejo en el artículo 82 LH: «No obstante, la cuestión es interesante desde el punto de vista teórico, porque sitúa una frontera de la autono-
mía de la voluntad en materia registral. En este caso, parece preferible la solución más favorable a tal autonomía, teniendo en cuenta que el artículo 82 habla de un consentimiento para la cancelación: o sea, no destinado necesariamente a extinguir el derecho real, sino a dejar sin vigencia el asiento que lo publica ...».

⁴³ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «La controversia es de escasa repercusión prácti-
ca, pero importante para situar el significado último de la institución del Registro».

⁴⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 119-120.

⁴⁵ Además de los testimonios citados *supra*, en la anterior nota 4, Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: *El problema de la causa en la tradición*, Madrid 1945, pp. 127-128: «En su consecuencia, debemos responder a la cuestión relativa a la relación de la ley Hipotecaria

bien –y aun cuando ello suponga más una posibilidad puramente teórica que una realidad práctica o de hecho⁴⁶–, la admisión civil de la abstracción procesal de la causa (art. 1277 CC) no haga imprescindible que aquel fundamento causal haya de aparecer reflejado siempre en la inscripción registral⁴⁷. Respecto de este causalismo básico, sólo se producirían en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria algunas excepciones circunscritas a asientos o supuestos singulares. Se han indicado como tales, ciertos actos de renuncia abdicativa⁴⁸, la inscripción de hipoteca por

con la causa de la transmisión: que la regulación de la misma consagra también, a nuestro juicio, el principio de que la transmisión en el Derecho español es causal, y no representa el régimen inmobiliario derogación alguna del primer requisito que en el Código civil encontrábamos para la validez de las transmisiones, a saber: que toda transmisión derivativa ha de realizarse a consecuencia de una causa o fundamento jurídico cristalizado en un negocio jurídico, que generalmente se llama *título*; ZUMALACÁRREGUI, T.: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Madrid 1977, p. 363: «Los artículos, 1, 2, 3, 9, 23, 26, 27, 43, 37, 79 y 80 LH, y los artículos 51 a 55, 193, 206, y 208 RH, entre otros muchos, proclaman en nuestras leyes inmobiliario-registrales, el imperio de la más estricta *causalidad*, que siempre regirá *inter partes* (arts. 34, 37 y 38) y que excepcionalmente se detendrá ante el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso e inscriba su derecho».

⁴⁶ ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 126-127: «Pero, enfocando la cuestión desde un punto de vista práctico, yo me permitiría preguntar a nuestros Notarios y Registradores cuántas veces se han hallado en presencia de una escritura en la que se estipule una transmisión de propiedad que deba ser objeto de inscripción, y en la cual, debiendo expresarse, a tenor del número 7.º del artículo 61 del reglamento de la ley Hipotecaria, el título de adquisición del enajenante, no se exprese la causa de adquisición del adquirente».

⁴⁷ ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 125-126: «Y aun cuando, con arreglo al artículo 1261 de nuestro Código civil, la causa es un requisito esencial del contrato, la presunción del artículo 1277 impide que pueda considerarse como un requisito formal de la escritura en que el contrato tome vida. [...]. Debe contestarse, pues, a la primera pregunta formulada, que no es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, y su ausencia no permite la denegación de la inscripción»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 146: «Por nuestra parte pensamos que, en principio, el negocio de transmisión cuya causa no aparece en el documento inscribible, no ya sólo por invocación del artículo 1277 CC, sino también por cuanto, de hecho, admitiendo la LH a inscripción todos los títulos que dan lugar a un cambio real, en ningún precepto impone explícitamente la mención de la causa [...]. Para rechazar la inscripción habría que recurrir, pues, a afirmar que el sentido general de la LH exige que el asiento manifieste las circunstancias todas en que tuvo lugar la transmisión, aun cuando no fuera necesario alegarlas ni probarlas para demostrar, en juicio, la propiedad del *acciéns*, y que el concepto de *título* incluye en la LH, no sólo el conjunto de la determinación causal y el acto de cumplimiento, sino, dentro de aquella, la especificación expresa de todas las circunstancias (aun de las que presume la ley), todo lo cual es improbable».

⁴⁸ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, «Estudios», I, cit., p. 412: «Las leyes hipotecarias que centran toda la energía en la protección del titular inscrito, han pasado, por el respecto (*sic*) que a la voluntad del mismo otorgan, desde la admisión de los actos de renuncia unilateral de algunos derechos reales, a considerar suficiente para la extinción de todos los inscribibles el consentimiento del que, según el Registro, ha de resultar perjudicado por el nuevo asiento. Así, mientras nuestro Código Civil se limita a declarar en el número 4.º del artículo 513 que el usufructo se extingue por la renuncia del usufructuario y en el número 5.º del artículo 546 que las servidumbres se extinguieren por la renuncia del dueño del predio dominante, el citado artículo 82 de la Ley

voluntad unilateral⁴⁹; el asiento de rectificación por consentimiento del titular⁵⁰; los de agrupación, agregación, segregación y división de fincas⁵¹; los de postposición, permuta y reserva de

Hipotecaria permite, en general, la cancelación de las inscripciones y anotaciones hechas en virtud de escritura pública mediante otra en que exprese su consentimiento la persona favorecida por aquellas». Desarrolla este punto con mayor detalle en *La renuncia en el Derecho Inmobiliario*, «Estudios» II, cit., pp. 29-32; también, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, pp. 193-194: «La certeza de cuanto acabamos de indicar no es obstáculo para que, de manera excepcional, puedan inscribirse actos dispositivos del titular registral configurados en forma autónoma, es decir, con independencia de todo antecedente obligacional. En los supuestos que vamos a indicar brevemente, el consentimiento del perjudicado por el asiento que se va a practicar puede compararse al consentimiento de inscripción de que habla el texto correlativo. En primer lugar pueden señalarse ciertos actos de renuncia abdicativa, entre los que destacan el de extinción del derecho de usufructo por renuncia del usufructuario (art. 513, núm. 4, CC; pero cf. art. 107, núm. 1, LH) y del derecho real de servidumbre por renuncia del dueño del predio dominante (art. 546, núm. 5, CC), los cuales, si reúnen los requisitos del artículo 3 L. hipotecaria, pueden dar lugar a que en el Registro se extienda un asiento de cancelación por tratarse de un acto comprendido en el artículo 2 de la misma Ley, sin que, para ello, sea menester la expresión de la causa en que se funda la renuncia (cf., además de los citados, los arts. 395, 544, 575, 599, 1394, 1625, 1631, etc., del CC)».

⁴⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, cit., pp. 410-411: «De mayor transcendencia para nuestra tesis es el artículo 138 del citado texto legal, que coloca en la misma línea las hipotecas convenidas entre partes y las impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan. [...] Los enigmas que plantea la constitución, aceptada o sin aceptación, de una hipoteca sólo pueden ser resueltos [...] admitiendo el consentimiento formal del dueño o titular como suficiente para producir la inscripción, aunque no el derecho real [...]; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, p. 194: «Después han de tenerse en cuenta ciertos actos dispositivos del titular registral que nuestra L. Hip. permite que se inscriban antes de que conste su aceptación por parte del favorecido. El más destacado es el que regula el artículo 141»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 153: «Sin embargo, los artículos 82 y 138, entre otros, de la LH aceptan el consentimiento *formal*, al autorizar [...] la constitución de hipotecas voluntarias “por disposición del dueño de los bienes, sobre que se establezcan”» (cva. del a.).

⁵⁰ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 257-258: «[...] el puro “consentimiento de la rectificación”, importado por la Ley de 1944-46 de la técnica alemana, sin dejar de ser útil en ciertos casos, responde, fundamentalmente, a un sistema registral distinto: de ahí sus dificultades de adaptación al nuestro».

⁵¹ SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones* II, cit., pp. 28-29: «La modificación de entidades hipotecarias es indudablemente un supuesto de consentimiento formal, pues en ellas se dan todos los caracteres del mismo sin excepción de ninguna clase. Son actos de disposición, unilaterales, abstractos; no producen ningún vínculo obligacional y van dirigidos exclusivamente a la modificación del Registro»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 79-83, bajo el epígrafe: «Modificaciones formales. Concepto y clases», e incluyendo en él los supuestos de agrupación de fincas, agregación, segregación y división: «Sin repercusión alguna en la realidad externa, el propietario de una o varias superficies inmatriculadas en sendos folios, puede alterar su consistencia meramente *registral* por convenirle así (o por simple capricho). [...] el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas, y sobre todo que procedan de negocios materiales que mudan el dominio del cual depende la modificación tabular (como el hecho de que sean las fincas nuevamente formuladas y no la antecedente las que pueden hipotecarse), no empece la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad: en último término es claro que podrían no responder a ninguna mutación de derechos y aun ser puramente caprichosas, sin que el Registrador pudiera rechazar su práctica por este motivo».

rango⁵²; y, más generalmente, el de cancelación por consentimiento formal⁵³.

⁵² SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 29-30: «La posposición de hipotecas u otros derechos reales limitativos reviste todos los caracteres del consentimiento formal: es un acto de disposición; es unilateral, pues no exige más consentimiento que el del titular del derecho pospuesto: no va dirigida a crear obligaciones, sino a producir efectos reales, y no exige la expresión de la causa ...»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121 « [...] sigo pensando que no es indispensable manifestar la causa onerosa o gratuita de los que podemos llamar "negocios librarios": por ejemplo, una posposición de hipoteca, que primeramente se dirige a provocar un cambio en la jerarquía de las inscripciones, aunque tal cambio tenga luego consecuencias económicas.»

⁵³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio del consentimiento*, cit., p. 410: «El artículo 82 de la Ley fundamental exime de la necesidad del acuerdo a todos los actos cancelatorios, y se contenta (abstracción hecha de los casos en que se necesita providencia judicial) con una escritura o documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelación, la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos ...»; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. et loc. ant. cit.*: «Finalmente hay que citar el importante supuesto del artículo 82, ap. 1.^º, de la L. hip., que dice así: [...] No se trata de una declaración de voluntad de derecho sustantivo o material, sino únicamente de consentir una operación formal del Registro: que se practique un asiento de cancelación. En este caso la operación registral no necesita apoyarse en un título que contenga un acto de derecho sustantivo»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 141: «Sin embargo, aunque el consentimiento formal en nuestra Ley Hipotecaria tenga su origen o surja de una manera bastante distinta que en el Derecho alemán, no hay más remedio que admitirlo, si bien exclusivamente en orden a la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública. Así resulta del artículo 82, 1, de esta ley ...» (cva. del a.); DE CASSO: *op. cit.*, p. 153: «Sin embargo, los artículos 82 y 138, entre otros, de la LH, aceptan el consentimiento formal, al autorizar la cancelación de inscripción y anotación preventiva por el mero consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación ...» (cva. del a.); SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 30-33: «En la cancelación de inscripciones y anotaciones preventivas practicadas en virtud de escritura pública, hecha por consentimiento del titular inscrito se da una clara aplicación del consentimiento formal en nuestro sistema, si bien con algún carácter que no coincide exactamente con los del Derecho germánico»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121-122, especialmente en ésta: « [...] parece preferible la solución más favorable a tal autonomía, teniendo en cuenta que el artículo 82 habla de un consentimiento para la cancelación: o sea, no destinado necesariamente a extinguir el derecho real, sino a dejar sin vigencia el asiento que lo publica; y que la solución más liberal no presenta, en este reducido ámbito, los mismos inconvenientes que referida a los asientos positivos [...] Y si bien el artículo 173 Rh. exige presentar en el Registro los títulos que acrediten la extinción del derecho, ello será cuando se alegue expresamente tal extinción, es decir, "en (uno de) los casos a que se refiere el artículo 79 de la ley". No creemos que este precepto de rango inferior pueda modificar el claro tenor del artículo 82-1.^º LH»; id., p. 239: «Sería erróneo, sin embargo, considerar a la cancelación en el Derecho español como una simple inscripción. Su regulación difiere bastante de la de las inscripciones: [...] la ley [...] renunciando a su preocupación por la exactitud del Registro, es decir por la coincidencia entre lo manifestado por los libros y la situación jurídica real, admite asimismo como eficaz, al parecer, la mera voluntad de eliminar del Registro un asiento (susceptible de cancelación), sin cerciorarse previamente de si la eliminación de dicho asiento coincide o no con la desaparición del derecho»; también en pág. 242: «Cosa distinta es la expresión de la mera voluntad de cancelar, desprendida de su causa, que sólo puede emitir en nombre del titular activo del gravamen quien tenga poder pleno y especial para este acto, o bien para enajenar por título gratuito». Indeciso, AMORÓS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.^º, Madrid 1978, p. 264: «Ciento que, fuera de los casos de inscripción constitutiva, cabe que se cancele la inscripción de un derecho sin que conste la extinción del mismo. Pero esto resulta excepcional y sólo llega a ocurrir si se admite el juego del consentimiento formal para la cancelación (art. 82, LH) y la solicitud en este sentido sin mención de la causa extintiva que le sirve de antecedente, lo cual no deja de ser dudososo».

Un tratamiento de la relación entre inscripción y causa como el que se acaba de describir no parece del todo satisfactorio. Concedamos que el problema es de escasa importancia en el plano de lo estrictamente práctico; pero añadamos inmediatamente la razón de ser de tal concesión: no, porque la materia en sí sea de poco interés; sino porque el dato legal que la gobierna es tan claro e inequívoco que resulta imposible estar a su dictado sin, por ello, tener que prestar a la causa la atención que la ley exige para ella. Por lo demás, ya se sabe que el interés de los problemas y el acierto en sus soluciones no radica sólo en la inmediatez de su transcendencia práctica: No hay mejor instrumento para una buena práctica que una buena teoría. Desde este punto de vista, también por su importancia⁵⁴, el problema que ahora examinamos es merecedor de una mayor atención y, —quizá, sobre todo— de una más persuadida convicción en la determinación del fulcro cierto de su solución y del fundamento y seguridad de sus derivaciones operativas. ¿Cómo va a poder no ser causal un Registro donde de los derechos reales publicables se toma razón mediante la inscripción de la causa que los constituye; donde el «título» inscribible es el documento que, *una simul*, recoge la causa o razón fundamentadora del derecho a inscribir y la reviste de fehaciencia oficial y pública? Este dato debería ser por sí bastante para mostrar el talante con que nuestro legislador abordó y resolvió la relación entre inscripción y causa. Los derechos reales no pueden entrar en el Registro de la Propiedad si no es acreditándose ante él mediante la exhibición de su causa.

Naturalmente así tiene que ser en un sistema registral al servicio de un Derecho de Cosas fiel al clásico mecanismo del título y el modo y decididamente comprometido con el inasible *desideratum* de la concordancia entre la realidad y el Registro. En el sistema alemán de transmisión abstracta, para nada necesita el derecho acreditar su existencia en lo que nosotros entendemos y en la realidad natural es su causa: el acuerdo real abstracto (*Einigung*) basta para fundamentarlo sustantivamente en sí mismo, y para su ingreso en el Registro —constitutivo conjuntamente con aquel acuerdo, por regla general (§ 873 BGB)— sólo se exigirá, cuando no sea bastante la pura conformidad unilateral (*Bewilligung*) del perjudicado, un nuevo consentimiento de naturaleza adjetiva o procesal autorizando su inscripción (§§ 19 y 20 GBO)⁵⁵. El derecho real se fundamenta

⁵⁴ De nuevo, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «La controversia es de escasa repercusión práctica, pero importante para situar el significado último de la institución del Registro».

⁵⁵ Cfr. WOLFF: *op. cit.*, pp. 187-192; STAUDINGER-ERTL, *cit.*, Rz 154-160; WEIRICH: *op. cit.*, pp. 138-144.

autónomamente en la volición de su existencia, y no siendo ésta posible –tratándose de derechos inmobiliarios– sin inscripción registral, se habría logrado por este camino el mecanismo más eficaz y sencillo para asegurar en beneficio del tráfico la realidad y la publicidad de los derechos reales y la recíproca correspondencia entre la una y la otra. No es ahora el momento de entrar en la crítica de este sistema y en la negación de sus ilusiones virtudes⁵⁶; nos basta con destacar la radical contraposición de sus presupuestos con los que configuran el nuestro. La *precisión*, en sentido lógico, de la causa; esto es, su separación mental del efecto jurídico-real derivado, y su sustitución por el consentimiento, material y formal, es criatura de una técnica tan frontalmente opuesta a la de nuestro Derecho, que es imposible trasladarla a él o buscarle cobijo en las normas que lo inspiran y articulan.

Quizá lo anteriormente dicho pudiera dejar la impresión de que, en nuestro concepto, el causalismo registral adjetivo u organizador –principio de toma de razón mediante inscripción, e inscripción del título fundamentador⁵⁷– es una especie de *a priori* necesario en un sistema sustantivo de transmisión causal. En el mundo del Derecho, que no es el de la metafísica ni el de las matemáticas, no se producen «aprioris» absolutos, aunque sí, naturalmente, distintos grados de coherencia entre los principios inspiradores de las instituciones y sus desarrollos concretos, muchas veces interferidos por razones que se estiman de conveniencia práctica y que se denominan como de política legislativa o política del Derecho. El caso más expresivo puede ser aquí el sistema suizo: causalista en lo sustantivo-transmisor, deja de serlo en lo adjetivo u organizador: del derecho real publicable se toma razón, no mediante la inscripción en síntesis y en detalle del título que lo sustenta, sino mediante la escueta declaración escrita del propietario indicando la transmisión (art. 963 ZGB)⁵⁸. Es muy clara la razón de política jurídica que, interponiéndose en la articulación registral del sistema transmisor causa-

⁵⁶ Nos remitimos para ello a lo dicho en nuestro trabajo: *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, ADC 1994, esp., pp. 73-80.

⁵⁷ Cfr. nuestro estudio *Bases del Derecho de cosas*..., cit., pp. 653-657.

⁵⁸ Sobre ello, DESCHEAUX: *op. cit.*, p. 223: «La conception généralment reçue est la suivante: Le propriétaire (aliénauteur ou constituant) adresse une réquisition d'inscription au registre foncier. Cette réquisition enveloppe, en la forme, une requête au conservateur et, au fond, un consentement à l'inscription, que vise l'art. 963 al. 1 («... sur déclaration écrite du propriétaire»). Ce consentement est l'acte juridique de disposition qui correspond au transfert de possession en matière de meubles. C'est un acte unilatéral, par opposition à la cession de créance qui est un contrat. La réquisition ainsi conçue –à la fois requête formelle et acte de disposition réel– dépend de la validité de l'acte générateur d'obligation qui est à sa base: c'est un acte causal».

lista, lleva a esta desviación en la elección de la forma de llevar a cabo la toma de razón: la imposición del criterio del *numerus clausus* de los derechos reales. La calificación registral deberá extenderse en Suiza hasta la validez del título transmisor⁵⁹, pero no será este título el que recoja el Registro; ni falta que hace, ya que no sería posible alterar en él el contenido típico de los derechos reales. En nuestro Derecho, por el contrario, admitido el *numerus apertus*, es necesario hacer hueco en el folio registral al título, que no sólo fundamenta el derecho real inscribible, sino que lo modula en su existencia concreta. Desde este punto de vista, el *numerus apertus* es factor coadyuvante en nuestro Derecho a que la organización del Registro se prolongue en coherencia completa con el causalismo inspirador del sistema sustantivo de transmisión de los derechos reales.

Pues bien, si todo lo anterior es cierto, ¿cómo es que en nuestra doctrina –incluso en la más autorizada– ha podido desdibujarse tanto la impronta causalista del régimen de la publicidad inmobiliaria que se haya llegado a afirmar la posibilidad de una inscripción que no recoja la causa del acto dispositivo inscrito o la existencia de supuestos excepcionales de «negocios librarios» abstractos⁶⁰? Nos parece que la admisión de cada una de estas posibilidades responde a razones distintas, en cuyo fondo, no obstante, subyacen unos mismos datos. A ellos hemos tenido que hacer ya alusión en estas páginas. Influye, de una parte, la pluralidad de términos distintos de referencia del concepto *causa* (el contrato, art. 1275, entre otros; la obligación, art. 1261, 3.º; la atribución, pago o entrega: art. 1901); de otra, la sinonimia existente entre los términos *causa* y *título* tal como éste, en cuanto fundamento o razón de la transmisión, se entiende en la teoría del título y el modo, y, finalmente, la equivocidad de la palabra *título* como indicadora de aquel fundamento (art. 2 LH) y del documento que lo refleja (art. 3 LH).

⁵⁹ DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 396-397: «A cela s'ajoute qu'une inscription dépend de sa cause, c'est-à-dire du titre en vertu duquel elle est opérée (art. 974/975); c'est le principe dit de légalité matérielle ou de causalité [...]; aussi est-il de toute importance que le conservateur ne procède pas à des inscriptions indues, au détriment des parties intéressées et même des tiers qui ne pourraient invoquer leur bonne foi (art. 974)».

⁶⁰ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 121: «[...] sigo pensando que no es indispensable manifestar la causa onerosa o gratuita de los que podemos llamar “negocios librarios”: por ejemplo, una posposición de hipoteca, que primariamente se dirige a provocar un cambio en la jerarquía de las inscripciones, aunque tal cambio tenga luego consecuencias económicas»; ID., en polémica con PEÑA y a propósito de las *modificaciones formales*, p. 80: «Mas el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas [...], no empece la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad: en último término es claro que podrían no responder a ninguna mutación de derechos y aun ser puramente caprichosas, sin que el Registrador pudiera rechazar su práctica por este motivo».

Vayamos por partes, y veámoslo en la admisión de que la inscripción no recoja la causa del acto dispositivo. Cuando don Ursicino Álvarez planteaba esta posibilidad lo hacía proponiéndola literalmente en los siguientes términos: «*Es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina ...?*»⁶¹. Algun tiempo después, y siguiendo muy de cerca aquel planteamiento, se preguntaría Lacruz: «*Es indispensable que la inscripción manifieste la causa del cambio real que publica?*»⁶². En la primera de estas formulaciones es muy claro que el término *título* se entiende en sentido sólo documental o formal, ya que, al identificarse en su sentido sustantivo o material con el fundamento o la causa del hecho determinante de la inscripción, la pregunta perdería todo su sentido: el título sometido a inscripción es el acto mismo o el contrato que la fundamenta. Algo similar puede observarse respecto de la segunda formulación: ¿cómo no va a ser necesario que la inscripción manifieste la causa del cambio que publica, cuando de dicho cambio se toma razón en nuestro sistema registral mediante la inscripción del acto que le sirve de causa? El hecho de que se plantee la posibilidad de que el título inscribible no exprese la causa del acto determinante de la inscripción, o de que la inscripción pueda no manifestar la causa del cambio real publicado, y de que a tal planteamiento se responda afirmativamente invocando la llamada abstracción procesal de la causa (art. 1277 CC) y la inexistencia de norma hipotecaria que imponga la mención de ésta⁶³,

⁶¹ ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, p. 124: «*Es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, de tal modo que si no se hace así la inscripción no pueda realizarse, y si se realiza pueda ser impugnada por falta de este requisito formal?*». La respuesta, en pág. 126: «*Debe contestarse, pues, a la primera pregunta formulada, que no es indispensable que en el título que se somete a la inscripción se exprese la causa del acto jurídico que la determina, y su ausencia no permite la denegación de la inscripción*».

⁶² LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 119-120 (145 en la ed. de 1968): «*Ahora bien: ¿es indispensable que la inscripción manifieste la causa del cambio real que publica? En otras palabras: el título que se lleva al Registro, ¿debe exteriorizar la causa de la transferencia, de modo que en otro caso no sea admisible?*».

⁶³ ÁLVAREZ SUÁREZ: *op. cit.*, pp. 124-126: «*Entre las circunstancias que debe expresar toda inscripción que se realice en el Registro a tenor del artículo 9 de la ley Hipotecaria y del 61 del Reglamento, sólo forzando la interpretación podría llegarse a una contestación afirmativa [...] Pero no queremos forzar la interpretación. [...] Y aun cuando, con arreglo al artículo 1261 de nuestro Código civil, la causa es un requisito esencial del contrato, la presunción del artículo 1277 impide que pueda considerarse como un requisito formal de la escritura en que el contrato tome vida [...]*»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «*El artículo 2.^º se refiere, sin más especificación, a los títulos traslativos o declarativos del dominio, o en que se constituyan, reconozcan, etc., derechos reales sobre cosa ajena, términos en los cuales parecen caber los documentos en que se consigna una mera transmisión, sin dar cuenta en el documento inscribible del contrato subyacente: a su vez, tanto el artículo 9.^º LH, como el 51 RH, se limitan a exigir que la inscripción exprese la naturaleza del derecho y la clase de título que se inscribe, pero sin negar la condición de tal a aquél en que no se consigna la causa*».

supone, por una parte, separar lo que nuestro legislador ha querido reunir en la unidad del título inscribible: su dimensión sustantiva como causa del derecho inscrito (art. 2 LH) y su aspecto formal como documento que da fe de su existencia precisamente acreditando su causa (art. 3 LH); y, por otra, una vez operada dicha separación, supone igualmente admitir la posible existencia de un contrato que, siendo causa del cambio real pero sin expresar su propia causa (la del contrato), pudiera llegar al Registro y servir como título formal para la inscripción de una mutación real cuya razón material o sustantiva de ser no revelaría. Esto último, por más que se quiera recalcar lo contrario⁶⁴, equivale, en nuestra opinión, a terminar introduciendo a través de la publicidad registral, subrepticiamente y en sus consecuencias, las transmisiones inmobiliarias abstractas en nuestro sistema jurídico. Ello debe bastar para poner en guardia contra la argumentación conducente a tal resultado. No es difícil detectar sus puntos flacos: aparte la inseparabilidad ya tantas veces indicada de la dimensión material y formal del título inscribible (arts. 2 y 3 LH), no parece una buena interpretación de la legislación hipotecaria la que no advierte en ella la imposición de que la inscripción registral exprese la naturaleza o clase del título inscrito (arts. 9, 6.^a y 51, 11 L y RH, respectivamente, y art. 245 LH)⁶⁵. Pero, sobre todo, su principal fallo radica en extender al ámbito registral la presunción de causa genéricamente establecida en el artículo 1277 CC⁶⁶.

⁶⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 120: «Hay quien opone, empero, a esta argumentación, que no separa bien el problema –ya resuelto afirmativamente– de la causalidad de los cambios reales, y este otro de si la causa debe necesariamente expresarse en el título. Negar lo segundo no supone la admisión del negocio abstracto en nuestro Derecho: la transmisión cuya causa no se expresa no deja de ser causal, es decir, dependiente en cuanto a su validez, del negocio obligacional que le sirve de base».

⁶⁵ PEÑA: *op. cit.*, pp. 544-545: «No creemos tampoco inscribible –y así lo entiende también el profesor De Castro– un negocio transmisorio cuya causa no se exprese (es decir, sin expresión de cuál sea el concreto contrato con que, con la tradición, produzca la transmisión: compra-venta, permuto, dación en pago, aportación social, donación, etc.). Sin la expresión de su causa no se sabría si lo que llega al Registro es ciertamente un título traslativo, pues, en nuestro sistema, sólo son títulos traslativos “ciertos contratos, mediante la tradición” (cf. art. 609). Aparte de que la calificación, en tal caso, quedaría dificultada, no podrían cumplirse exigencias formales expresas de la correspondiente inscripción: pues toda inscripción que se haga en el Registro expresará el título que se inscriba (art. 9.^a-6.^º LH), lo que no debe entenderse sólo como referencia a características puramente formales, sino que, entre otras indicaciones, la expresión del título comprende la expresión de “la naturaleza del acto o contrato” (cf. art. 245 Ley Hipotecaria), es decir, el tipo de negocio causal (cf. arts. 1257, 1258, 1286 CC) a que obedece la transmisión. Sólo así podrán cumplimentarse, además, otras normas (cf., por ejemplo, arts. 10 LH y 58, 94, 95, 256, 602, 604 RH)».

⁶⁶ Niega la posibilidad de dicha extensión, aunque la razón aducida para ello resulte –a nuestro juicio– insatisfactoria, ROCA SASTRE *op. cit.*, pp. 132-133: «El artículo 1277 del Código civil nada tiene que ver aquí, por estar pensado más bien en los reconocimientos de deuda y promesas de pago sin expresión de su causa, de alcance meramente obligacional, y fuera del ámbito registral». En el sentido del texto, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 22-23:

Una cosa es que en el campo de la contratación, producido el contrato, deba presumirse con carácter general su causa mientras el deudor no pruebe su inexistencia, y otra bien distinta que cuando se trata de dar publicidad oficial *erga omnes* a las situaciones jurídicas inmobiliarias con garantías suficientes como para presumir su exactitud y fundamentar la *fides publica*, pueda prescindirse –en un sistema de transmisión causal de la propiedad y de los demás derechos reales– de la manifestación y del control de la causa determinante del dato jurídico a publicar⁶⁷.

Recapitulando, y por lo que hace a la necesidad de que la inscripción recoja y exprese la causa del derecho inscrito: que por título inscribible no puede entenderse en nuestro Derecho sólo el documento que por su fehaciencia extrínseca (escritura pública) permita, sin más, sobre la base de su propia consistencia formal, llevar a efecto la práctica de la inscripción. Es necesario, por el contrario, que en dicho documento fehaciente la forma documental pública sea el revestimiento del acto o contrato que en lo sustantivo dé razón, en tanto que causa, del cambio jurídico-real a inscribir. Ahora bien, si es dicho acto o contrato el que simultáneamente, como título de tal cambio y título inscribible, debe llevarse al Registro y constituirse en materia u objeto de la inscripción regis-

«Se oponen a ella [a la traslación al Registro de la Propiedad de la abstracción procesal de la causa] todas las razones antes dadas, que pueden reforzarse ante el concepto legal de título inscribible, a los efectos del artículo 2 de la Ley, y ante los efectos mismos de la inscripción. El título inscribible en nuestro Derecho es el título de adquisición del artículo 609 del Código Civil, o lo que es lo mismo, la donación, el contrato o el título sucesorio [...]. Por otra parte, debe observarse que la inscripción de un negocio de tal naturaleza impediría el desarrollo normal de los efectos de la inscripción, muy especialmente en el más importante de todos ellos, la fe pública registral. En primer término porque la fe pública aparece planteada en nuestro sistema como un problema de colisión de títulos (art. 33), o de protección frente a las causas de nulidad, rescisión, resolución, etc., de los mismos (arts. 34 y 37). En segundo lugar, porque en su aspecto de protección a terceros es decisiva la naturaleza onerosa o lucrativa del título adquisitivo (art. 34), y esta circunstancia sería de imposible determinación si lo inscrito fuera un negocio abstracto».

⁶⁷ Cfr. Resoluciones, entre las más recientes, de 28 de enero de 1999: «[...] no ofrece dudas que la existencia y licitud de la causa, como elemento esencial que es del propio contrato traslativo (arts. 1261, 3.^º y 1275 del Código Civil), ha de incluirse entre los extremos sujetos a calificación, de suerte que es necesaria su expresión en los títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1277 del mismo Código», 15 de marzo de 1999: «En nuestro Derecho, siendo la causa determinante no sólo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, la misma debe resultar del título para reflejarse en la inscripción, sin que la presunción de existencia de la misma, que establece el artículo 1277 del Código Civil sea suficiente, pues, aunque se presume dicha existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio, ni se sabría en qué forma estaba protegido el titular registral»; y 26 de mayo de 1999: «[...] pues si bien, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales, no puede ser presumida, no lo es menos que en la escritura presentada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en el contenido».

tral, ya se ve cómo es imposible que en nuestro sistema de la publicidad inmobiliaria pueda tomarse razón de un derecho o de una mutación real sin que la inscripción manifieste su causa, tanto la del derecho inscrito como la del contrato que lo constituye, transmite o extingue. En nuestro Derecho, la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos (art. 609 CC), y la identificación de éstos –necesaria para su inscripción como tales (arts. 9, 6.^a LH y 51, 11.^º RH)– es imposible sin la indicación de su propia causa objetiva o causa-función. He aquí, pues, la razón de la imposibilidad de que el título que se somete a inscripción no exprese «la causa del acto jurídico que la determina» (Ursicino Álvarez) y de que la inscripción no manifieste «la causa del cambio real que publica» (Lacruz-Sancho).

¿Y en cuanto a la pretendida posibilidad de los «negocios librarios» abstractos? Llama la atención que sea un tan buen conocedor de nuestro sistema registral como Lacruz quien, pasado ya el «sarampión» germanista, la haya defendido; pero es altamente significativo que para mantenerla haya tenido que invocar la *unánime doctrina alemana*⁶⁸. Desde los presupuestos y principios de nuestro Derecho Inmobiliario Registral no es posible fundamentar tal posibilidad. Lo impide la natural adjetividad de la publicidad y, en razón de ella y de su fiabilidad, el necesario control de su concordancia con la realidad publicable.

Justamente al tratar de la relación entre «causa del cambio real e inscripción», distingue Lacruz entre tal cambio y la inscripción, para excluir que ésta pueda tener causa en sentido jurídico técnico: al no ser negocio jurídico o contrato real de atribución, la inscripción carece de causa; sólo el negocio de atribución, del cual la inscripción es simple reflejo, puede ser calificado de causal o abstracto⁶⁹. En sus propias palabras nos parece ver, tanto el error que podría llevar a la infundada admisión de los negocios librarios abstractos en nuestro Derecho, como el dato que, en sentido contrario,

⁶⁸ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 80: «Mas el hecho de que los cambios en las fincas registrales tengan consecuencias sustantivas [...] no empece la realidad, unánimemente puesta de relieve por la doctrina alemana, de que las modificaciones son librarias, de pura forma, y en muchos casos sin necesaria dependencia con la realidad ...».

⁶⁹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 119-120: «[...] la propia inscripción, como no es negocio jurídico, carece de causa. Además, cuando es declarativa, no forma parte del proceso de transferencia, y se limita a ser simple exteriorización de un cambio real ocurrido fuera del Registro. Sobre todo, declarativa o constitutiva, nunca es un contrato real, y en este sentido no precisa una causa jurídica: es el negocio jurídico de atribución, del cual es la inscripción simple reflejo, el que podrá ser calificado de causal o abstracto. Ni siquiera puede llamarse *causa* de la inscripción el acto inscribible, sino en el sentido filosófico de causa eficiente, o bien en el, igualmente filosófico, de causa material».

se opone a tal admisión. ¿Es, en efecto, —y por lo que hace al error— de absoluta necesidad que un determinado acto sea negocial para que de él sea posible la predicación de la causa? Desde luego que en nuestro Derecho la causa es uno de los requisitos esenciales del negocio jurídico; pero, ¿sólo el negocio requiere de causa? Nuestra mejor doctrina niega a la *traditio* o entrega carácter negocial: no es negocio en sí, sino acto de cumplimiento de una obligación negocial. Y ¿cómo va a negarse que la entrega necesita fundarse en una justa causa? Pero es que, además, —por lo que hace ahora a la afirmación de Lacruz en sentido contrario— por ser la inscripción simple reflejo del negocio de transmisión, necesitaría de éste para existir y valer como publicadora de una situación jurídico-real verdaderamente existente [art. 40. d) LH]. Del mismo modo que el acto de entrega, sin ser negocial, necesita ser causado, su reflejo, la inscripción, aunque no sea negocio jurídico, exige como causa, para el cumplimiento de su función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias, la existencia de la realidad publicada. En definitiva, que la causa, como fundamento en justicia de la realidad respecto de la cual se predica, y como razón de ser, finalidad o función de la misma, está llamada a jugar en Derecho más allá del mundo de lo contractual o negocial. Es verdad que en este mundo, por ser el más ampliamente entregado a la autonomía privada, la verificación de su licitud y existencia real se hace más necesaria; pero ésto no autoriza a afirmar que fuera de él ya no sea necesaria. En concreto, en el campo de la publicidad inmobiliaria la inscripción registral debe cumplir una función publicadora (causa final) que, para llevarse a efecto en conformidad con la realidad publicable, exige fundamentarla (causa eficiente) en la existencia de un hecho que sea la causa verdadera y lícita de la mutación jurídico-real a publicar. Es así cómo la inscripción registral aparece en nuestro Derecho no sólo necesitando reflejar la causa del derecho real que publica, sino también necesitando ella misma fundamentarse o causarse en la realidad del derecho o del cambio real que va a publicar.

Admitido esto último, estamos ya en óptimas condiciones para negar con la mejor y hoy más frecuente doctrina la existencia de supuestos excepcionales donde, en nuestro Derecho causalista de la publicidad inmobiliaria, a veces se ha interpretado posible la inscripción abstracta. Sin que podamos aquí entrar en detalles, baste decir —contra lo que a veces se ha afirmado, según antes tuvimos ocasión de ver— que no hay inscripción abstracta en los casos de renuncia abdicativa, ya que tal renuncia, en tanto que título de extinción del derecho real, es la causa jurídica de la extinción que

con ella –causalmente, por tanto– se viene a publicar⁷⁰; tampoco en los de constitución de hipoteca por voluntad unilateral, porque la voluntad unilateral es tan título constitutivo o razón de existir de la hipoteca como el pacto o contrato por el que la misma normalmente se constituye (arts. 138 y 141 LH)⁷¹; ni en el asiento de rectificación necesitado del consentimiento del titular [art. 40. d) LH], ya que en nuestro Derecho su práctica exigirá que la solicitud de rectificación sea consecuencia de pretensiones en el terreno de los derechos subjetivos⁷²; ni en los de agrupación, agregación y segregación de fincas, por no ser estas operaciones propiamente «formales» o meramente «librarias», sino comprensivas de actos dispositivos del dueño, modificativos de su dominio y necesitados, por tanto y según el criterio general impuesto en el artículo 2 LH, de un título que lo fundamente⁷³; ni en los de post-posición, permuta o reserva de rango, por requerir éstas para su inscripción un consentimiento sustantivo o acto de voluntad que, al causarlos, evita que su práctica ceda en detrimento de la justicia y de la exactitud registral; ni siquiera, y finalmente, en la cancelación mediante consentimien-

⁷⁰ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 150 y ss., esp., 153: «La renuncia abdicativa, como título o acto extintivo de derechos reales inmobiliarios, entra sin duda dentro de la previsión del número segundo del artículo 2.^º de la ley Hipotecaria, mas la renuncia del derecho dominical sobre inmuebles no figura en el número primero de este artículo 2.^º de la propia ley, pero hay que estimarla comprendida, por cuanto el Código civil admite la *renuncia del derecho de propiedad* (cva. del a.) en sus artículos 544, 545 y 395, cuya renuncia no debe confundirse con el *abandono de fincas* prevista (*sic*) en los artículos 599 y 1625, 2, del propio Código». En la doctrina de la Dirección General de los Registros, R. de 27 de septiembre de 1999: «Ahora bien, si ciertamente no puede aceptarse que para la cancelación baste el mero consentimiento formal del titular registral [...], debe observarse que en la escritura no se da un mero consentimiento abstracto para cancelar, sino que en ella y en nombre del acreedor hipotecario se dispone unilateralmente que la finca quede liberada “de toda responsabilidad derivada de la hipoteca”. Hay que interpretar que estamos ante la abdicación por el titular registral del derecho real de hipoteca; es decir, ante una renuncia de derechos, acto que por sí tiene eficacia sustantiva suficiente, conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir la extinción y, consiguientemente, para dar causa a la cancelación conforme a lo dispuesto en los artículos 2.2 y 79 de la Ley Hipotecaria».

⁷¹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 147; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 29; COSSÍO: *op. cit.*, pp. 324 y 337; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La hipoteca de constitución unilateral*, ADC 1994, IV, pp. 100-101.

⁷² LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 259-260; ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 149: «[...] el carácter de medida correctora, de carácter auxiliar y accesorio, que a veces puede verificar por si solo el Registrador, y en otras incluso imponerse judicialmente, hacen que ésta sea materia extraña al consentimiento formal».

⁷³ PEÑA: *op. cit.*, p. 570; en contra, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 79-83. Distinta razón, en ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 148: «Esto hace que todos los asientos relativos a datos sobre la finca, sus partes componentes, su descripción y modalidades, y las modificaciones a ella concernientes (alteraciones físicas, cambio de aprovechamientos y destino, obras nuevas, agrupaciones, agregaciones, divisiones o segregaciones, rectificación de linderos, de denominaciones, etc.), no puedan ser objeto del denominado consentimiento formal tal como quedó explicado, por estar éste limitado a negocios jurídicos o derechos reales, que constituyen la materia propiamente inscribible, porque los asientos de sustancia inmatriculadora no son sino de carácter medial o instrumental por servir de soporte de aquellos negocios o derechos».

to, por ser causal también la cancelación en nuestro Derecho (art. 2, 2.^º LH: ... *títulos por los que... se extinguen...* , y 173 RH)⁷⁴, único modo de que su práctica permita presumir la extinción del derecho al que se refería el asiento cancelado (art. 97 LH).

Ninguna forma mejor de cerrar este punto que trayendo en auxilio del criterio expuesto la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si ésta, en los momentos de alza de la concepción germanista, se mostró alguna vez favorable al desplazamiento de la causa en la inscripción registral⁷⁵, hubo posteriormente de decantarse en la línea causalista impuesta por nuestro sistema, en la que hoy

⁷⁴ En la doctrina, lo argumenta perfectamente DÍEZ-PICAZO: *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, RCDI 1967, pp. 1263 y ss.; en la *jurisprudencia* de la Dirección General de los Registros, cfr. R. 2-11-1992: «3. El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista. Ha de advertirse, en primer lugar, que no hay razón suficiente para hacer, en el sistema general, una excepción cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de asiento de cancelación, la extinción o reducción de un derecho real inscrito (cfr. arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria), pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones [...]. También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones [...]. Para la presunción de que se concreta la fuerza legitimadora del Registro hay que tener en cuenta todos los asientos, también las cancelaciones [...]. Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general –y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación–, sea aplicable a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones. 4. [...] La expresión de la causa de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos los requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago si del crédito hipotecario se trata, o para la extinción por donación (o condonación): no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o para una renuncia (cfr. arts. 99 de la Ley Hipotecaria y 178, 1 del Reglamento Hipotecario), que para el que implique una enajenación a título oneroso (cfr., por ejemplo, arts. 166 y 271 del CC). Y también de la causa de la cancelación dependerá que sean unos u otros los asientos procedentes (cfr., por ejemplo, artículo 240 del Reglamento Hipotecario). 5. En esta interpretación –la única que permite la congruencia sistemática– no carece de sentido el texto del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto. Se trata con este artículo y con los que le siguen de señalar en qué casos –los más frecuentes– rige la doctrina general sobre nuevas inscripciones en relación con un dominio o derecho real ya inscrito (se necesita título otorgado por el titular registral o sus causahabientes o sentencia en juicio ordinario seguido contra ellos) (cfr. arts. 1.^º III, 20.I, 40, 82.I y 85.I y II de la Ley Hipotecaria y 105 y 213 del Reglamento Hipotecario), en qué casos ni siquiera se exige un título especial (cfr. art. 82.II y concordantes de la Ley Hipotecaria) y en qué casos, por el contrario, y aunque el titular registral esté de acuerdo en la cancelación, no basta para conseguir la un título simplemente otorgado por él (cfr. arts. 83 y 85.I de la Ley Hipotecaria). Entender, en cambio, que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho que el asiento publica, siendo así que no sólo a él interesa la inscripción, que pudo, por eso, haber sido solicitada y costeada por persona distinta (cfr. art. 6.^º de la Ley Hipotecaria) [...]».

⁷⁵ R. de 31 de julio de 1928: « [...] si bien en el artículo segundo de la ley fundamental parecen admitirse como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que

se manifiesta sólida y decididamente asentada. Baste la cita –entre las recientes– de las Resoluciones de 26 de octubre y 2 de noviembre de 1992, 11 de junio de 1993, 19 de enero de 1994, y, finalmente, 30 de marzo de 1998. La primera y la tercera se refieren a un mismo problema: la inscripción de la ganancialidad atribuida por consentimiento de los cónyuges a una finca anteriormente privativa; la segunda, a una cancelación por consentimiento formal: justamente el último baluarte pretendido a la toma de razón abstracta en nuestro Derecho; la cuarta, al intento de inscribir el dominio en favor de otro sobre la sola base de su reconocimiento por el titular previamente inscrito; la quinta y última, al intento de inscripción de una hipoteca en garantía de un reconocimiento abstracto de deuda. En cuanto a lo primero, va a sostenerse que aunque la ley permita a los cónyuges atribuir de común acuerdo naturaleza ganancial a bienes que sin tal acuerdo serían privativos, para su inscripción como gananciales no basta la toma de razón del puro y vacío acuerdo de tal atribución, sino que resulta de todo punto necesaria la exacta determinación de su causa o porqué, como expresión de la naturaleza del título por el que dicho bien ingresa en la sociedad conyugal⁷⁶; en cuanto a la cancelación se mantendrá que, sometida ésta al régimen general de la inscripción, es imposible su práctica sin la

la transferencia, constitución, modificación o cancelación de un derecho real contengan una manifestación de voluntad apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro, han sido recogidas en el citado artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan».

⁷⁶ R. de 26 de octubre de 1992: «1. Están de conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial, y únicamente disienten en si basta para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez, dan “carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma”. 2. Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial –la de gananciales– que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los “ciertos contratos” que, seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del CC. A efectos registrales la expresión de la naturaleza del título es obligada [...]; R. de 11 de junio de 1993: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid. Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989 y 26 de noviembre de 1992*) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges –y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (*vid. art. 1323 del CC*), siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid. art. 609 del CC*), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente [...]. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa [...]. La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo [...]. La misma doctrina, posteriormente, en la R. de 16-10-98.

expresión de su causa⁷⁷; en cuanto a la inscripción del dominio por su mero y abstracto reconocimiento, se negará que éste pueda considerarse título adecuado para proceder a la inscripción en favor de su beneficiario ya que para inscribir se necesita un título material, oneroso o gratuito, con el que no puede confundirse el mero reconocimiento que, como tal, ni es título transmisivo material, ni siquiera título declarativo en el sentido del artículo 2. 1.^º LH⁷⁸; por último, en cuanto a la hipoteca en garantía de deuda abstractamente reconocida, aparte exigencias del principio de especialidad, que un tal reconocimiento carece de aptitud para generar deuda exigible en sí misma con independencia de su causa⁷⁹. El causalismo de nuestro sistema registral,

⁷⁷ R. 2 de noviembre de 1992: «3. También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones [...]. Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general –y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación– sea aplicable a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones. 4. Es doctrina de este Centro directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal [...]».

⁷⁸ R. 19-1-94: «Segundo.—[...] la única cuestión a decidir en el presente recurso es la de determinar si el reconocimiento de dominio en favor de persona distinta del titular registral o, más propiamente, la voluntad del titular registral es suficiente para inscribir el dominio a favor de un tercero, como parece sostener el recurrente, al afirmar que el “reconocimiento existe y es inscribible conforme a la Ley Hipotecaria”, o si por el contrario, la inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad presupone necesariamente la acreditación fehaciente del título adquisitivo a quien pretende el asiento.

Ha de tenerse en cuenta que lo que accede a los libros registrales es un título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio (art. 2 de la Ley Hipotecaria), que a su vez ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la misma Ley. Solamente si el reconocimiento de dominio tuviese la condición de título material transmisivo o declarativo de dicho dominio, podría acceder al Registro de la Propiedad.

Tercero.—Es indudable que, en nuestro sistema jurídico, el solo acuerdo de voluntades, aun cuando vaya seguido de la *traditio* carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio. Se precisa para ello un título material oneroso o gratuito, que ponga de manifiesto la contraprestación o la liberalidad en virtud de la cual se opera y tiene efecto la voluntad transmisiva y cuyo título ha de ir seguido de la tradición [...] de todo lo cual carece el mero reconocimiento de propiedad por lo que no puede reputarse como título traslativo.

Tampoco puede considerarse el reconocimiento de propiedad como título declarativo del dominio, al que se refiere el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria. No tiene la voluntad individual por sí sola, único punto de apoyo del reconocimiento, virtualidad suficiente como para declarar con efectos *erga omnes*, sino solamente como reconocimiento o confesión personal que un bien pertenece a una persona determinada. Es la resolución judicial, que declara frente a todos la pertenencia de un bien a una persona determinada, el título declarativo por excelencia».

⁷⁹ R. 30 de marzo de 1998: «Se tiene en cuenta: a) Que [en] nuestro Ordenamiento, el reconocimiento unilateral de una deuda carece de aptitud para generar el nacimiento de una deuda exigible en sí misma con independencia de la causa que la motiva (cfr. arts. 1255, 1261 y 1274 CC). En el presente caso ha de confirmarse el criterio del Registrador, toda vez que de los términos del reconocimiento cuestionado se desprende claramente que la voluntad del autor no es la de sustituir con plena eficacia novatorias las deudas reconocidas por una nueva, sino exclusivamente la de fijar contra él el importe cuantitativo total de las deudas concretas que tiene frente a cada una de las entidades enumeradas, las cuales conservan su vigencia y específico régimen jurídico, de modo que ese montante global

derivado del previamente inspirador de nuestro sistema sustantivo civil⁸⁰, así como las exigencias del principio de determinación y de la calificación registral⁸¹, juntamente con la del distinto influjo de la naturaleza del título inscrito en la protección deparada por el Registro al adquirente⁸², son las razones que llevan hoy a la Dirección General de los Registros a sostener la necesidad de que la toma de razón registral manifieste siempre la causa del dato publicado⁸³. Son, en esencia, las mismas que hace treinta años, casi de pasada pero certera y magistralmente como siempre, había argüido en el *Negocio Jurídico* don Federico de Castro⁸⁴. Nada que añadir nos queda a nosotros. Es bas-

carece de exigibilidad en sí mismo, no siendo susceptible de garantía hipotecaria (cfr. art. 104 LH); dicha garantía únicamente procedería respecto de cada una de las concretas deudas cuya mera contabilización arroja ese saldo, pero siempre que se cumplieran las exigencias inherentes al principio de especialidad reseñado».

⁸⁰ RR. de 2 de noviembre de 1992 y 27 de septiembre de 1999: «3. El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del Ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista».

⁸¹ R. de 26 de octubre de 1992: «A efectos registrales, la expresión de la naturaleza del título es obligada, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.»; R. de 2 de noviembre de 1992: «Es doctrina de este Centro directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan»; R. de 11 de junio de 1993: «La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan (*vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193.2º del reglamento Hipotecario*)»; R. 19-1-94: «En este sentido, es doctrina reiterada de este centro directivo que para la inscripción de cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de la causa onerosa o gratuita que lo determine, ya que es el único medio de que el registrador, al calificar, tenga en cuenta los requisitos de capacidad y de forma que exige la ley y, en consecuencia, el carácter de título material adecuado para operar la transmisión».

⁸² R. de 11 de junio de 1993: «Téngase en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuitad de la causa del negocio inscrito (*vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria*)».

⁸³ Aparecen enumeradas en la R. de 16-10-98 del siguiente modo: «a) La exigencia de causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. arts. 1274 y ss. CC); b) La extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribile (art. 18 de la LH); c) La necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad el negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir (cfr. arts. 9 LH y 51 RH); d) Las distintas exigencias en cuanto a la validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito), así en parte a su protección —cfr. arts. 34 LH y 1279 CC— como en su firmeza —cfr. arts. 644 y ss. CC».

⁸⁴ CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pp. 236 y 297.

tante a nuestra finalidad y a la integración de tales razones en el contexto de estas páginas un par de observaciones, insistencia una y otra en lo que hasta ahora hemos venido diciendo. La primera, que —a la vista de lo que ocurre en el Derecho registral suizo— la fáctica posibilidad de que un sistema legal llegue a quebrar la línea de continuidad entre el mecanismo transmisor de los derechos reales y el de su constatación registral, puede llevar al resultado, ya antes advertido, de que —contra lo que ocurre en nuestro Derecho (art. 21 LH)— la mención y el control de la causa se detenga en la calificación registral, sin que de ella se haga mención en la inscripción. La segunda, que la prolongación de la atención a la causa, hasta llevarla expresa y concretamente indicada a los libros del Registro, no es sino el natural resultado del desarrollo en coherencia de los principios inspiradores de nuestro Derecho de Cosas, desde la configuración de sus bases sustantivas hasta la de su sistema de publicidad registral. En un sistema de transmisión causal y de *numerus apertus*, donde, por tanto, los derechos reales pueden conformarse libremente y transmitirse en forma pura y simple, o condicional (art. 9. 2.^a y 23 LH), o modal (art. 2.3 LH), la seguridad del tráfico exige que la conformación del derecho inscrito, así como las circunstancias de su estabilidad, dependientes una y otras del título que permite inscribirlos, sean cognoscibles a los terceros interesados en su adquisición. Es ello lo que, sin necesidad de introducir el corte traumático entre el contrato o título transmisor y el derecho real transmitido, impone llevar a la inscripción el detalle concreto de su naturaleza y contenido, en el bien entendido de que su publicidad permite oponerlo, en lo que tiene de configurador del derecho inscrito y de fundamentador de su preciso grado de estabilidad, a los terceros que por ella pudieron conocerlo, y de que su silenciamiento registral impide hacerlo valer frente a los que efectivamente y sin culpa lo desconocieron (arts. 34 y 37 LH)⁸⁵. A la vista de ello

⁸⁵ *Vid.* STS de 1 de abril de 1998: «[...] a la vista del artículo 1274 del CC se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo [...]. Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa —es el motivo causalizado— y tenga transcendencia como tal elemento del negocio jurídico [...]. En el contrato de compraventa de 8 de noviembre de 1988 se previó expresamente que la utilización de la planta baja (la planta alta la utilizaba el vendedor en virtud del derecho de habitación que se constituyó a su favor) era un derecho personal para el comprador y para su madre. Al venderse a un tercero, con la subsiguiente facultad de ocupar y poseer la finca, se incumplió frontalmente esta previsión [...]. No puede pensarse que es una obligación secundaria que no puede dar lugar a la resolución, ya que ni es secundaria ni es obligación. Es una configuración de la facultad de poseer, que aparece como esencial y cuyo incumplimiento da lugar a la resolución. [...] el incumplimiento lo ha sido de la configuración de la posesión que adquiría el comprador, recurrente en casación: ciertamente es personal, pero, como posesión, integrante, como facultad, del derecho de propiedad, se inscribió en el Registro de la Propiedad y su incumplimiento da lugar a la resolución del primer contrato y alcanza al tercero adquirente».

podemos concluir que la causa que nuestro sistema registral impone llevar a la inscripción no es sólo la genérica causa objetiva o causa-función, el título contractual de finalidad traslativa; también tiene cabida en ella –además de las circunstancias que condicionan la eficacia de la transmisión operada en razón de la interna y general ley del contrato (arts. 10 y 11 LH)– aquellas otras que, añadidas por la voluntad común de los otorgantes, nos sitúan en el campo de la específica causa subjetiva o causa concreta. El causalismo del sistema transmisor civil se traduce en nuestro Derecho en un causalismo registral que impide no sólo la inscripción abstracta sino también la reducción de la causa inscribible a la rigidez del mínimo común de su tipo genérico. Causalismo y *numeris apertus*, de nuevo, como conformadores de la singularidad de nuestro sistema registral frente al también causalista pero numeroclausista sistema suizo.

II. EL VALOR NO CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN Y SU CARÁCTER VOLUNTARIO

1.^º El doble par *constitutiva-declarativa* y *obligatoria-voluntaria*: diferenciación y mutuas implicaciones. Forma de proceder a la vista de ellas

En la sistemática hipotecaria de inspiración germánica, el *principio de inscripción* denota, *grosso modo*, la necesidad de la inscripción registral para la producción de la transmisión de la titularidad que el Registro debe publicar⁸⁶. En nuestro Derecho de la publici-

⁸⁶ El principio de inscripción (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*) es de cuño netamente alemán, constituyendo su núcleo la integración de la inscripción registral en el proceso de la transmisión jurídico-real. Así se le presenta en STAUDINGER-ERTL.: *Vorbem zu §§ 873-902, Rz 27: «d) Eintragungsprinzip: Das Eigentum geht durch Grundbucheintragung über. Das reine Eintragungsprinzip mit formaler Rechtskraftwirkung hat vor 1900 zB in Hamburg, Mecklenburg, Sachsen, geherrscht und war im bayerischen Entwurf eines BGB (1864) vorgesehen. Obwohl das im deutschen Rechtskreis geltende Recht das Eintragungs- und Konsensprinzip so miteinander verbunden hat, daß weder Eintragung allein noch Konsens allein genügt, bestehen Unterschiede. Nach BGB (§§ 873; 925) bewirken nur dingliche Einigung (in Auflassungsform) und Eintragung als selbtändige Voraussetzungen gemeinsam den rechtsgeschäftlichen Eigentumerwerb, der in der Schweiz durch öffentlich beurkundeten (nichtdinglichen) Vertrag und Eintrag (Art 656, 657, 972 ZGB), in Österreich durch Erwerbsgeschäft in beglaubigter oder öffentlicher Urkunde und Einverleibung im Grundbuch (§§ 380, 431, 432 ABGB) und in der DDR durch öffentlich beurkundeten und staatlich genehmigten Vertrag und Grundbucheintragung (§ 297 ZGB) erfolgt».* De la misma forma lo presenta DESCHENEAUX, *op. cit.*, pp. 7-8, en el Derecho suizo, aunque destacando, lo que valdría también para el Derecho alemán, su versión débil en los supuestos donde la inscripción tiene valor sólo declarativo: «3. Principe de l'inscription. La publicité

dad inmobiliaria, no alterando la instauración del Registro de la Propiedad el mecanismo transmisor del título y el modo, es claro que no puede hablarse de un *principio de inscripción* de contenido equivalente al que se le reconoce en Alemania y Suiza; más bien, como indican Lacruz-Sancho⁸⁷ —a nuestro juicio, con razón⁸⁸— habría que hablar de un *principio de no inscripción*. Claro está que lo que no se sigue de ello es que el hueco dejado en nuestro Derecho por la inexistencia de tal principio no deba ser ocupado doctrinalmente por un espacio específicamente destinado a determinar exactamente cuál es la relación que en él se produce entre la constitución o producción del dato jurídico-real a publicar y la práctica de su inscripción en el Registro llamado a publicarlo. Es el que nuestra doctrina dedica a la dilucidación del carácter y valor de la inscripción registral. En sustancia, salvados los matices necesarios e indicadas las excepciones de rigor, vendrá a resolverse el problema asignando a la inscripción dos caracteres, cada uno de ellos afirmado por oposición a su con-

foncière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles. "L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière" (art. 656 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 731 al. 1, 746 al. 1, 783 al. 1, 799 al. 1). "La propriété s'éteint par la radiation de l'inscription ..." (art. 666 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 712 f al. 1, 734 al. 1, 748 al. 1, 801 al. 1). On parle de l'*effet négatif* du registre foncier (sans inscription, pas de modification du droit réel) ou de son effet *constitutif* ou encore *extintif*, qui s'applique entre parties comme à l'égard des tiers. Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*. Nécessaire ou non, l'inscription n'est jamais suffisante, en l'absence de titre, pour créer, modifier ou éteindre des droits réels. Le principe d'inscription, absolu ou relatif, n'est pas radicalisé».

⁸⁷ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64.

⁸⁸ Disiente de este planteamiento, en nuestra más reciente doctrina, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 557 y ss., para quien «determinar el alcance de la inscripción respecto a la formación o conformación del derecho real es el tema fundamental del principio de inscripción», lo que le lleva a defender el «principio de inscripción», «pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción "conformadora" de la plena eficacia real "erga omnes". En el primer caso, estamos ante la inscripción constitutiva propiamente dicha. En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real "erga omnes" del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros. Pero excluimos la vía negativa de la llamada "inscripción meramente declarativa"».

trario: en el dilema ante la inscripción forzosa y la inscripción voluntaria, nuestro legislador habría elegido la voluntaria, y en la disyuntiva entre la inscripción constitutiva y la declarativa habría optado por esta última. En nuestro sistema registral, pues, la inscripción es, por lo general, voluntaria y declarativa.

Como todo lo que termina imponiéndose, la anterior afirmación, en la generalidad con que la hemos propuesto, tiene muy sólido fundamento y refleja con sustancial exactitud el papel reservado a la inscripción registral en nuestro Derecho. Podría, por tanto, ofrecérsenos, como la más adecuada pauta para el tratamiento de la materia que aquí nos proponemos estudiar. Comentaríamos separadamente las notas de la voluntariedad y de la declaratividad de la inscripción, comprobaríamos su consagración en la ley, y atenderíamos a sus respectivas excepciones. No creemos que sea éste el camino que debamos seguir. Estamos seguros de que nos llevaría a mil repeticiones y, sobre todo, de que nos abocaría muy frecuentemente a zonas en las que no sabríamos determinar a ciencia cierta qué es lo que en determinados supuestos la ley impone o excepciona: si la voluntariedad de la inscripción o su pura declaratividad. La razón de que así tenga que ser no es otra sino que la oposición de los pares que hoy se nos presenta como una evidencia real y lógica, no lo es tanto ni en sí misma ni, mucho menos, en su planteamiento histórico.

En efecto, las dos alternativas: *constitutiva-declarativa* y *obligatoria-voluntaria*, responden, simplificando, a la doble perspectiva que teóricamente se ofrece al legislador en el momento de fundar la publicidad registral y de intentar su implantación y efectividad según se decida, para lograr éstas, o bien por fomentar las ventajas sustantivas de la inscripción como elemento de refuerzo del derecho inscrito –pudiendo en esta línea llegar a convertirla en presupuesto de su misma adquisición y existencia–, o bien, más primaria y toscamente, por forzar su práctica mediante la imposición de sanciones a quienes la omitan, pero sin que tal omisión impida la validez en Derecho de lo que no se inscriba.

Contra esta simplificación, es muy claro, de una parte, que caben matices introductores de posibilidades intermedias entre los dos polos que, en el par de contrarios tomados en cuenta, enfrenta la inscripción constitutiva a la puramente declarativa, y la obligatoria frente a la absolutamente voluntaria y libre; de otra, que es perfectamente posible que en el planteamiento adoptado por el legislador, la dualidad de las perspectivas antes distinguidas se unificara confusamente, provocando que, en tal caso, la caracterización de la inscripción no pueda llevarse adecuadamente a cabo mediante la indicación de una duplicidad de notas netamente denotadoras de

la oposición a sus contrarios, sino de la mixtura indistinta de aquellas en la fusión del que se consideraría ser el modelo elegido frente al único que, como alternativa al mismo, se tomaba efectivamente en consideración. Exponente de lo primero –sin que ahora podamos entrar en detalles sobre su justo significado y sobre su conexión más o menos inmediata con la materia propia del *principio de inscripción*–, es el caso de la inscripción no declaradamente constitutiva pero sí condición de oponibilidad del derecho inscrito y determinante de su imposición sobre el no inscrito; o el cúmulo de esas otras consecuencias sustantivas de la inscripción, que, también sin elevarla a constitutiva del derecho publicado, ha llevado a algunos de nuestros autores a hablar de una forma intermedia de inscripción: ni constitutiva ni puramente declarativa, sino convalidante o conformadora. Y estos mismos casos, que en la perspectiva ahora indicada constituyen posibilidades o fórmulas intermedias, vuelven en cierta forma a interferir de igual modo en la perspectiva contraria: entre la posibilidad de la absoluta obligatoriedad de la inscripción y su pura voluntariedad y libertad, aparecería ahora la de la inscripción incentivada, fomentada o premiada por el conjunto nada desdenable de las ventajas que proporciona al derecho de quien la practica. Prueba, a su vez –y ésta bien simple–, de la unificación de perspectivas antes indicada, es el caso de la inscripción de tal forma impuesta desde la consideración de su necesaria obligatoriedad, que su omisión se sancione con la nulidad del acto que debió inscribirse, y, consiguientemente, con la inexistencia del resultado jurídico-real que con él se pretendía conseguir⁸⁹. En defi-

⁸⁹ Prescindiendo ahora de la comprobación del supuesto en el plano legislativo, es oportuno dejar aquí tomada nota de la confusión que se indica en la doctrina de los autores. No es infrecuente su denuncia: cfr., e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ... I*, cit., pp. 264-265: «se trata, pues, de la clasificación de las inscripciones en voluntarias y obligatorias, forzosas o necesarias, que en España ha sido excesivamente discutida, y normalmente involucrada y confundida con la de inscripciones constitutivas y declarativas»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 141: «El sistema de inscripción *necesaria* coincide de hecho con el de inscripción “constitutiva”...» (cva. del a.); CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230: «Cuando la inscripción aparece como requisito necesario viene a generar consecuencias muy parecidas a las de la inscripción constitutiva, y por ello no debe resultar extraño que, para ciertos sectores doctrinales, ambos aspectos resulten identificados». Un atisbo de la confusión puede aparecer en algún texto de GÓMEZ DE LA SERNA, así, *op. cit.*, p. 248: «Para terminar las observaciones en que el examen de la cuestión de si es o no obligatoria la inscripción nos ha empeñado, añadiremos que por consecuencia de no ser obligatoria [...] están derogadas las leyes recopiladas y dadas con posterioridad a ellas [...] que señalan términos para la inscripción, y declaran la nulidad de los actos o contratos no inscritos entre los que fueron parte en ellos. Nada de esto cabe dentro de los límites de la nueva Ley hipotecaria». En la doctrina actual, DE ANGEL YÁGÜEZ: *op. cit.*, p. 87: «De acuerdo con la primera fórmula [obligatoriedad de la inscripción], el ordenamiento jurídico que la adoptase negaría toda validez a los actos jurídicos que no hubiesen tenido la oportuna publicidad mediante la inscripción registral». Un exponente de la confusión en la doctrina francesa, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2.^a ed., París 1987, p. 466: «Jusqu'à la reforme de 1955 la

nitiva: que ni las dos perspectivas son siempre nítidamente distinguibles en la teoría y necesariamente separables en la práctica; y que, frente a los modelos resultantes de su oposición, caben posibilidades distintas o intermedias que, naturalmente, no han dejado de ser advertidas por la doctrina⁹⁰.

A las dificultades anteriores se añaden todavía otras que, como las ya indicadas, recomiendan no erigir en eje de nuestro estudio la contraposición *constitutiva-declarativa, obligatoria-voluntaria*. La primera es el margen de incertidumbre y de duda que, casi inevitablemente, rodearía la delimitación de los conceptos empleados. No exageramos las dificultades; nos limitamos a tomar nota de lo que al respecto se encuentra en la doctrina. ¿Qué se entiende en ella por inscripción obligatoria? Aparte la confusión ya vista, que la identifica con la que es necesaria para la eficacia del negocio de transmisión⁹¹ o para la efectividad del derecho real publicable⁹², si, de acuerdo con la conceptuación más extendida se la considera como aquella cuya omisión resulta penalizada con algún tipo de sanción, ¿no podría considerarse obligatoria la inscripción que el Derecho considera condición de oponibilidad a terceros del derecho inscri-

publicité foncière était facultative [...]. En effet, à différence du régime des législations organisant le livre foncier, le droit français ne fait pas de la publication une condition de l'existence ou de la validité des droits [...].

⁹⁰ COSSIO: *op. cit.*, pp. 164-165: «Pero esta finalidad [conseguir una perfecta publicidad de la situación jurídico real de los inmuebles] puede conseguirse por diferentes procedimientos. De ellos, el más tosco y desacreditado, es el de la obligación de inscribir impuesta a los titulares bajo la amenaza de más o menos severas sanciones. Otra fórmula, la aceptada hasta ahora por nuestro sistema hipotecario, consiste en ofrecer ciertas positivas ventajas, de interés indudable, al titular inscrito sobre el no inscrito. Un último procedimiento, que es el que goza de mayor favor en la doctrina, es el admitido por el sistema alemán, que da valor constitutivo del derecho a la inscripción, cuando se trata de transmisiones negociales "inter vivos", con lo que se evitan, o por lo menos se reducen, las posibilidades de una doble titularidad civil e hipotecaria»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 129-130: «La cuestión, pues, en el campo de la política jurídica, se plantea, excluyendo la antijuridicidad de la falta de inscripción, en estos tres interrogantes: a) Si debe imponerse la inscripción necesariamente, o no, para la constitución de los derechos reales (por contrato). b) Si debe obligarse a inscribir, no sólo las futuras transmisiones, sino la situación actual de los inmuebles, y todos los cambios que tengan lugar en ella; y c) Si debe privarse de algunos efectos, y cuáles, al documento no inscrito, aun reconociendo su virtualidad en orden a las modificaciones en las titularidades reales»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 229: «Tal propósito [fomentar el acceso al Registro] se ha exteriorizado de una doble manera: a) imponiendo la inscripción en forma absoluta como requisito para el ejercicio del derecho, y b) restringiendo la eficacia de los derechos no inscritos, al objeto de estimular su entrada al Registro».

⁹¹ DE CASSO: *op. cit.*, p. 141: «También puede hablarse de un sistema con presupuesto "de inscripción" necesaria o meramente voluntaria. El primero, exige para la eficacia de los actos jurídicos sobre derechos reales, la "toma de razón" de los títulos en que consten, en el Registro» (cva. del a.).

⁹² CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230: «En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

bible? En Francia no es infrecuente decir que la inoponibilidad del derecho no inscrito era la sanción que la Ley francesa de Transcripción de 1855 imponía a la omisión de la inscripción⁹³. Lo mismo había dicho Permanyer en la discusión parlamentaria de nuestra Ley Hipotecaria⁹⁴. Desde otro punto de vista, voluntariedad y libertad –como sus opuestos: obligatoriedad y necesidad– son conceptos sumamente flexibles, susceptibles de ser entendidos y apreciados *secundum magis et minus*, sobre todo cuando la misma actuación que en alguna de estas formas se califica es considerada en instancias distintas y respecto de realidades o efectos diferentes. Es muy obvio lo que acabamos de decir: lo que física y materialmente es libre puede no serlo jurídicamente, y, todavía, lo que jurídicamente es en general y abstractamente libre, puede ser necesario para la consecución de un determinado resultado. Nuestro Gómez de la Serna, al mismo tiempo que decía que la Ley Hipotecaria deja en libertad a los particulares para acogerse al Registro o prescindir de sus ventajas, añadía que, tal libertad salvada, no faltaban en ella instrumentos que indirectamente obligaban a inscribir⁹⁵. ¿Qué grado de libertad es necesario para considerar voluntaria la inscripción, y cuándo el empleo de este concepto queda reducido a vacía literalidad por consecuencia del encanijamiento del derecho que, en uso de dicha libertad, se deja malvivir fuera del Registro? Y si de la inscripción voluntaria pasamos a la constitutiva: ¿qué entender por ella: la que se integra en el *iter* productor de la mutación jurídico-real, según entiende la mayoría de los autores⁹⁶, o la

⁹³ MAZEAUD: *op. cit.*, p. 576: «Jusqu'à la réforme de 1955, la seule sanction du défaut de publicité –corollaire de l'effet de la publicité– était, en principe, l'*inopposabilité aux tiers du transfert non transcrit*» (cva. del a.); MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 673: «En effet, à la différence du régime des législations organisant le livre foncier, le droit français ne fait pas de la publication une condition de l'existence ou de la validité des droits et la sanction du défaut de publicité était réduite à l'*inopposabilité aux tiers*. Certes on pourrait dire que la publicité était obligatoire en ce sens [...].» La misma idea, en nuestra doctrina, en CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 83: «A. *En qué sentido puede decirse que es legalmente forzosa*. Como la ley Hipotecaria es una ley que se ha llamado de terceros, resulta que la inscripción es forzosa en el sentido de que se quieran hacer valer contra esos terceros los actos y contratos referentes a bienes inmuebles» (cva. del a.).

⁹⁴ Da noticia de ello GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «Parecidas explicaciones a estas se dieron en el Congreso de los Diputados: "Cualquier otra sanción", decía un Diputado [...] "sería exorbitante, sería injusta [...]. Toda la sanción del proyecto queda, pues, reducida, como lo habrá de quedar, a la ineficacia de los títulos registrables y que no se hayan registrado, siempre que se trate de hacerlos valer en perjuicio de tercera persona"».

⁹⁵ SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «No puede dudarse, pues, de que no hay obligación alguna directa de hacer la inscripción. [...] Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado».

⁹⁶ Por todos, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos ...*, cit., p. 424: «Ahora se trata simplemente de saber si la inscripción –o en general el asiento registral– es o no un elemento o un trámite necesario, que forma parte integrante del *iter* negocial o del supuesto de hecho com-

que se ordena a extender hasta los terceros los efectos que el acto inscribible produce por sí solo, al margen del Registro, según en la doctrina italiana sostiene Pugliatti⁹⁷? Y todavía –para finalizar ya con la indicación de estas dificultades– si de la atención separada de cada uno de los pares contrapuestos pasamos a la consideración simultánea y conjunta de ambos, cualquiera ve –testigo de ello el sistema francés después de su reforma de 1955⁹⁸– que mientras es perfectamente posible la existencia de una inscripción considerada como no constitutiva pero impuesta coactiva o forzosamente, resulta mucho más problemático admitir que en los sistemas donde la inscripción es constitutiva, no sea, *eo ipso*, simultáneamente obligatoria o forzosa⁹⁹. De nuevo, pues: que la contraposición de los enfrentados caracteres a los que nos venimos refiriendo, más que criterio-guía para una clara y ordenada explicación del exacto carácter y valor de la inscripción registral en nuestro Derecho, puede erizar de dificultades y tropiezos el camino que trazado por otra ruta puede resultar más fácil.

Justamente porque lo que pretendemos es clarificar, y porque, en contra de nuestro propósito, el planteamiento de las dificultades

plejo de formación sucesiva tras el cual aparece la modificación jurídico-real. Si la respuesta es afirmativa se habla de inscripción constitutiva [...].».

⁹⁷ PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 428: «Riteniamo, invece, che si possa parlare di pubblicità *constitutiva*, in realzione a quelle ipotesis nelle quali la pubblicità produce l'effetto di estendere ai terzi l'efficacia dell'atto rispetto al quale si è regolarmente attuata».

⁹⁸ MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 467: «Le décret du 4 janvier 1955 a donné un caractère nouveau à la publicité foncière. Tout en maintenant le principe traditionnel en France que l'existence des droits et la validité des actes sont indépendantes de la publicité, le décret de 1955 a [...] étendu le domaine de la publicité foncière en lui assignant un autre rôle. Il a fait de cette publicité une institution de *police civil*, qui au-delà des intérêts des titulaires de droits, entend assurer un intérêt beaucoup plus général, en établissant une sorte d'état-civil des immeubles faisant connaître d'une façon aussi complète que possible l'ensemble des droits qui gêvent chacun d'eux et des actes ou faits juridiques qui les concernent». Cfr. también, MAZEAUD: *op. cit.*, p. 530-531.

⁹⁹ La opinión «ortodoxa» en este punto, puede verse en ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 264: «Pero: ¿y cuándo la inscripción es constitutiva? Hemos dicho que se requiere cierto esfuerzo para calificar este tipo de inscripción como *estímulo* a la inscripción, pero, en definitiva, no puede estimarse que entonces la inscripción haga tránsito al tipo de obligatoria, forzosa o coercitiva, pues hay diferencias, conforme se ha visto antes, y, por consiguiente, quizás no sea del todo erróneo catalogar la inscripción constitutiva entre los estímulos a registrar, en los contados casos en que aquélla es impuesta en nuestro sistema». En sentido contrario, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 267, y CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 230, entienden condición necesaria para poder entrar a discutir el carácter voluntario o forzoso de la inscripción, que ésta no venga impuesta como constitutiva. En términos más pragmáticos, DE CASSO: *op. cit.*, p. 140, nota 2, admite que en los sistemas de inscripción constitutiva, ésta es «necesaria o indefectible para la validez del acto o negocio jurídico, aun cuando no sea *obligatorio* inscribir, como ocurre en el sistema alemán del B.G.B.», pero, a continuación (p. 141) advierte que «el sistema de inscripción *necesaria* [que opone al de inscripción voluntaria] coincide de hecho con el de inscripción “constitutiva”». En esa misma línea, SERRANO SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933, núm. 15, pp. 31-32, había llamado la atención sobre la vacuidad del carácter voluntario de la inscripción en el sistema suizo, dado el valor constitutivo que en él reviste normalmente.

anteriores pudiera interpretarse como una contribución a su embrollamiento, queremos terminar este trazado del itinerario a recorrer asentando los conceptos básicos que han de guiarnos en él, y haciéndolo en la forma de tal modo habitual en nuestra doctrina, que sobre ella puede considerarse imperante el acuerdo pacífico. Es perfectamente correcto, tanto en el planteamiento lógico como en el de la interpretación del ordenamiento positivamente existente, contrastar la práctica de la inscripción registral con la idea de la libertad individual o de su contrario: lo jurídicamente imperativo. Desde tal punto de vista la inscripción será voluntaria cuando la ley confie su práctica a la libre iniciativa del interesado, sin mezcla alguna de obligación ni deber cuyo incumplimiento fuera jurídicamente sancionable¹⁰⁰. Será obligatoria en caso contrario: cuando se la constituya legalmente en deber cuya infracción provoque alguna forma de sanción legal¹⁰¹. Es igualmente correcto contrastarla con el proceso genético del derecho real y con la exacta determinación del momento de su culminación o perfeccionamiento. Desde tal punto de vista la inscripción será declarativa cuando se limite a publicar la existencia de un derecho venido a la existencia previamente a ella y sin su intervención¹⁰². Será constitutiva en el caso contrario: cuando la inscripción es necesaria para el nacimiento del derecho que publica, y como tal se integra en el *iter* complejo que lo determina¹⁰³. De acuerdo con estas nociones, nosotros nos adhe-

¹⁰⁰ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 263: «La inscripción voluntaria [...] se caracteriza por implicar un *instrumento* o *elemento medial* para conseguir un resultado beneficioso al directamente interesado mismo y para la fijación y normalidad de su derecho, sin que ello suponga ningún *deber u obligación* de pedir la inscripción» (cva. del a.).

¹⁰¹ SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil, o en el penal; y esta sanción no existe [...]»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 129: «[...] la inscripción obligatoria en sentido propio —es decir, no requisito para la efectividad de los cambios reales, pero declarada deber cuya infracción se castiga— [...].» Desde el punto de vista legal, la obligatoriedad de la inscripción aparece nítidamente destacada en la Ley de Bases del Código Civil respecto a la practicable en el Registro Civil; algo sin paralelo en lo que se dispone para el Registro de la Propiedad. Dice así, en lo que ahora nos interesa, el tercer párrafo de la Base 9, dedicada al Registro Civil: «Se mantendrá la obligación, garantizada con sanción penal, de inscribir los actos o facilitar las noticias necesarias para su inscripción tan pronto como sea posible [...].»

¹⁰² ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 193: «La inscripción es *declarativa* cuando la mutación jurídico-real inmobiliaria se opera independientemente del Registro [...]» (cva. del a.).

¹⁰³ ROCA SASTRE: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] y es constitutiva cuando además el Registro interviene como factor o elemento, unido a otros, para que tal mutación se produzca»; DE CASSO: *op. cit.*, p. 140: «Es “constitutiva” la inscripción [...] cuando ésta se exija *como requisito* para que nazca, se transmita, modifique o extinga el derecho real de que se trate»; DÍEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 424: «[...] se trata simplemente de saber si la inscripción —o en general el asiento registral— es o no es un elemento o un trámite necesario, que forma parte integrante del *iter* negocial o del supuesto de hecho complejo de formación sucesiva tras el cual aparece la modificación jurídico-real. Si la respuesta es afirmativa se habla de inscripción constitutiva, que es aquella que es elemento esencial, parte integrante y requisito *sine qua non* en la constitución, modificación o extinción de los derechos reales».

rimos a la doctrina prácticamente unánime que sostiene que, en general, la inscripción en nuestro Derecho es declarativa y voluntaria. Si nos negamos a utilizar estos conceptos –más que en sí mismos, en su oposición a sus respectivos contrarios lógicos– como guía en nuestro estudio es porque en esta materia las cosas han discurrido históricamente por caminos distintos a los de la confrontación teórica de los dos pares lógicamente distinguibles. Cuando en 1861 se instaura la inscripción voluntaria se está estableciendo simultáneamente con ella la declarativa y publicadora. A su vez, cuando desde la doctrina se ha pretendido atribuir un papel más decisivo a la inscripción registral, hasta hacer de ella elemento necesario de la modificación jurídico-real publicable, de nuevo las perspectivas lógicamente distinguibles han vuelto con frecuencia a involucrarse confusamente: lo mismo se ha pretendido hacerla extrínsecamente constitutiva, esto es, convertirla en formalidad necesaria para la culminación del proceso jurídico-real, que se la ha considerado, en forzada interpretación del sistema legal, como elemento que, *loco traditionis*, viene a desempeñar en el tráfico inmobiliario el papel que en el antiguo Derecho correspondía a la entrega. Es muy claro que en esta segunda modalidad, convertida la inscripción en elemento intrínsecamente constitutivo de la mutación real, es a la misma constitutividad de la inscripción a la que se atiende, pretendiéndola como fin y empleándola como medio. En la primera, en cambio, mientras se la pretende como fin, se la obtiene indirectamente y a través de la imposición de su obligatoriedad. Para sortear, pues, estos entrecruzamientos, y tratando de evitarlos, en la medida de lo posible, vamos a continuación a dejarnos guiar más por el dato histórico que por el criterio atemporal de la oposición del doble par lógicamente distingible y de las distintas formas de conjugación de sus diferentes extremos.

- 2.^o **La voluntariedad de la inscripción: cómo se la entiende y por qué se la adopta en los momentos fundacionales. La ambigüedad de algunos textos primitivos y su aclaración: la inscripción voluntaria como inscripción no constitutiva pero cuya práctica se impone a modo de carga para la expedita oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales**

No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas –se dirá en la Exposición de Motivos de 1861¹⁰⁴– la de la extensión

¹⁰⁴ E.M., ed. cit., p. 236.

que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión [...]. No es esta la opinión de la comisión [...]. Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por Don Felipe II, por Don Felipe V y por Don Carlos III, de que la falta de inscripción solo puede alegarse por los perjudicados que no hayan sido parte en el contrato que dejó de inscribirse.

Es éste, sin duda, el texto que más directamente se plantea en la Exposición de Motivos la cuestión relativa al principio germánico de inscripción; en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria, al carácter y valor de la inscripción. No es todavía el momento de entrar en las razones que llevaron a la Comisión a resolver en el sentido en que lo hizo. Por ahora nos basta subrayar que la solución adoptada supone, en primer lugar y confesadamente, en lo positivamente normativo, un muy marcado viraje en la dirección que habían impuesto las últimas disposiciones y una vuelta a la que se interpreta ser la línea marcada por nuestro premoderno Derecho Hipotecario; pero igualmente, y en segundo lugar, un viraje no menos pronunciado en la dirección que se venía propugnando para el nuevo Derecho del «Registro público» o Registro de la Propiedad en los trabajos prelegislativos que condujeron a la configuración y plasmación de la Ley Hipotecaria. De ambos extremos hay constancia histórica y su conocimiento resulta hoy fácilmente asequible. En cuanto al primero, baste recordar que en 1829, 1830 y 1845, vinculando la inscripción al pago del impuesto de hipotecas, y con una muy clara finalidad recaudatoria, se impuso obligatoriamente la práctica de aquélla como requisito de validez o existencia de los derechos inscribibles¹⁰⁵. En cuanto a lo segundo, que, tanto el Proyecto de Código Civil de 1836, limitadamente a la hipoteca¹⁰⁶,

¹⁰⁵ Información sobre ello, en CÁRDENAS: *De los principales vicios de nuestro sistema hipotecario*, «El Derecho Moderno», VI, 1849, pp. 252-253; GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 115-136; HERNÁNDEZ DE ARIZA, José: *Ley Hipotecaria comentada*, I. Madrid, 1861, pp. 91-93; OLIVER: *op. cit.*, p. 581; CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 80; NAVARRO AZPEITIA, Fausto: *Títulos e inscripciones*, *cit.*, pp. 552-553.

¹⁰⁶ Artículo 1752: «La hipoteca convencional habrá de constituirse siempre en escritura pública. Debe también tomarse razón en el Registro público de hipotecas, con arreglo a

como posteriormente, y ya con alcance general, para toda constitución o transmisión del dominio o de cualquier otro derecho real, las Bases proyectadas para el Código Civil fueron concebidas al modo conocido como germánico puro: sin inscripción en el Registro no hay efecto o mutación jurídico-real¹⁰⁷. Ruiz de Vega y, posteriormente Permanyer y, sobre todo, Luzuriaga fueron decididos partidarios de esta solución que, ante la cerrada oposición de García Goyena y gracias a la actitud conciliadora y moderada de Bravo Murillo¹⁰⁸ y Cárdenas¹⁰⁹, hubo de ceder en favor de la que comen-

los términos que se expresan en el capítulo 6.^º; artículo 1738: «Si se omitiere la toma de razón perderá el acreedor el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal». Para su interpretación, con todo, cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: *La Hipoteca (Génesis de su estructura y función)*. Madrid, 1980, p. 146.

¹⁰⁷ Interesan las Bases 50, 51 y 52 del Proyecto de Código Civil aprobadas por la Comisión General de Códigos en 1843 (cfr. para ellas, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución. I Leyes de 1861 y 1869*, I.C.N. DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, cit., pp. 76-78): *Base 50*: «No se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro público»; *Base 51*: «Lo dispuesto en la base anterior se extenderá a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvas las excepciones que determine el Código»; *Base 52*: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código».

¹⁰⁸ Cfr. *Leyes Hipotecarias* ..., cit., pp. 79-80: «En la sesión de 21 de octubre del mismo año [1848], puso a discusión Bravo Murillo, Presidente de la Sección, el título de la compraventa [del Anteproyecto de los Títulos de las hipotecas y del registro, redactado por Luzuriaga en 1848], surgiendo así la cuestión importantísima de si “el dominio de las cosas se transfiere con la entrega de ellas o desde que se perfecciona el contrato”, íntimamente relacionada con el contenido de la Base 52 del futuro Código Civil, aprobado por la Comisión anterior, según el cual la transmisión de la propiedad sólo será eficaz desde la inscripción en el Registro del título de adquisición. Dos opiniones, ambas radicales y extremas se encontraron frente a frente; mantenedor de la primera fue García Goyena, defensor de la segunda era Luzuriaga. Goyena manifestó que el dominio de la cosa vendida pasa, respecto de los contrayentes, por su voluntad o consentimiento, y respecto de tercero, mediante y desde la entrega. Luzuriaga sostuvo que la Base acordada por la Comisión anterior respecto del Registro de Hipotecas, hace ineficaz la traslación del dominio de los inmuebles hasta que éstos sean registrados, y que habría contradicción con esta Base si se decidiese que pasase el dominio por el consentimiento de los contratantes, añadiendo que en su concepto, “la traslación del dominio se realiza por la inscripción en el Registro de Hipotecas y por la entrega”. Esta segunda parte de la tesis defendida por Luzuriaga fue rechazada por Bravo Murillo quien se limitó a decir “que no debía hacerse depender la transmisión del dominio de diversos acontecimientos”. Y como solución práctica para no entorpecer la discusión del título de la Compraventa, propuso que “estando enlazada la cuestión de que se trata con lo que se resolviese sobre el Registro de hipotecas, debía decidirse aquí sobre ello, sin perjuicio de lo que se resuelva en el Registro de Hipotecas”. Así se acordó por la Sección que resolvió en el sentido de que la transmisión verificada por título de venta no debía depender de la formalidad de la inscripción en el Registro público».

¹⁰⁹ Cfr. *Leyes Hipotecarias* ..., cit., p. 127. Contestando en nombre de la Comisión a los razonamientos de Permanyer: «Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra, y no desde que se inscribe, hay un término medio que sería el que yo aconsejaría si tuviera alguna intervención en la formación de la ley ... Existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura».

zó imponiéndose en el Proyecto de 1851¹¹⁰ y terminó por ser aco-gida definitiva y positivamente en la Ley Hipotecaria de 1861¹¹¹.

Antes todavía de entrar a considerar las razones que llevaron a la elección del criterio adoptado y, consiguientemente, a juzgar sobre su acierto, conviene parar la atención en dos cuestiones de interés: la sustancia de su significado en cuanto al contraste de nuestro sistema con los contrapuestos modelos consagrados, y la relación en él existente entre la declaratividad de la inscripción –mejor, como venimos manteniendo, su función publicadora– y su voluntariedad. En cuanto a la primera, es muy claro que, haciendo innecesaria la inscripción para la existencia de los derechos suscep-tibles de ella, se estaba asestando un duro golpe a la posibilidad de configurar nuestro Registro de la Propiedad a imagen del que se interpretaba ser el modelo germánico puro¹¹². Era más bien el lati-no o francés el que venía a establecerse. Frente a la inscripción necesaria *ad esse*, la solamente precisa *ad opponibilitatem*, carente de valor constitutivo y libremente puesta a disposición de los inter-resados para que, voluntariamente¹¹³, aprovecharan sus ventajas

¹¹⁰ Artículo 1858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público [...].» Previamente, en el Anteproyecto de Código Civil redactado en 1848, artículo 94: «Ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra ter-cero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público [...].»

¹¹¹ Información y detalles sobre esta materia, en OLIVER: *op. cit.*, pp. 29 y ss. Recien-temente y muy detalladamente, SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria ...*, cit., esp. pp. 358 y ss. Nosotros nos referimos a esta discusión histórica en *Hipoteca voluntaria: el «iter» de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, en Academia Sevi-liana del Notariado, t. IV, 1991, pp. 335-342.

¹¹² OLIVER: *op. cit.*, p. 42: «A decir verdad, los términos en que el presidente de la Sección de lo Civil [Bravo Murillo] puso fin a este importantísimo debate, vinieron a modi-ficar profundamente, o más bien a derogar la célebre base 52.^a, aprobada por la Comisión general de Codificación en 5 de diciembre de 1843, que aceptó para nuestra patria en toda su pureza el sistema alemán de transmisión de la propiedad territorial. [...] El sistema puro alemán había recibido un rudo golpe, del que tarde vendría a reponerse al dejar fuera de sus prescripciones la gran mayoría de los actos de transmisión entre vivos».

¹¹³ Testimonios de la voluntariedad de la inscripción francesa en la Ley de Transcrip-ción de 1855, en TROPLONG: *op. cit.*, p. 215: «Depuis longtemps, la transcription est passée dans les habitudes des acquéreurs vigilants; mais la loi de 1855, tout en laissant facultati-ve, a attaché à son omission des dangers dont on voudra se préserver en s'en faisant une sauvegarde»; 545: «On objecte (et c'est là toute la force du reproche fait à la loi) que la transcription était facultative sous le Code Napoléon, et qu'elle devient nécessaire par la loi du 23 mars 1855. Mais rien n'est plus inexact. La transcription d'une vente était facultative sous le Code Napoléon, pour celui qui consentait à courrir la chance d'être évincé par un créancier hypothécaire, pour celui qui avait pleine foi dans les déclarations de son auteur. Eh bien, sous la loi du 23 mars 1855, la transcription sera encore laissée à la libre volonté de ceux qui voudront courir la chance des évictions, et qui se confieront en la bonne foi de leurs vendeurs. Rien n'est changé à cet égard; rien n'est imposé de force à peine de nullité; chacun reste libre d'asseoir sa sécurité ou sur la loi, ou sur sa persuasion de la probité d'autrui»; 556: «Dira-t-on qu'il ne doit plus en être ainsi sous la loi du 23 mars, parce que la transcription est devenue aujourd'hui plus nécessaire? Qu'importe? De ce que la transcrip-

llevándola a efecto. Desde luego que algo de esto hay en el fondo de la adopción del criterio elegido; pero por mucho que en su misma expresión y en la forma de exponerlo y razonarlo abunden las resonancias francesas, lo que de ello no puede concluirse es que en la salida de esta encrucijada nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria quedara situado en territorios del sistema francés. A tal sistema responde, sustancialmente, en lo referente al carácter y valor de la inscripción; de él, en cambio, se aparta –asimilándose ahora al germánico– en cuanto a los efectos de la misma. De nuevo aquí, como no podía ser de otro modo, tiene que aparecer la peculiaridad de nuestro sistema. Nuestra inscripción, declarativa y voluntaria como la francesa, produce los mismos efectos aseguradores del tráfico de buena fe que la constitutiva –y en tal sentido, necesaria– germánica.

Por lo que hace a la relación que en la solución legal van a mantener entre sí la declaratividad y la voluntariedad de la inscripción, parece evidente que en el texto de la Exposición de Motivos que nos ha servido como punto de partida, la que más directa y expresamente resulta afirmada es la declaratividad: la inscripción –se viene a decir– no es necesaria para que, considerada la cuestión en la relación *inter partes*, se pueda entender efectuada la transmisión o constituido el derecho real. Ello, por sí solo, no da razón suficiente o completa de la voluntariedad. Lo que intrínsecamente no es necesario para la producción de un determinado efecto, puede imponerse extrínsecamente por razones que se consideren justificadas. Para poder pasar, pues, de la declaratividad de la inscripción a su voluntariedad es necesario no sólo entender que la inscripción no es de suyo necesaria, sino añadir, además, que tampoco se encuentran razones extrínsecas suficientes para imponer su práctica. Aunque no sea este el lugar para exponerlo detenidamente y en detalle, enseguida tendremos ocasión de ver que ambos requisitos se cumplen en la consideración que la Ley Hipotecaria se hace acerca del papel de la inscripción. No es intrínsecamente necesaria –ni, por tanto, se impone con necesidad de medio– porque de acuerdo con el tradicional sistema del título y el modo basta la entrega, precedida del título, para que, cumplida la nota de la inmediatividad del poder que caracteriza al derecho real, la mutación relativa a éste se pueda entender producida. Pero tampoco es necesaria extrínsecamente o con necesidad de precepto, porque, a juicio del legislador, no hay razones que impongan la supeditación del cambio jurí-

tion est une condition de la transmission de la propriété à l'égard des tiers, il ne s'ensuit pas qu'elle soit plus qu'autrefois obligatoire pour les parties. La loi ne prononce pas la nullité de l'acte non transcrit [...].»

dico-real a la «formalidad» de la inscripción. Si en un momento se entendió lo contrario –venía a decir la Exposición de Motivos– ahora se vuelve al criterio tradicional. He aquí cómo lo que en el párrafo citado de la Exposición de Motivos se expresa diciendo que la omisión de la inscripción no produce como consecuencia la nulidad de los contratos traslativos de la propiedad, significa al mismo tiempo que la inscripción no es necesaria ni como elemento entrañable al interno del proceso de constitución de los derechos reales, ni como añadido externo ensamblable en su verificación. Toda ambigüedad, por tanto, puede y debe ser descartada: aunque una cosa sea la declaratividad de la inscripción y otra su voluntariedad, y aun cuando una y otra puedan darse separadamente, cuando nuestra Ley Hipotecaria excluye la necesidad de la inscripción para la producción de los cambios jurídico-reales está afirmando no sólo su declaratividad –que, ésta sí, forzosamente se seguiría de aquella innecesariedad– sino también su voluntariedad.

Ahora sí, puede ser ya el momento de entrar a considerar las razones que llevaron a los autores de la Ley a caracterizar la inscripción del modo indicado. Entre ellas pueden distinguirse unas de carácter preferentemente dogmático: son las que justifican la declaratividad de la inscripción, presupuesto, como acabamos de ver, aunque no causa exclusiva, de su voluntariedad. Otras son de tipo pragmático: justamente las que, añadidas a las anteriores, dan completa razón de la voluntariedad de la inscripción.

Entre las primeras hay que situar en primer lugar la fidelidad, por «religioso respeto al Derecho nacional» –dirá en algún lugar la Exposición de Motivos de 1861¹¹⁴–, por su propia bondad, añadiríamos nosotros, al sistema del título y el modo. La Exposición de Motivos dedica a este punto, principalmente¹¹⁵, dos párrafos

¹¹⁴ La expresión, en su contexto, en E. M., p. 225: «Mas la Comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del Derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época, se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la Comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado». Por su parte, DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 670: «No nos cansaremos de repetirlo; la Comisión de Codificación al formular la Ley Hipotecaria, no tenía el encargo de alterar las instituciones antiguas, sino en la parte que fuera absolutamente indispensable para ponerlas en armonía con el principio que dominaba en la nueva obra».

¹¹⁵ Decimos «principalmente» porque, además del texto así calificado al que inmediatamente nos vamos a referir, algún otro, nunca tan *in recto* y detenidamente, se va a referir a la cuestión. Así, p. 240, destacando la amplitud de las materias afectadas por la Ley Hipotecaria: «[...] el Derecho Civil experimenta alteraciones trascendentales: apenas hay

—a nuestro juicio, algo confusos—, más extenso el primero, más breve y decisivo el segundo¹¹⁶. En el primero se mezclan cuestiones distintas y parece concluirse en línea distinta a la que exigiría la dirección del discurso. Nuestras Leyes, se dice, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos reales sólo nacieran de la tradición. Contra el principio romano se ha elevado en los tiempos modernos el adoptado por el Código Civil francés, más filosó-

una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden [...] de la propiedad y de los demás derechos en la cosa, a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones»; p. 253, a propósito de la doble venta: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio»; p. 333, a propósito de los derechos anteriores a la publicación de la Ley y no inscritos: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecieran en el Registro».

¹¹⁶ E. M., pp. 237-238: «Y aquí debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual. Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto las relaciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando uno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el Derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señal al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código Civil francés. Separándose éste del Derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la Comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del Proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

fico –se dice– sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes. No corresponde a la Ley de Hipotecas entrar en su examen; lo que cae de lleno en su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros. Rechazado, pues, este nuevo sistema –debe entenderse–, y reconociendo con franqueza el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual –¿por la interferencia que el sistema registral va a suponer en la teoría del título y el modo, o por la ruptura que va a producir en la legislación a la sazón vigente que hacía necesaria la inscripción para la válida constitución y transmisión de los derechos reales?, cabría preguntarse–, según el sistema de la Comisión resultará, de hecho y para la seguridad de los terceros, que, combinados el mecanismo del título y el modo con la instauración de la publicidad inmobiliaria, el dominio y los demás derechos reales en tanto se entenderán constituidos y traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. La publicidad, por tanto, y la inscripción que la materializa, no son necesarias, y su omisión provoca que los cambios jurídico-reales queden gobernados por el tradicional sistema del título y el modo. Por ello, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa frente a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, el comprador será dueño en relación con el vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción.

El texto, que denota en su redacción una muy marcada influencia francesa, decíamos antes que, aunque decisivo, es algo confuso. La contraposición que en él se establece no es, neta y exclusivamente, la existente entre la propiedad radical y absolutamente no inscrita –la recayente sobre finca no inmatriculada– y la que se llevó al Registro, sino, indistintamente, tanto la que se puede producir en la hipótesis indicada en primer lugar como la que podría tener lugar cuando sobre finca inscrita alguien que contrata y no inscribe termina por ser desplazado por quien sobre la misma finca contrata y se adelanta a inscribir. En todo caso, el texto deja sin resolver, expresamente al menos, alguna situación, y alguna otra sin aclarar. La tradición sin inscripción, tratándose de propiedad no inscrita ni antes ni después del contrato que la prepara, también traspasa el dominio frente a todos, como de la inscripción afirma la Exposición de Motivos, y aunque ésta, por hipótesis, no se haya realizado ni en el futuro se llegue a realizar. Es lo que resulta del mantenimiento del antiguo Derecho *cuando no se haga la inscripción*.

ción. Y cuando, por inscribirse la venta, ya [...] traspasa el dominio respecto a todos, ¿se entiende que dicho efecto se produce sin tradición o entrega y por obra de la inscripción, o habrá de considerarse que, además y previamente a la inscripción, es necesaria la entrega? No es este el momento de ocuparnos de estas cuestiones –tampoco de esa problemática propiedad relativa, tan al gusto francés, aludida en el texto como admisible frente al vendedor pero no frente a otros–, a las que más adelante hemos de prestar detenida atención. Basta al propósito de nuestro discurso destacar que el mantenimiento del título y el modo, en su consideración de mecanismo de transmisión de los derechos reales, es una de las razones que llevaron a los autores de la Ley Hipotecaria a dejar fuera de él a la inscripción registral. Contrato, como fundamento, y entrega, como hacedora de la inmediatividad del poder en la cosa que caracteriza al derecho real, bastan para la transmisión de la propiedad; para la verificación de la mutación jurídico-real. Otra cosa es que la seguridad del tráfico –la protección de los terceros de buena fe– exija la conjugación del viejo sistema con el flamante instrumento de la publicidad registral inmobiliaria. Cómo se produce esa conjugación es cosa que veremos más adelante.

Íntimamente ligado con el anterior, el segundo de los motivos dogmáticos que sostienen la declaratividad de la inscripción en nuestro Derecho es el que, empleando términos muy universales, podría expresarse afirmando la diferencia entre la existencia o el ser de los derechos reales y su publicidad. Aunque es indudable que el derecho real pide connaturalmente alguna forma de publicidad, lo que no puede legítimamente hacerse es confundir las cosas e identificar la existencia de aquél con su publicidad; mucho menos con una concreta forma de ésta, como es el caso de la publicidad registral. Ningún párrafo tan extenso como el referido a la relación entre título y modo e inscripción registral dedica la Exposición de Motivos a este argumento. Sin embargo las referencias a él son repetidas e inequívocas: lo que al Registro toca no es constituir derechos sino darles cognoscibilidad general¹¹⁷. Por eso que, consumándose la constitución de éstos en la relación *inter partes*, el

¹¹⁷ Así, p. 228: «Consiste ésta [la publicidad registral] en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravaite sobre la propiedad si no se halla escrita en el registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el registro de la propiedad, en que el registro de hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes»; p. 248: «En el interés de los que adquieran un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea

Registro deba permanecer ajeno a ella; lo suyo será impedir que su existencia pueda llevar a engaños a los terceros que la desconocen. Todo lo que sea sacarlo de ahí, es traspasar la finalidad que le asigna la ley y llevarlo a invadir territorios extraños¹¹⁸. La conclusión, que en lo ya dicho ha quedado expresada, puede explicitarse y destacarse más desde el punto de vista que aquí nos interesa: en razón de su propia razón de ser, el Registro no crea derechos; recibe y publica los ya creados y constituidos; o los derechos se publican porque existen, no existen porque se publiquen. En todo caso, la inscripción no pertenece al momento constitutivo sino que es instrumento publicador. Gómez de la Serna lo expresaría diciendo que «no tiene por objeto la Ley salvar los derechos de los contrayentes, sino sólo el de los terceros, que son los que necesitan protección para que siendo público y conocido el estado de la propiedad, queden, en el caso de adquirirla, o de prestar sobre ella, completamente libres de toda carga que no aparezca en el Registro¹¹⁹».

Y colaborando con las indicadas razones, que antes calificábamos de fundamentalmente dogmáticas –por referirse la primera al instrumento de transmisión que, *natura sua*, exige el derecho real, y por atender la segunda a la diferencia entre existencia y publicidad de los derechos reales y, por consecuencia de ella, a la natural vocación del Registro, en tanto que instrumento de publicidad, a

ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente»; p. 249: «Ya queda expuesto que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la Ley»; p. 263: «[...] la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho»; p. 314: «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes»; p. 325: «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos»; p. 333: «La pena de nulidad por defec-
to de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el registro».

¹¹⁸ Interesantes, en apoyo de lo dicho, las palabras de Permanyer –partidario inicialmente de la inscripción obligatoria– en la discusión parlamentaria de la Ley Hipotecaria. Su cita puede encontrarse en CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 80: «Cualquier otra sanción, la del año 45, por ejemplo, y la de las leyes tributarias del 29 y 30, que sujetaban a la cláusula de nulidad los documentos registrables y que no se hubiesen registrado, o cualquier otra sanción que se estableciese en este u otro sentido sería exorbitante, sería injusta, porque llevaría su exigencia mucho más allá de donde era necesaria para dejar cumplido el objeto de la ley, y completado el sistema que la misma viene a representar. Toda la sanción del proyecto queda, pues, reducida, como debía quedar, a la ineficacia de los títulos registrables y que no se hayan registrado, siempre que se trate de hacerlos valer en perjuicio de tercera persona».

¹¹⁹ SERNA: *op. cit.*, p. 245.

asumir como suya sólo la función publicadora para cumplir adecuada y cabalmente su propia misión–, vienen a añadirse ahora otras dos razones, éstas de carácter principalmente pragmático, llamadas a reforzar la innecesariedad de la inscripción registral. En ellas, según anunciábamos, dicha innecesariedad va a conectar más directamente con la pura voluntariedad o libertad de la inscripción. No se trata ya de que el derecho real no exija, de suyo, la inscripción como condición o presupuesto de existencia. Es que, ello admitido, tampoco se considera necesario imponerla por razones contingentes que recomiendan la obligatoriedad de su práctica.

La primera de estas razones –situada a medio camino entre lo meramente pragmático y lo que, por corresponderse con la naturaleza del Registro, remite a consideraciones dogmáticas–, está muy en dependencia con la configuración de los antiguos Registros al tiempo de emprenderse la preparación e instauración del nuevo sistema. Puestos bajo la inmediata dependencia de los Jefes de Hacienda, se habían convertido prácticamente en una oficina de rentas¹²⁰. El edificio del nuevo Registro de la Propiedad –nuevo apartamiento respecto del modelo francés¹²¹– tendrá que asentarse en otros cimientos¹²². Su función es netamente civil, y todo lo que sea contaminarlo administrativa y tributariamente es «desnaturalizarlo». La idea aparece en la Exposición de Motivos: al modelo de Registro administrativizado cuadra perfectamente el recurso a la obligatoriedad de la inscripción que para lo sucesivo la Comisión no está dispuesta a admitir: *Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión [que los efectos de la falta de inscripción alcance a los mismos contrayentes]. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración*

¹²⁰ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 94-95: «La misma preocupación influyó para que se estableciesen y continuasen los Registros de la propiedad bajo la inmediata dependencia de los Jefes de Hacienda; y aunque se concedía derecho de inspección a la autoridad judicial del partido, o sea al Juez de primera instancia, nada podía resolver por sí [...]. Semejantes anomalías no necesitan comentarios, y si las citamos, es con el único objeto de probar que la institución protectora de los más sagrados derechos civiles se había desnaturalizado hasta el extremo de convertirse en una oficina de rentas».

¹²¹ RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*. París, 1958, p. 68: «Notre système de publicité a conservé le caractère fiscal qui lui a été imprimé dès l'origine. Les formalités qu'il réglemente sont, en tant que telles, matière à la perception des droits fiscaux; d'où la compétence de fonctionnaires dépendant de l'administration des finances, les conservateurs des hypothèques, qui n'ont pas qualité pour se prononcer sur la valeur des actes soumis à publicité et ne peuvent décider que sur leur régularité formelle».

¹²² LUZURIAGA: «Comentarios a los artículos 1782-1889 del Proyecto del Código Civil de 1851», en GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (Ed. Zaragoza, 1974), p. 946: «El Registro no será un libro cobradorio de impuestos; no es ese su destino».

para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no ha de predominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos. No es esta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en la arduas tareas que para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distractiéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos¹²³ a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y sacrificar lo principal a lo accesorio¹²⁴. El argumento aparecerá recurrentemente en los comentarios de Gómez de la Serna¹²⁵.

¹²³ La edición del ICN de Registradores, *Leyes Hipotecarias, I*, por el que venimos citando la Exposición de Motivos incurre aquí en una errata: «dar intervención directa en *ellas*», dice. Citamos el texto correcto, tal como aparece reproducido en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 210.

¹²⁴ E. M., *cit.* p. 236. También, p. 238: «Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo... Ni se crea que por ello podrán ser perjudicados los intereses del Erario... en tanto podrán hacerse inscripciones en los Registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripción. Los Registros vendrán de este modo a auxiliar la acción fiscal, pero sin ser absorbidos por ella». Como curiosidad, puede compararse a estos párrafos el siguiente del Preámbulo de la vigente LAU, de 24 de noviembre de 1994: «Al mismo tiempo, se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción. Este hecho no sólo contribuye a reforzar las garantías de las partes, sino que incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que puedan contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos».

¹²⁵ Como muestra, algún testimonio: p. 233: «[...] ni dejaría de ser este uno de tantos asuntos que estuvieran bajo la mano inmediata de la Administración activa, escoglo que tan prudentemente ha tratado de evitar la Ley dando al orden judicial y al Ministerio de Gracia y Justicia la atribución importante de intervenir en todo lo que a los Registros se refiere, con exclusión de las autoridades administrativas y de los demás Ministerios»; pp. 300-301: «[...] El resultado fue, que suprimido el impuesto, causa principal de sujetar los arrendamientos y subarrendamientos de bienes inmuebles a la inscripción, se declaró que en cuanto a su toma de razón en las oficinas del Registro se estuviera a lo que se dispusiese en la legislación común, a lo que era consiguiente que quedaran libres del Registro, puesto que el Derecho civil no les imponía la necesidad de la inscripción. No pasó mucho tiempo sin que de nuevo se exigiera la inscripción, si bien ya fue entonces por razones diferentes. Fueron éstas, según decía el Gobierno, el tener un elemento para perfeccionar la estadística de la riqueza inmueble y conseguir un repartimiento más equitativo en la contribución, añadiendo, que sin ventaja de los particulares, se había privado a la Administración de un medio de reunir datos muy importantes, absolutamente indispensables para la formación de la estadística, y que por lo tanto era necesario restablecer lo que con tanta previsión había sido

La segunda razón obedece a consideraciones –ahora sí– puramente pragmáticas. La historia de nuestro pre-moderno Derecho de la publicidad registral, desde las primeras disposiciones que trataron de imponerla hasta la llegada de la Ley Hipotecaria, podría describirse como el forcejeo mantenido entre la imperatividad de la ley y la resistencia social a su cumplimiento. Por más que las antiguas leyes y Pragmáticas intensificaran su tono impositivo y reforzaran el cortejo amenazante de sus medidas sancionadoras contra quienes incumplieran su mandato, el resultado de toda aquella legislación terminaba por diluirse en una machacona ineffectividad cuya continuidad sin fisuras permitía interpretarla como un insuperable fracaso¹²⁶. Con razón se ha observado que no todo debe achacarse en él a la incuria de los propietarios y a los gastos de la registración. La limitada utilidad de ésta, en el contexto del entonces «sistema mixto» de publicidad, debió contribuir en gran medida a aquel fracaso¹²⁷. Contra esta causa se va a luchar ahora, no sólo aumentando

mandado en 1845 [...]. Basta lo dicho para comprender que las disposiciones emanadas del Ministerio de Hacienda respecto a la inscripción de los arrendamientos, no llevaban en sí ningún interés puramente civil, y que estaban dominadas exclusivamente por el interés fiscal. Muy diferente fue el aspecto bajo el cual se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que ha prevalecido en la Ley hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación; en él, como era natural, el interés civil fue el principalmente consultado»; p. 593: «El impuesto hipotecario ha sido una de las dificultades, tal vez la mayor, con que ha tenido que luchar la reforma. Su funesta influencia en todo lo que se refiere a la Ley hipotecaria no podía pasar desapercibida para la Comisión de Codificación, como tampoco para los Cuerpos Colegisladores: en la Introducción histórica hemos manifestado también nosotros la opinión desfavorable que nos merece considerado bajo el punto de vista del Derecho civil», p. 597: «El deseo de la Comisión fue sobre todo evitar que el Fisco y los intereses Fiscales interviniieran para nada en los Registros y dar garantía al Erario de que ningún derecho se inscribiría definitivamente sin que antes estuviera satisfecho el importe que adeudara; pero consultando ante todo el orden civil, que tan interesado se halla en que la propiedad inmueble esté bien garantizada y bien definidos todos los derechos reales a que se halla afecta [...]. No debía ir más allá la ley civil en este punto, y nunca debía hacer prevalecer el interés económico y social sobre el civil».

¹²⁶ Cfr., en SERNA: *op. cit.*, p. 144, las palabras contenidas en la Real Orden de 22 de enero de 1836: «después de tres siglos que se concibió y sancionó en una ley del Reino el pensamiento de establecer el registro de hipotecas, y a pesar de tantas y tan repetidas disposiciones, todavía no había tenido perfecto cumplimiento». Con más detalle nos hemos referido a este fracaso –su reconocimiento y su recuerdo, por otra parte, es un lugar común– en *Hipoteca voluntaria* ..., pp. 330-335.

¹²⁷ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 89-91: «Ocioso era que los escribanos expresasen en los instrumentos, que habían de inscribirse en el registro del partido, bajo pena de nulidad. Fueron pocos los crédulos y obedientes, y los más resistían, y con razón si bien se examina, porque sometiéndose a estas formalidades y a los desembolsos que llevaban consigo, no lograban lo esencial, que era ponerse a cubierto de la expropiación de un tercero reputado por la ley de mejor derecho, aunque este derecho no constase en el Registro. Yerran, pues, gravemente los que atribuyen a la negligencia de los propietarios o a la tolerancia de los jueces el éxito infeliz de las leyes recopiladas. La verdad es que estas leyes no llenaban cumplidamente su objeto; que sus garantías eran ilusorias, y no valían la pena y el dinero que costaban; que con ellas el dominio territorial nada ganaba en seguridad ni en crédito, y que era por lo tanto muy natural su desprecio e inobservancia. [...] En demostración de esta verdad bastará indicar que gozaban de privilegio, con absoluta independen-

las beneficiosas consecuencias de la inscripción, sino, sobre todo, reforzando su utilidad al integrarla en el nuevo sistema de «absoluta publicidad» que, decididamente y hasta sus últimas consecuencias, vendrá a sustituir en la Ley Hipotecaria al anterior «sistema mixto», *cuya causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia*¹²⁸. De no hacerse así, la nueva Ley *no sería subsistente, porque caería abrumada por el peso de su descrédito*¹²⁹. De todas formas, y a pesar de la decidida aceptación, en este punto, del criterio *germánico de publicidad absoluta*¹³⁰ –zig-zagueo de nuestro legislador, o, mejor dicho, ponderada elección de criterios ofrecidos por los contrapuestos modelos, hasta configurar para nosotros el que mejor cuadre a la personalidad de nuestro Derecho y a la finalidad aseguradora del Registro de la Propiedad– no escapaba a los autores de la Ley que, a pesar de su nuevas ventajas y de su mayor utilidad y eficacia, también en el futuro, incluso con previsible frecuencia, la inscripción dejaría de practicarse. Los gastos anejos a ella y la imposición tributaria de la operación inmobiliaria inscribible seguirán siendo factores disuasorios principalmente para los pequeños propietarios. ¿Qué será entonces preferible: proseguir en la línea, históricamente fracasada, de imponer coactivamente la obligación de inscribir, sancionando con multas a quienes la incumplan y negando validez a los actos no inscritos? La *prudentia juris*, virtud que más que ninguna otra debe adornar la obra del legislador, guió a los autores de la Ley Hipotecaria en la elección del camino a seguir: con preferencia a cualquier otro, el más pragmático. El incumplimiento de la ley es siempre causa de su des prestigio; la nulidad de los actos y derechos no inscritos ahondaría el divorcio entre la realidad y el Registro llamado a reflejarla y publicarla. Ninguna solución mejor, por consiguiente, que dejar al interés de los afectados el aprovechar las ventajas que la Ley ofrece a quienes a ella se acogen: la inscripción no será necesaria ni obligatoria; su práctica quedará confiada a la libertad de los interesados, sin amenaza de multa ni coacción alguna de otro tipo¹³¹.

cia del Registro, y pendían constantemente sobre la propiedad inmueble como otras tantas cuchillas de Damocles, la hipoteca legal a favor de los menores [...]; a favor de los hijos [...]; a favor de la mujer en los bienes de su marido para la seguridad de la dote [...]; a favor del Estado [...]; a favor de la Iglesia [...]; a favor del refaccionario [...]; y a favor del legatario [...].

¹²⁸ E. M., p. 226.

¹²⁹ E. M., p. 226.

¹³⁰ E. M., p. 225.

¹³¹ SERNA: *op. cit.*, p. 245: «Para que la inscripción fuera obligatoria, debería ir acompañada de una sanción, o en el orden civil, o en el penal; y esta sanción no existe, porque ni imitando el rigor de nuestro anterior Derecho se establece la nulidad de los documentos registrables que no se registren, ni se introduce ninguna otra medida coactiva, como pudiera ser una multa al que no inscriba».

Los beneficios que de ella se podrán obtener serán su mejor recomendación. «Si la inscripción se omite –diría Luzuriaga¹³²– la pena va en la misma omisión». O, con palabras de la Exposición de Motivos: *el que no usa del derecho que la Ley le da, impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origine*¹³³.

En definitiva, pues, que ni la inmediatividad del poder exigida por el derecho real necesita, de suyo, para producirse la inscripción registral –siendo, por el contrario, obra inmediata de la *traditio* o entrega–, ni es cuestión de desnaturalizar el Registro involucrando su función publicadora con la de contribuir a la constitución de los derechos reales o poniéndolo al servicio de las tareas estadísticas de la Administración y convirtiéndolo en instrumento recaudatorio. La conclusión que de todo ello se sigue es que en nuestro sistema de publicidad *absoluta*, donde, por tanto, *ningún* derecho real queda liberado de la necesidad de ser inscrito para que pueda perjudicar a tercero¹³⁴, la inscripción no se entiende «necesaria» en el doble sentido, frecuentemente involucrado en los momentos fundacionales de nuestro Registro de la Propiedad, a veces distinguido¹³⁵,

¹³² LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 946.

¹³³ E. M., p. 235. También, p. 249: «El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado [...]»; p. 302: «Cuando los hijos son mayores de edad, lo natural es que ellos sean los únicos que puedan pedirla [la constitución e inscripción de hipoteca en garantía de bienes reservables]: si ellos no lo hacen, implícitamente renuncian a su derecho y no debe el legislador protegerlos innecesariamente: las excepciones que se hacen del derecho común en atención a la menor edad, no deben ser extensivas a los que ya tienen toda la capacidad intelectual que supone la ley en los que han salido de ella».

¹³⁴ Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas* ..., cit., pp. 563-586 sobre el sentido de la expresión «publicidad absoluta» y su carácter de Base de nuestro Derecho de Cosas, informadora, a su vez, de nuestro sistema inmobiliario registral. A la luz de tal sentido –sin duda el que le dio la Exposición de Motivos de 1861 y los autores de la época– nos cuesta trabajo entender las palabras de PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción* ..., cit., p. 2194: «Quizá si la Comisión redactora de la Ley del 61 no hubiera tenido ese “religioso respeto al derecho nacional” que confiesa, los razonamientos anteriores la hubieran llevado a adoptar lo que llama el “sistema absoluto de publicidad”. Es más, si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensarfíamos que había adoptado este sistema de publicidad en el articulado, porque la Exposición de Motivos advierte que “según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo”. Sin embargo, este propósito de la Exposición de Motivos no coincide con las normas, porque al no imponerse la inscripción constitutiva ni obligatoria, respecto de las fincas no inmatriculadas siguen afectando a terceros derechos no inscritos».

¹³⁵ SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones* ..., I, cit., p. 267, nota 47, presenta como exponente de la captación y diferenciación del doble sentido las siguientes palabras de PERMANIER (se las pueden ver, en su contexto aunque incompletas, en *Leyes Hipotecarias* ..., cit., p. 127): «Puede ser obligatoria la inscripción en el sentido de que sin ella todo derecho real es ineficaz contra terceros poseedores y que sin ella no puede ejercerse la acción hipotecaria ni reclamación en juicio sin hacer esa inscripción: y puede ser también obligatoria en el sentido de que sin ella no haya siquiera hipoteca, ni se haya podido constituir o empezado a

y hoy generalmente diferenciado, de no ser necesaria para la producción de la mutación jurídico-real publicable, y de no imponerse obligatoriamente su práctica bajo amenaza de ningún tipo de pena o sanción. Se concibió y sigue siendo declarativa o publicadora y voluntaria.

De todas formas hay que reconocer que, ni siquiera al tiempo de construirse el sistema, las cosas se formularon con tal claridad y exactitud –quizá en algunos aspectos tampoco sean tan claras que no admitan valoraciones o explicaciones diferentes– que, desde entonces y para en adelante, quedara conjurada toda posibilidad de duda o malinterpretación de la obra creada. A los dos aspectos antes distinguidos van a referirse las dudas o reservas. En cuanto al valor sólo declarativo de la inscripción se emplearán con frecuencia, ya en los primeros momentos, expresiones que suscitarán la cuestión, muy vivamente agitada posteriormente, de si la realidad del régimen establecido se aviene exactamente a la forma en que se le presenta y caracteriza. En cuanto a la voluntariedad de la registración, se planteará si no resultará desmentida en la realidad de las cosas por consecuencia de la condición de minusvalía a que se ve sometido el derecho no inscrito.

Comenzando por las ambigüedades y dudas respecto a la declaratividad de la inscripción, es fácil detectar que su causa, más que en el atractivo de la contrapuesta solución «germánica», se encuentra originariamente en el afrancesado ropaje que tan frecuentemente sirvió de envoltura al razonamiento de la Ley en el lenguaje de sus autores y primeros comentaristas. El enigma –la cuadratura del círculo, más bien– de la propiedad sólo frente al vendedor, o propiedad relativa como después se dirá, y la simplificación en que se incurre al indicar el más característico efecto de la inscripción registral al expresarlo diciendo que sin ella el derecho que pudo inscribirse no puede perjudicar o ser opuesto a tercero, sin más¹³⁶, dando la impresión de que nadie que no sea el vendedor tendrá que contar con su existencia, van a situarnos a un paso de la deducción de que, siendo la oponibilidad *erga omnes* nota propia del derecho real, y no obteniéndose ésta sino por obra de la inscripción registral, sólo a partir de tal inscripción comienza a haber en sentido efectivo y pleno verdadero derecho real. Ese paso –si no en la comprensión del régimen establecido en la Ley, sí, abiertamente, en su exposición– parece que llega a darlo alguien tan decisivo en la elec-

existir el derecho; y esta diferencia es muy importante..., pues una cosa es decir que la hipoteca se constituye por la simple convención, pero que su eficacia y acción depende de la condición del Registro, y otra cosa es decir que no se constituye ni llega a existir la hipoteca sino mediante la inscripción».

¹³⁶ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles [...].»

ción del criterio legal como el mismo Cárdenas, quien, sin siquiera distinguir, como algo más tarde hará Oliver, entre constitución y transmisión perfecta o imperfecta de los derechos reales¹³⁷, no tendrá reparo en decir que el Registro está destinado principalmente a dar carácter y fuerza de reales a los derechos que en él se consignan¹³⁸, porque del cumplimiento de la formalidad de la inscripción «depende la existencia de tales derechos en cuanto a tercero»¹³⁹. Afortunadamente, las cosas vuelven a su sitio cuando, con mayor finura de análisis y reflejando más fielmente el verdadero sentido de la Ley, el mismo Cárdenas precisa su pensamiento diciendo que la Ley no priva de su derecho a quien no lo inscribe, y que tal derecho, aun sin inscripción, conserva ante la Ley toda su fuerza y valor entre las personas que deben conocerlos; otra cosa es que si no se inscriben, el capricho de quien se niega a inscribir pueda redundar en perjuicio de terceros. Estas son sus palabras: *La ley –dice¹⁴⁰, respetando hasta el capricho de los propietarios, no les impone semejante obligación, les deja en libertad de inscribir o no, y lo único que no hace es lo que no podía hacer sin mengua de la justicia, que era permitir que esta libertad pudiera ceder en ningún caso en perjuicio de tercero [...]. La ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán para ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos ...*

¹³⁷ OLIVER: *op. cit.*, p. 582, comentando el carácter innovador de la Ley Hipotecaria: «Todo lo contrario ocurre después de publicada dicha Ley, pues, con arreglo a sus prescripciones, las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas, no se entienden adquiridos, transmitidos y extinguidos de un modo perfecto y absoluto, o sea en cuanto a tercero, sino mediante la inscripción de los títulos o documentos en que constan los respectivos actos o contratos» (cva. del a.).

¹³⁸ CÁRDENAS: *op. cit.*, pp. 148-149: «Por último, destinado principalmente el Registro a dar el carácter y la fuerza de reales a los derechos que en él se consignan [...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existen o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales».

¹³⁹ CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149, a continuación del texto antes citado: «Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]».

¹⁴⁰ CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 530-531, en el Apéndice XVIII, respondiendo a la exposición de la Diputación de la Coruña pidiendo que la Ley Hipotecaria se aplique sólo a los bienes que en adelante se adquieran. Igual interpretación del sistema legal, en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 548: «No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto [...] que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no estén inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone con presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes».

Aunque no sea todavía el momento de examinar con detenimiento y en tesis general quiénes son los terceros cuya protección se propone la Ley Hipotecaria, el anterior texto de Cárdenas nos impone una referencia anticipada al problema. ¿Quiénes son en el pensamiento que guía la redacción de las líneas antes transcritas las personas frente a quienes, por conocerlos, deben existir y ser eficaces los derechos no inscritos: sólo quienes fueron parte en el contrato de su constitución o transmisión, o también cualquier otro tercero que de ellos extra-registralmente tenga noticia? Allá los intérpretes si quieren profundizar en la exégesis del texto. Lo que a nosotros nos interesa dejar aquí bien sentado es que, objetivamente, en el sistema de la Ley Hipotecaria, donde, según Gómez de la Serna¹⁴¹, *no hay un solo artículo [...] que favorezca al adquirente de mala fe*, no puede caber duda de que la cuestión debe resolverse en favor de la segunda posibilidad. Para nuestro Derecho hay que mantener, con convicción tan firme como el fundamento que la sustenta, que la inscripción registral no es la fuente de donde el derecho real recibe la oponibilidad que le permite valer y ser eficaz *erga omnes*, sino que, más bien al contrario, es la omisión de la inscripción la que impide el juego expedito de la oponibilidad que ya antes, y por su propia naturaleza, correspondía al derecho real; y que tal privación no se produce necesaria y absolutamente *erga omnes*, o respecto de todo tercero, sino –aparte ahora la necesidad de que el tercero favorecido por la publicidad inscriba–, sólo frente a los terceros de buena fe; esto es: los que, efectivamente y sin tacha de negligencia, ignoran su existencia¹⁴². Al *tertius sciens* perjudica por sí mismo el derecho real no inscrito.

El otro tipo de dudas, ambigüedades o reservas, esto es: el referido directamente a la voluntariedad o libertad de la inscripción, y, sólo a través de ella, a la decisión sobre su incidencia en la constitución y transmisión de los derechos reales, se produce más en forma de rectificación «realista» del calificativo «oficial» de lo que efectivamente dispone la Ley, que de abierta crítica –aunque tampoco ésta falte por completo¹⁴³– a su régimen. Tanto es el beneficio que la inscripción reporta al derecho inscrito, y, en sentido inverso, tanta

¹⁴¹ SERNA: *op. cit.*, p. 634.

¹⁴² Si el tercero no es llevado a error por la falta de inscripción, ésta no perjudica a quien la omite. Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 248, reproduciendo la Exposición de Motivos: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

¹⁴³ Para HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-172, la voluntariedad de la inscripción, aparte de inconsecuente en el desenvolvimiento del principio de publicidad, constituye una solución no acorde con los tiempos y que deberá ser reformada.

la depauperación en que queda el que en él no ingresa –vendrá a decirse– que hablar de libertad de inscribir o decir que la inscripción es voluntaria resulta no llamar a las cosas por su nombre¹⁴⁴. Desde luego hay que reconocer que por la mente de nuestros primeros hipotecaristas rondó, y hasta llegó a aparecer con reiteración en sus escritos, la idea de que, en cierto modo, la inscripción terminaba por imponerse legalmente a todo aquel que diligentemente velara por su derecho. Tanto Cárdenas como De la Serna excluyen la obligación *directa* de inscribir, pero admiten que de tal forma la Ley hace de la inscripción condición de conservación y ejercicio del propio derecho, que, en la práctica, es como si *indirectamente* se impusiera la inscripción¹⁴⁵. Observaciones de este tipo remiten,

¹⁴⁴ OLIVER: *op. cit.*, pp. 577-583: «Que el legislador hizo obligatoria la referida inscripción, es cosa sobre la que no cabe la menor duda. Ciertamente que no existe ningún artículo en la Ley Hipotecaria, que de una manera clara y terminante la mande practicar (p. 577) [...] Pero eran de tal transcendencia y gravedad las consecuencias que se seguían de no practicar dicha inscripción inmediatamente, y sobre todo, antes del planteamiento total de la Ley, que el propietario o habiente-derecho no podía menos de considerarse obligado o apremiado de una manera indirecta, pero eficaz (p. 578) [...] ¿Qué es esto sino hacer obligatoria la inscripción? ¿Qué importa que esta obligación se imponga por un medio indirecto, tan poderoso y coercitivo, como el de amenazar a los que no la cumpliesen en breve plazo con la pérdida de las fincas o derechos, en cuya legítima posesión se hallaban, tal vez, desde hace siglos? (p. 579) [...] Ahora bien; al ordenar el legislador la inscripción del dominio y demás derechos reales adquiridos al publicarse la Ley Hipotecaria, y que esta inscripción se practicase dentro del año siguiente a su planteamiento, introdujo una novedad de gran transcendencia en el estado legal que tenían los expresados derechos, porque impuso a los propietarios y habitantes-derecho-real, un requisito tan esencial que, de omitirlo corrían el inminente peligro de ser despojados de los derechos que habían adquirido en la forma prescrita en la legislación anterior [...] Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido [...] Porque ¿qué importa al dueño de una finca, de un censo, hipoteca, etc., que no se declare la *nulidad de los actos o contratos* en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba tales actos o contratos, y si, por otra parte, se expone a perderlos definitivamente en el caso, no inverosímil, de que un tercero se anticipa a inscribir a su favor el mismo inmueble u otro derecho real en virtud de títulos o documentos válidos o nulos, verdaderos o falsos» (pp. 582-583; evas. del a.). HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Otra novedad importante y que a primera vista parece en contradicción con la base y objeto de la reforma, es que el registro de la propiedad no sea obligatorio. Pero son tantas las excepciones de esta regla, tan considerables las ventajas de la nueva inscripción, y tan graves y transcedentales los perjuicios que de omitirla o descuidarla se han de seguir al propietario, que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y por un interés puramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputaba contraria a los principios de justicia».

¹⁴⁵ CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 529: «Por eso la nueva ley no obliga directamente a inscribir los derechos reales anteriormente no inscritos, considerando que el interés privado y las disposiciones fiscales bastarán para conseguir aquel resultado, pero al mismo tiempo declara que los derechos no inscritos oportunamente no perjudicarán a terceros»; SERNA: *op. cit.*, pp. 245-246: «No puede dudarse, pues, que no hay obligación alguna directa de hacer la inscripción [...] Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado».

de nuevo, a través de la libertad, mayor o menor, de la inscripción, al problema de su *necesidad* para la existencia y viabilidad del derecho inscribible. Reducida la cuestión a su dimensión puramente disciplinaria, hay que reconocer que la Ley excluyó deliberadamente toda idea de imponer cualquier tipo de multa o sanción a quienes no inscribieran sus derechos. En el lenguaje de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna la inscripción nunca aparece como obligación; de ella se habla como de un derecho o una facultad¹⁴⁶. Cárdenas se refiere a ella como un beneficio al que resultaría extravagante renunciar¹⁴⁷. Es, en definitiva, la idea, hoy tan familiar, de la inscripción voluntaria pero estimulada o recomendada por el cúmulo de sus provechosos efectos¹⁴⁸. Condición para ellos, en la actualidad se la califica como *carga*¹⁴⁹, pero, justamente, la idea de carga no sólo no excluye sino que presupone la de voluntariedad y libertad.

¹⁴⁶ En la E. M.: pp. 235: «El que no usa del derecho que la ley le da...»; 257: «Desde luego debe comprenderse que la facultad de pedir la anotación preventiva...»; 260: «... para que durante este término puedan usar del derecho de anotación»; 326: «... el que deje pasar el término sin ejercitarse su derecho, no debe extrañar que éste caduque: la ley cumple con acoger y amparar a los que no renuncian explícita o implícitamente la protección que les dispensa». En GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, sin pretender, obviamente, una relación completa, *vid. pp. 412*: «La Ley hipotecaria, en el artículo que comentamos [el art. 6.º] trató de evitar esta ambigüedad expresando de un modo que no diera lugar a dudas quiénes eran los que podían, es decir, los que tenían derecho a pedir la inscripción»; *ib.*: «... mas no por ello podría decirse sin temeridad, que debería negárselle la facultad de pedir la inscripción, porque tiene sin duda un interés legítimo en que sea pública la transmisión...»; 413: «No había pues motivo para no conservarlo ahora [al adquirente del derecho, obligado a la inscripción en el anterior régimen] en el derecho de hacerlo cuando es el único modo de asegurar lo que adquiere»; 415: «No es tan fácil señalar el alcance que debe aquí tener la palabra *representante legítimo*, cuando la representación proviene de la voluntad de los que tienen derecho a pedir la inscripción»; 418: «... se entiende que en su facultad de administrar está comprendida la de llenar el requisito de pedir la inscripción»; *ib.*: «Para completar lógicamente su obra, necesitaba el legislador extender el derecho de pedir la inscripción a todos los que tuvieran interés en asegurar un derecho sujeto a inscripción...»; 419: «Hay en efecto personas a quienes sin ser los transmitentes ni los adquirentes, se da derecho para pedir la inscripción...»; *ib.*: «En los casos en que la Ley quiere extender esta facultad a otras personas, tiene cuidado de expresarlo como tendremos ocasión de ver más adelante».

¹⁴⁷ CÁRDENAS: *op. et. loc. ant. cit.*: «En buena hora que no se prive a ningún propietario a participar de este beneficio si tuviera la extravagancia de renunciar a disfrutarlo, no dando a conocer el estado de su propiedad». La expresión aparece también en DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 413: «... éste ha hecho virtualmente una renuncia de su derecho cuando no ha usado del beneficio que le daba la Ley para asegurarlo».

¹⁴⁸ GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.^a ed., Madrid, 1890, p. 297: «No puede negarse, sin embargo, que si no obligatoria es convenientísima ...». Para el uso de la expresión «estimulada», cfr., por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 257: «Pero no obstante ser voluntaria la inscripción en nuestro sistema, son tantos los motivos que impelen a conseguirla que puede afirmarse que se halla fuertemente estimulada» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 548: «[...] hay que precisar que más que de "inscripción voluntaria" sin otra adjetivación, cabría hablar de *inscripción voluntaria estimulada* [...]» (cva. del a.).

¹⁴⁹ La condición de *carga* de la inscripción en un sistema de registración voluntaria, está expuesta cuidadosamente en FERRI: *op. cit.*, pp. 143-146.

Llegamos así a la meta que en este punto nos habíamos propuesto: la exposición de cómo se entendió la inscripción en 1861. Cuando por entonces se la declaraba innecesaria se estaba afirmando, al mismo tiempo, su valor declarativo –nosotros, como ya advertimos, preferimos decir *publicador*– y su carácter voluntario. Si, entre tantos juicios como en torno al sistema se han pronunciado, a nosotros se nos permite manifestar el nuestro, no dudaremos en decir que la elección fue acertada. La Exposición de Motivos la razonó con sólido fundamento¹⁵⁰ y en plena armonía con el régimen establecido en la Ley¹⁵¹. Sin que nosotros lleguemos a la extremosa posición de Ferri al pretender la incompatibilidad entre el valor constitutivo de la inscripción y su dimensión publicadora de los derechos inscritos¹⁵², sí que afirmamos que a la publicidad,

¹⁵⁰ No lo entendía así HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-169: «Respetando como merecen las razones de la comisión codificadora las hemos analizado prevendidos en su favor y con el sincero deseo de convencernos, y sin embargo hemos tenido la desgracia de no conseguirlo [...]. Este argumento [el famoso de que no ha creído que ... cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma ...] tendría fuerza –dice– si se refiriese a la formalidad de la tradición que depende exclusivamente de una sola de las partes, pero el requisito de la inscripción puede llenarse por cualquiera de ellas, y si una se niega a cumplir el contrato por haberse omitido aquél requisito, no puede la otra considerarse burlada, puesto que ha sido cómplice en la falta. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*. Con arreglo a los principios de justicia que invoca la comisión, nadie se entiende perjudicado cuando sufre un daño por su culpa. *Quod quis ex suaे culpae damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*». Admitido lo que de cierto hay en estas palabras, debería añadirse que lo que fundamentalmente importa para no imponer la necesidad de la inscripción para la validez del acto *inter partes* y su efectividad jurídico-real, es que mientras no aparezca el interés del tercero desconocedor, nada tiene que hacer la inscripción. Curiosamente esta es la idea que, en nota, añade GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 210-211, nota (a) a la transcripción del párrafo de la Exposición de Motivos criticado por HERNÁNDEZ DE ARIZA: «Puede además añadirse aquí, que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés a que principalmente consulta la Ley Hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas».

¹⁵¹ Disentía HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 168: «La primera base de la ley es el registro de la propiedad y de todas sus modificaciones, pero este principio fecundo y regenerador no se ha desenvuelto en todas sus consecuencias, puesto que los efectos de la falta de inscripción se limitan a los terceros interesados prescindiendo de los contrayentes». Es, en sustancia, la misma crítica que recientemente ha formulado PAU PEDRÓN: *Efectos de la inscripción*..., *cit.*, pp. 2194-2195, al legislador de 1861.

¹⁵² FERRI: *op. cit.*, p. 5: «Quando la pubblicità diventa, come avviene nel diritto germanico, un elemento costitutivo del negozio di trasferimento (*Auflassung und Eintragung*), distinto a sua volta dal contratto causale sottostante (*Kaufvertrag*, ecc.), cessa di essere vera pubblicità. Essa diventa un modo di acquisto della proprietà, s'inscrive come parte integrante nella fattispecie del trasferimento. Che essa in pratica serva poi a rendere conoscibile il trasferimento del diritto, non è che funzione secondaria che resta assorbita da quella principale, di fungere da elemento costitutivo o requisito del trasferimento». Contrarios a esta posición, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 127: «Ahora bien, la *publicidad* y la *constitución* de un derecho son dos de los papeles que puede jugar la inscripción en la dinámica de los derechos reales, pero papeles *no incompatibles* [...]. Cosa distinta es que, dentro de las inscripciones que tienen valor declarativo, se distingan ulteriormente, en otro

para cumplir su función, le basta con reflejar los derechos que, sin necesidad de ella, existen por sí mismos previamente a su publicación. Un Registro publicador es un Registro que, bajo el punto de vista de su peculiar función, cumple por entero su razón de ser. Si, ello supuesto, se cuenta con que, por más que se rodee la inscripción de estímulos que la recomienden, siempre quedarán derechos que, momentánea o indefinidamente, no lleguen al Registro¹⁵³, mantenerla al margen de la existencia de tales derechos y evitar la imposición de sanciones disciplinarias a quienes no inscriban, constituye una manifestación de *prudentia juris*, al mismo tiempo que veladora por el prestigio de la ley –cuya infracción evita– y respetuosa de la libertad individual¹⁵⁴, perfectamente compatible con la finalidad aseguradora del tráfico inmobiliario de buena fe que dio origen al Registro de la Propiedad. Basta a dicha seguridad que ningún tercero acogido de buena fe al Registro se pueda ver sorprendido por derecho alguno no inscrito en el mismo.

3.º Algunas precisiones en torno al sistema legal

La decisión de nuestro legislador de dejar la práctica de la inscripción a la libre voluntad de los interesados en ella fue una acertada elección, recomendada por la experiencia histórica del fracaso del criterio contrario y justificada, como ya hemos dicho, por su completa compatibilidad con la principal e irrenunciable aspiración de conseguir un Registro de la Propiedad plenamente asegurador del tráfico inmobiliario de buena fe. Bastaba, y sigue bastando, a tal objeto que la publicidad registral se brindara como una posibilidad a quienes libremente quisieran acogerse a ella, garantizándoles que nada que no hubiese sido publicado –ni *aliunde* fuese efectivamente por ellos conocido– pudiera perjudicarles. Pero la decisión del legislador en favor de la voluntariedad de la inscripción no significaba indiferencia en cuanto al arraigo social o efectivo *plan-*

aspecto, las constitutivas y las que no lo son (simplemente declarativas); es decir, las inscripciones que publican un cambio real que ellas mismas provocaron, y las que se limitan a manifestarlo, sin haber intervenido en él».

¹⁵³ GALINDO Y ESCOSURA: *op. cit.* p. 298: «Podría alegarse que si la inscripción se hubiese declarado obligatoria, so pena de nulidad del contrato no inscrito en un plazo fatal, se hubieran apresurado los propietarios a registrar sus bienes: no lo creemos así».

¹⁵⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 131: «Por nuestra parte –y prescindiendo de cualquier juicio de valor en tema filosófico o político– pensamos que si bien en un sistema totalitario, colectivista o no, la necesaria vigilancia por el Estado de la actividad del individuo recomendaría la inscripción obligatoria de la propiedad inmobiliaria (en su caso, la permitida); en cualquier otro sistema las conveniencias del tráfico y las del crédito con garantía real se satisfacen con la protección al titular inscrito, al modo español [...]».

teamiento del instrumento de publicidad que tan meditada y esmeradamente se proponía construir la Ley Hipotecaria. Se entiende así que en ella la inscripción, aunque libre, y permaneciendo tal, resulte favorecida o estimulada tanto positiva como negativamente.

Efectivamente, en la doctrina actual está consagrada la distinción, al modo que acaba de indicarse, entre estímulos positivos y negativos a la inscripción¹⁵⁵. Entre los primeros –ventajas resultantes de la inscripción– deben contarse, sin duda, la preferencia, de inspiración francesa, del titular inscrito frente a quien, habiendo adquirido antes el mismo derecho, no inscribió su adquisición (art. 32, originario 23 LH); el mantenimiento en su adquisición, con superación ya de la más débil protección francesa, de quien adquirió de titular inscrito que en el Registro aparecía con derecho para transmitir (art. 34)¹⁵⁶, e incluso las ventajas propias de la legitimación registral, que, aunque sólo tardíamente desarrolladas tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, estaban ya contenidas *in nuce* en la Ley de 1861¹⁵⁷. Entre los segundos –estímulos negativos– se sitúa el que ahora debe ocuparnos: el mandato de inadmisión por los Tribunales, Consejos y Oficinas del Estado de los documentos inscribibles y no inscritos¹⁵⁸.

a) EL PROBLEMA DEL ARTÍCULO 313 LH

Se trata aquí, obviamente, de un estímulo negativo porque su poder de persuasión no consiste en la utilidad que la inscripción

¹⁵⁵ No siempre entendida de la misma forma [cfr., para otra forma de interpretarla, SANZ FERNANDEZ: *Instituciones* ..., cit., p. 264], nosotros la empleamos en el sentido que le dan LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 137: «[...] estimular la inscripción voluntaria, ya en forma positiva, atribuyendo al ingreso en el Registro un creciente número de ventajas, ya en forma negativa e indirecta, limitando la eficacia de los derechos no inscritos, como medio de impulsar a los particulares a inscribirlos».

¹⁵⁶ Para la originaria inspiración germánica del artículo 34 LH y su posterior enturbiamiento en 1869 a consecuencia del añadido del requisito de notificaciones y edictos, cfr. CÁRDENAS: *Memoria histórica* ..., cit., RGLJ 1871, pp. 170-173, especialmente en ésta, las palabras finales: «[...] pero con la adición que después se ha hecho al artículo 34, lo transitorio se convierte en permanente, las causas de resolución de los derechos inscritos se multiplican de un modo indeterminado y del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés mixto de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguro los propietarios».

¹⁵⁷ Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, AAMN XIV, 1965, p., esp. 79.

¹⁵⁸ Así lo tratan LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.* De este planteamiento se aparta en la doctrina actual GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 609 y ss., para quien la *ratio* del artículo 313 no está (pp. esp. 612-613) en ser un estímulo a la inscripción sino en la naturaleza del derecho real y en la eficacia conformadora o cuasiconstitutiva de la inscripción respecto al ejercicio del derecho real en cuanto a terceros.

reporta a quien la obtiene, sino en la «precaria y triste condición», por decirlo con palabras de Gómez de la Serna¹⁵⁹, a que se ve reduciendo el titular que no inscribe su derecho. Así tan fácil y simplemente descrito el estímulo negativo, creemos conveniente añadir un dato aclaratorio para su exacta comprensión. Cuando, como aquí venimos haciendo, se distingue entre estímulos positivos y negativos no es que un mismo resultado de la inscripción se contemple desde el doble punto de vista de quien inscribe y de quien se abstiene de hacerlo, destacando el beneficio que de la inscripción obtiene el primero y, correlativa y contrariamente, el detrimiento que de su omisión se sigue al segundo. Si tal se hiciera, estaríamos aludiendo a *un mismo efecto registral* en su anverso y en su reverso. Cuando en rigor se contraponen estímulos positivos y negativos habría que atender a resultados diferentes e independientes que, respectivamente, se siguen de la práctica o de la omisión de la inscripción. Negativos son aquellos que el titular del derecho padece exclusivamente por no haberlo inscrito; no los que experimente porque otro lo haya inscrito a su favor. A estos estímulos rigurosamente negativos pertenece la inadmisión oficial de los documentos no inscritos sancionada hoy por el artículo 313 de la Ley Hipotecaria (art. 396 de la de 1861), que Gómez de la Serna, empleando un criterio clasificatorio distinto, presentaba como un medio «indirecto» para imponer la inscripción, formado grupo con la manifestación más básica de la publicidad en su aspecto negativo, esto es, con la inoponibilidad a tercero de lo inscribible y no inscrito, y con la necesidad de previa inscripción del derecho del otorgante impuesta por el trácto sucesivo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria¹⁶⁰. Sin entrar aquí en el atormentado estudio del

¹⁵⁹ SERNA: *op. cit.*, p. 146: «No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos, y que, en concepto de algunos, hasta podrían ser considerados como de esta última clase, porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir».

¹⁶⁰ SERNA: *op. et loc. ant. cit.*: «Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado. Entre estos medios indirectos puede considerarse como el primero la ineficacia de los títulos no registrados en perjuicio de tercero [...] No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos [...] Algunas de estas prescripciones se encuentran en la ley: a esta clase pertenece la que ordena el artículo 20 al establecer que sea causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trata a favor de la persona que lo transfiera o grave [...]. A la misma clase de medios indirectos corresponde el prescrito en el artículo 396, el cual establece que desde la publicación de la ley no se admitan en los juzgados y tribunales, ni en las oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción».

artículo 313 en su detalle¹⁶¹, nos limitaremos a su consideración en la perspectiva de la problemática que nos viene ocupando: la de la voluntariedad de la inscripción como característica configuradora de nuestro sistema de publicidad registral inmobiliaria.

Y lo primero que en tal consideración debe observarse es la necesidad de distinguir con mayor cuidado los que globalmente presentaba Gómez de la Serna como estímulos indirectos a la inscripción para poder captar en su singularidad el significado del artículo 313 de la Ley. Desde luego que, aunque en algunas de sus interpretaciones, este precepto haya sido puesto en relación con el artículo 32 (originario 23 LH), cada uno de ellos tiene su propia naturaleza y significado. El artículo 32, del cual, como es sabido, se dijo que contenía en sí toda la Ley¹⁶², expresa el que acabamos de indicar como el más fundamental efecto sustantivo de la publicidad en su manifestación negativa; el artículo 313, en cambio, es de naturaleza indudablemente procesal o adjetiva. Por otra parte, mientras la inoponibilidad de lo no inscrito es consecuencia negativa de la omisión de la publicidad, que exige, simultáneamente a tal omisión por quien la padece, su llevada a efecto por el tercero en cuyo favor la Ley sacrifica el derecho de quien primero lo adquirió pero descuidó inscribirlo, la inadmisión de los documentos no inscritos resulta impuesta, sin más, por la Ley. No es, como antes distinguíamos, el reverso de una situación o efecto favorable a otro, sino que ella sola es el objeto de una medida legal dirigida exclusivamente a fomentar el ingreso de los derechos reales en el Registro de la Propiedad. En una palabra: la inoponibilidad sustantiva de lo no inscrito es el reflejo en negativo de la preferencia reservada por la Ley al derecho inscrito; en tanto que la inadmisión del documento no inscrito es el contenido único –estímulo negativo– de la medida legal que la impone. Y por lo que hace a la comparación entre los artículos 313 y el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es bastante claro que este último no es un simple estímulo extrínseco y negativo a la inscripción: es una necesidad organizadora (desarrollo técnico del Registro) para lograr la plena efica-

¹⁶¹ Aparte la atención dedicada al precepto en las obras generales, entre las que serían de destacar las de ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, LACRUZ-SANCHO y GARCÍA GARCÍA, el problema de la inadmisión procesal de los documentos no inscritos provocó muy vivo debate a partir de la redacción del artículo 355, dedicado a ella en la Ley de 30 de diciembre de 1944. Amplia noticia bibliográfica al respecto, en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 275, nota 54.

¹⁶² Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, éste artículo era sólo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354» (cva. del a.).

cia aseguradora (eficacia máxima) de la publicidad registral. Por otra parte, si el artículo 20 impone la previa inscripción del derecho del otorgante, lo hace, instrumentalmente, como requisito para engarzar tabularmente el que ahora, *voluntariamente*, se quiere inscribir. Las cosas eran distintas en el originario artículo 396 y lo siguen siendo en el vigente 313. La inadmisión de los documentos inscribibles y no inscritos no se impone en ellos a quien intenta una operación registral y como requisito para la consistencia y garantía de la información que el Registro está llamado a proporcionar. Mientras el artículo 20 responde a una exigencia de buena organización del Registro impuesta a quien quiere aprovechar sus ventajas, el 396 de 1861, como el actual 313, es una medida de pura imposición de la inscripción a quien pretendía hacer valer su derecho sin haberlo inscrito ni tener intención de hacerlo. Es este carácter exclusivamente coactivo el que va a generar las inevitables aporías del precepto determinando la imposibilidad de su encaje en un sistema que se declara como de inscripción facultativa o libre. Prueba de ello puede ser su constante ineffectividad práctica¹⁶³, a pesar de las distintas redacciones, más o menos amplias y rigurosas o más o menos matizadas, a que ha sido sometido a lo largo de su estéril y accidentada historia¹⁶⁴. Del artículo 313 se ha venido a

¹⁶³ De su formulación en 1944 decía DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*. Madrid 1945, p. 162: «Si como profesional lo lamento, como jurista reconozco que el actual artículo 355 ha dado un paso en el vacío y recelo que no tenga mejor trato judicial que el anterior 389», precepto que (p. 160) «fue siempre interpretado restrictivamente por la jurisprudencia, tan restrictivamente que llegó a ser ineffectivo». «De seguro –añade en p. 163– no faltarán subterfugios interpretativos para desviarse de la rigidez del nuevo artículo 355», con lo que –p. 163–, presume estéril el radicalismo de la reforma. COSSÍO: *op. cit.*, p. 166: «En todo caso hay que reconocer que la norma del actual artículo 313, como la del anterior 389 de la L. H., es una norma en absoluto desuso». ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270: «Este artículo 313 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma y del Reglamento Hipotecario, responden a un criterio normativo extraño al sistema adoptado por nuestro Derecho inmobiliario registral y que ya desde sus inicios estaba condenado a ser letra muerta»; p. 275: «Nosotros arremetimos bien pronto contra esta innovación introducida en la Ley Hipotecaria, que era un retorno a un precepto anterior fracasado, y temimos que pudiera poner en ridículo al legislador, aunque le auguráramos su ineffectividad, conforme la realidad ha demostrado»; p. 292: «Son tantos los puntos vulnerables, aparte de los ya señalados, que se han atribuido al artículo 313 de la Ley Hipotecaria y demás concordantes, que su indicación nos extendería demasiado en un tipo de normas de tan escasa efectividad práctica». SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 285-288, desmuestra las diversas situaciones en que el artículo 313 podría ser aplicable para dejar comprobado que el mismo es «un precepto inútil para las acciones ejercitadas contra titular inscrito; profundamente perturbador para las ejercitadas contra titular no inscrito».

¹⁶⁴ Aparece en la Ley de 1861, en el Tít. XIV: De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente Ley, artículo 396: «Desde la publicación de esta Ley no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el registro, si por él se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguiesen derechos sujetos a inscripción, según la misma Ley», que com-

decir que es un precepto llamado a dar tanto que hablar como poco o nada que hacer¹⁶⁵.

Naturalmente, la condición aporética del actual artículo 313 brota como inevitable consecuencia de su oposición al espíritu general de la Ley Hipotecaria. Dejando ésta la práctica de la inscripción a la libre iniciativa de los interesados, no puede adivinarse en qué fundamento se pueda apoyar la inadmisibilidad en las instancias oficiales de los documentos no inscritos que en términos tan absolutos imponía en 1861 el artículo 396 de la Ley. La lectura de la Exposición de Motivos en el párrafo que le dedica¹⁶⁶ —aquí sí

pletaba el 397: «El propietario que careciere de título de dominio escrito, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el juez de primera instancia del lugar ...».

Se reforma en 1869 de acuerdo con la siguiente y más matizada redacción: artículo 396. «Desde la publicación de esta Ley no se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá admitirse en perjuicio de tercero el documento no inscrito y que debió serlo, si el objeto de la presentación fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscrito.

También podrá admitirse el expresado documento cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento.

En 1909, modificada la rúbrica del Tít. XIV: De los documentos no inscritos y de la inscripción de las posesiones, la norma se lleva al artículo 389: «No se admitirá en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro, por el cual se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren o extinguieren derechos sujetos a inscripción, según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero derecho que debió ser inscrito».

En 1944 se vuelve al rigor de 1861: artículo 355: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios o especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia y Municipio no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro».

Finalmente, en 1946 la norma, en el Tít. XIII: De los documentos no inscritos, artículo 313, queda como sigue: «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerles valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios.

En los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor no será necesario que éstos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro».

¹⁶⁵ DEL VALLE: *Consideraciones sobre la nueva ley reformadora de la ley Hipotecaria*, RCDI 1945, p. 809. Exactamente: «está llamado a dar mucho que decir, aunque poco o nada que hacer». La cita está tomada de ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270, nota 2.

¹⁶⁶ E. M., p. 333.

todo un modelo de candorosa ingenuidad— basta para hacerse cargo de su elevado componente inconsecuente y problemático:

«Pero la más firme garantía del cumplimiento de la Ley, tanto respecto a los derechos antiguos como a los nuevos que se constituyan, está en la prohibición que expresamente se establece en admitir en los Juzgados, Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las Oficinas del Gobierno, ningún documento de que no se haya tomado razón, si por él se constituye, transmite, reconoce, modifica o extingue derecho sujeto a inscripción. De seguro que cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineficacia de los títulos no registrados, que los Tribunales aplican con todo rigor la Ley, serán más diligentes en apartar de sí las perjudiciales consecuencias que una omisión culpable puede ocasionarles.»

¿*Culpable* la omisión de la inscripción? De culpa sólo puede hablarse jurídicamente cuando alguien descuida el cumplimiento de una obligación o deja de adoptar las precauciones a su alcance para evitar a otro un daño. Y es el caso que la Ley Hipotecaria, por un lado, si de algo se encarga como misión irrenunciable es de evitar a los terceros de buena fe cualquier posible perjuicio proveniente de la existencia de derechos o gravámenes reales no inscritos; y, por otro, que esta misión la asume sin imponer a nadie la obligación de inscribir: justamente porque entiende que, sin necesidad de hacerlo, basta a la protección y seguridad de los terceros garantizarles que, para ellos, lo no inscrito es como si no existiera. Desde estos presupuestos se entiende perfectamente que tanto la Exposición de Motivos como Gómez de la Serna digan con tanta frecuencia que el titular que no inscribe se presume que renuncia a su derecho en colisión con el del tercero que se acoge al Registro¹⁶⁷. ¿Cómo, entonces, aparece ahora la idea de *culpa* para calificar la omisión de quien no inscribe? ¿Es acaso obligatoria la práctica de la inscripción? A la luz de lo dicho en la Exposición de Motivos se entiende que autores como Oliver¹⁶⁸ o Hernández de Ariza¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Vid.*, e.c., los textos, aparecidos ya con anterioridad en estas notas, de la Exposición de Motivos en pp. 249, 302 ... o en GÓMEZ DE LA SERNA, pp. 413, 458 ...

¹⁶⁸ OLIVER: *op. cit.*, pp. 563-564: «Creyendo el legislador que las ventajas otorgadas a la inscripción de los derechos reales adquiridos antes de la publicación de la Ley, no eran estímulos bastante eficaces para que se practicase en breve tiempo, adoptó otros que constituyen una verdadera pena de carácter civil. [...] Consiste el segundo de dichos estímulos, en la prohibición absoluta impuesta a los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales ...».

¹⁶⁹ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Pero son tantas las excepciones de esta regla [que el registro de la propiedad no sea obligatorio], tan considerables las ventajas de la nueva inscripción, y tan graves y trascendentales los perjuicios que de omitirla o descuidarla se ha de seguir al propietario, que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y

vieran en al artículo 396 de la Ley la imposición a quien no inscribe de una auténtica pena civil, de efecto que excede al de la misma nulidad, y desmentidora en el terreno de la realidad de lo que teórica o programáticamente se había presentado como el principio o criterio de la voluntariedad de la inscripción.

Pero no queda aquí lo problemático, inconsecuente o contradictorio: ... *cuando todos vean que esta prescripción es una verdad, que no queda como hasta aquí en amenaza la ineeficacia de los títulos no registrados* ... ¿Cómo puede imponerse para el futuro la continuidad –ahora pretendidamente hecha efectiva– de una línea de coactividad que a partir de la Ley Hipotecaria tendría necesariamente que quedar desprovista de la base que en el anterior Derecho –aunque no lo lograra de modo efectivo– pudo sustentarla? Constitutiva o no, para la validez *inter partes* o para que perjudicara a tercero, la toma de razón se imponía obligatoriamente en las antiguas Pragmáticas y en la legislación inmediatamente anterior a la Ley Hipotecaria. Justamente la comprobación del continuado fracaso de las medidas coactivas al servicio de dicha obligatoriedad –entre ellas, destacadamente, la inadmisibilidad de los documentos no registrados– fue una de las razones que llevaron al cambio de signo de la nueva Ley en esta materia. ¿Cómo es que ahora, cuando la inscripción pasa a ser facultativa, se pretende la continuidad de una medida cuyo componente de coactividad sólo se justificaría sobre la base de la obligatoriedad de la inscripción? ¡Qué extraño resulta esto de que comience a hacerse efectiva la hasta ahora no lograda imposición de la inscripción justo a partir del momento en que la Ley renuncia a exigirla obligatoriamente y decide con plena deliberación confiar su práctica a la libre decisión de los interesados, a quienes servirán de estímulo los beneficios que de ella pueden obtener! La extrañeza sube de punto y pasa a ser perplejidad cuando se intenta seguir el discurso de Cárdenas en su refutación de la censura que algunos dirigieron contra la Ley Hipotecaria por considerarla retroactiva¹⁷⁰. ¡Qué difícil equilibrio entre la afirmación de que la

por un interés puramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputó contraria a los principios de justicia».

¹⁷⁰ CÁRDENAS: *Memoria* ... cit., pp. 150-151: «La Comisión tributó el respeto más escrupuloso a los derechos adquiridos, hasta el punto de admitir una excepción temporal a su sistema, dejando subsistente sin necesidad de inscripción, las hipotecas legales entonces existentes por razón de dote, de peculio o de bienes reservables, si bien adoptando para excluirlas o *especializarlas* [cva. del a.], el procedimiento de liberación, según queda antes dicho. Sin embargo, no ha faltado quien critique a la ley por retroactiva, en cuanto ponía a los propietarios en la necesidad de inscribir sus fincas para mantener la *realidad* [cva. del a.] de sus derechos. Censura a la verdad infundada, porque la obligación legal de inscribir todos los derechos reales existía ya consignada, parte en las leyes civiles y totalmente en las fiscales; y si bien la sanción de este precepto no consistía ya como antes, en la pérdida del derecho, tampoco en la nueva ley se impuso, quedando reducida la en ella señalada, a no poder-

Ley «no privó [...] a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir» y la de que la acusación de retroactividad era infundada «porque la obligación legal de inscribir todos los derechos existía ya consignada», y lo que ahora la nueva Ley venía a imponer «era lo mismo que estaba antes mandado»!¹⁷¹ ¿Cómo casar esta última idea con las palabras de la Exposición de Motivos¹⁷²: ... *por esto se separa [la nueva Ley] de lo que hoy está escrito en nuestras leyes* ... y con la nueva imagen de la inscripción innecesaria y libre siempre que su omisión no lleve a engaño a terceros? Pasado el tiempo, una nueva manifestación del componente contradictorio introducido en nuestro Ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria por la inadmisibilidad procesal de los documentos no inscritos puede verse en la crítica de Roca Sastre al precepto que hoy la impone: haciendo *leit motiv* de dicha crítica la afirmación de que el artículo 313 de la Ley Hipotecaria resulta un cuerpo extraño, incongruente respecto al régimen general establecido en el Código Civil y en la misma Ley Hipotecaria –concretamente, respecto a la innecesariedad de la inscripción para la constitución de los derechos reales y a la voluntariedad de la inscripción–¹⁷², mantiene

se destinara a ningún uso oficial, ni oponerse a tercero, los documentos registrables que no hubieran sido inscritos oportunamente. Esto era lo mismo que estaba antes mandado y se practicaba, con la única diferencia del término en que la inscripción había de hacerse. Hallábase ésta ordenada por las leyes anteriores en plazos que habían venido prorrogándose al arbitrio del Gobierno: el propietario que no cumplía con tal obligación, quedaba sujeto al pago de una multa, y no podía presentar su título en juicio, ni oponerse por lo tanto a las pretensiones de un tercero: ¿cómo había, pues, de violarse su derecho, ni tener la ley respecto a él efecto retroactivo, cuando sin ordenar expresamente la inscripción, se limitaba a prohibir como antes el uso oficial de los títulos no inscritos y su efecto contra tercero, que mediante tal omisión hubiese adquirido algún derecho? La Ley señaló un nuevo plazo, como había señalado otros el Gobierno, para la inscripción de los títulos anteriores a ella: también permitió estas inscripciones en todo tiempo, pero con la diferencia de que así como las primeras habían de surtir su efecto contra tercero desde la fecha del título, si el derecho constaba en el mismo, así las segundas no habían de producir tal efecto, sino desde su propia fecha. No se privó por lo tanto a los propietarios de ninguno de sus derechos, ni aun siquiera de la facultad de no inscribir; lo que se hizo, fue privarles de la de defraudar al tercero, manteniendo ocultas las cargas que pesaban sobre su propiedad y enajenándola como libre cuando era gravada: sería absurdo suponer que los propietarios tenían derecho perfecto a no ser obligados a cumplir ninguna nueva formalidad externa para mantener incólume su dominio, pues si el Estado se obliga a conservarlo y defenderlo, es porque tiene el derecho de fijar las condiciones que deban cumplir los propietarios para que tal defensa sea posible; y la primera de las indispensables para asegurar la propiedad de todos, es conocer bien la de cada uno. Las leyes que prescriben tales formalidades son en realidad adjetivas, y por lo tanto pueden, sin inconveniente alguno, tener efecto retroactivo. Si así no fuese, no se podría obligar a los propietarios a que contribuyeran a la formación del catastro, ni a la del censo, ni se podrían aumentar los impuestos, ni podrían dictarse otras muchas leyes, a las cuales no se opuso nunca el vicio de retroactivas». Se desarrolla el tratamiento de este punto en el Apéndice XVIII (pp. 529-533): *Informe sobre la exposición de la Diputación Provincial de La Coruña, pidiendo que la ley Hipotecaria se aplique solo a los bienes que en adelante se adquieran.*

¹⁷¹ P. 236.

¹⁷² ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I , cit., p. 270: «Este artículo 313 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma y del Reglamento Hipotecario, responden a un cri-

al mismo tiempo que dicho artículo no impone forzosamente la inscripción sino que, presupuesta su voluntariedad, se limita a estimularla¹⁷³, razón por la cual —entiende— tampoco puede considerarse pieza contradictoria violentamente introducida en el sistema¹⁷⁴. ¿No

terio normativo extraño al sistema adoptado por nuestro Derecho inmobiliario registral y que ya desde sus inicios estaba condenado a ser letra muerta»; p. 272: «[...] la medida de la inadmisibilidad por los correspondientes organismos oficiales de los documentos no registrados tiene un añeo origen, pues procede del régimen jurídico de las antiguas Contadurías de hipotecas, que adoptaba el criterio de registración obligatoria, y que debido precisamente a este origen, tal medida es completamente extraña al sistema general de voluntariedad de la inscripción implantado por la ley Hipotecaria de 1861 y seguido sustancialmente por las leyes posteriores sobre la materia, de suerte que desentonía con el sistema fundamental que persiste en nuestra legislación hipotecaria»; p. 273: «[...] en el fondo la ley Hipotecaria de 1861 seguía sustancialmente la misma medida de inadmisión de los documentos registrables no registrados que adoptó antes la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, reforzada por las citadas disposiciones posteriores de carácter predominantemente fiscal. Pero la posición de dicha primera ley Hipotecaria en este punto estaba completamente lógica, pues tal medida de inadmisibilidad encajaba perfectamente con aquel sistema antiguo registral, porque en él la registración era obligatoria, forzosa, coercitiva, pero constituyía un contrasentido en la ley Hipotecaria de 1861 que precisamente inauguraba en la materia el criterio o idea directriz de la voluntariedad de la inscripción; es decir, en ella, tal medida era una especie de cuerpo extraño, pues discordaba de la economía general adoptada por el nuevo régimen inmobiliario registral»; p. 275: «Pero en verdad lo hecho con este artículo 355 de la ley de reforma de 1944, fue volver a tropezar de la misma manera que la ley Hipotecaria de 1861 lo hizo, al adoptar la medida de la inadmisibilidad de lo registrable no registrado, sin caer en la cuenta que ésta, al menos, tal como estaba regulada, era una medida más propia de los sistemas de inscripción obligatoria o forzosa, pero no de un ordenamiento jurídico inspirado en la voluntariedad de la inscripción»; p. 276: «De cuanto queda expuesto se desprende con claridad que, el criterio general de inadmisibilidad oficial de los documentos registrables no registrados adoptado por la ley Hipotecaria vigente, carece de consistencia en el sentido de no concordar con la regla general imperante en nuestro sistema de inscripción voluntaria», p. 292: «La inadmisibilidad de los documentos registrables no registrados relativos a fincas inmatriculadas, por su alcance tan general, no sólo pone de relieve la inadecuación de esta medida en un sistema que adopta la voluntariedad de la inscripción, sino que constituye un atentado al Código civil y a la directriz general de la legislación hipotecaria que no interfiere, como regla, el Registro en el proceso adquisitivo del dominio y de los demás derechos reales sobre inmuebles. Pero la irregularidad de este dispositivo normativo sube de punto respecto de las fincas no inmatriculadas, aunque la inadmisibilidad se limite en cuanto a tercero en este caso, pues aquí es aún menos soportable la injerencia del Registro que producen los preceptos criticados».

¹⁷³ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 270: «Referente al artículo 313 de la ley Hipotecaria y concordantes, es indiscutible que no constituye ninguna manifestación del criterio de *inscripción obligatoria o forzosa*, sino un *estímulo* a la inscripción» (cva. del a.).

¹⁷⁴ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 295, nota 1: «[...] El artículo 313 de la ley podrá criticarse cuanto se quiera, o con razón, pero no por estas consideraciones, pues las mismas podrían ser igualmente referidas al requisito de la liquidación de los impuestos transmisarios, sucesorios, etc. Precisamente por esto, o sea, por hacer de la inscripción un requisito de juego semejante al de estos dos impuestos indicados, es vulnerable el sistema adoptado por dicho artículo 313 de la ley Hipotecaria. Este precepto no deroga en nada al Código civil, pues simplemente exige un requisito más para el ejercicio oficial de los derechos reales, al igual como ocurre con los dos referidos impuestos. Claro que los impuestos son coercitivos y la inscripción es algo facultativo, pero es que el legislador hipotecario o mejor dicho el Estado ha querido con tal artículo 313 hacer tan indispensable la registración que aprovecha la ocasión de que un título registrable no registrado acuda a él, para rechazarlo mientras no se registre, pues precisamente por el carácter facultativo de la inscripción no quiere imponerla de oficio o coactivamente en todo caso».

ha contagiado el artículo 313 su propia incongruencia a la doctrina que lo comenta y critica? Si la norma constituye un simple estímulo a la inscripción, precisamente por su propia voluntariedad, ¿dónde queda su incoherencia respecto al espíritu general del Ordenamiento? Y, sin embargo, nos parece, la incoherencia existe.

Es verdad que se la rebaja notablemente cuando en la interpretación del artículo 313 se llama la atención sobre su carácter adjetivo, y se limita su objeto y efecto: simple inadmisión –provisional– del documento, sin impedir la validez y eficacia del derecho en él reflejado; simple exclusión de la prueba documental, que no impide la admisión y práctica de cualquiera otra por la que el derecho pueda hacerse valer sorteando la necesidad de su previa inscripción¹⁷⁵. Se rebaja la incoherencia, pero subsiste. Primero, porque incoherente es –si no arbitraria– una limitación procesal sin fundamento sustantivo suficiente¹⁷⁶, una limitación, además, que en el caso en estudio resulta particularmente grave por ser la documental la prueba normalmente más adecuada a la demostración del dominio y demás derechos reales inmobiliarios. Pero subsiste, también, porque donde se ventila la efectividad de un derecho privado y disponible no se explica la imposición de esa inadmisión «de oficio» que el artículo 313 se esfuerza a todo trance en obtener¹⁷⁷. Y aquí

¹⁷⁵ Así, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, esp., pp. 283-285; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 138-140; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 286-291 y 294: «No obstante, conviene reducir el artículo 313 de la ley a sus debidas proporciones y éstas consisten solamente en negar eficacia o valor probatorio, ante los organismos públicos y en cuanto afecten a una persona, a los títulos registrables *mientras* [sub.] del a.] no estén registrados. Que esto supone una dificultad o complicación en el ejercicio de los derechos reales inmobiliarios no cabe duda, pero nada más que una simple dificultad; todo lo demás es exagerar el alcance del artículo 313 de la ley y desenfocar la cuestión»; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos* ..., cit., p. 479.

¹⁷⁶ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 161, criticando la redacción de 1944: «Con un obstáculo de índole procesal, la no admisión de documentos por los Juzgados y Tribunales, se altera la legislación sustantiva tradicional»; Para SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 288, la incoherencia condena al artículo 313 a su propia esterilidad: «Esta colisión [la que lleva a la derogación de una norma por otra] no se da entre el artículo 313 y el Código civil. Este Cuerpo legal regula, con carácter sustantivo y desde el punto de vista del Derecho civil, las reglas fundamentales de la adquisición del dominio y demás derechos reales; en cambio, el artículo 313 regula, desde un punto de vista meramente procesal, adjetivo y administrativo, un requisito del documento, no para su validez, sino para su simple admisión por los organismos competentes. No existe, pues, colisión o incompatibilidad, en sentido técnico, que dé lugar a la derogación, sino sólo una contradicción entre ambas leyes, que habrá de resolverse en favor de una u otra, y esto supuesto, es evidente que, por su carácter sustantivo habrá de ser preferente el Código civil. [...] Como dice González Palomino, “reconocer un derecho como eficaz y perfecto en sí mismo y en su adquisición y negarle amparo por falta de un requisito facultativo, que entre partes no le da fuerza alguna, es absolutamente injusto y absolutamente ilegal, ya que nuestro sistema no se ha modificado y el Código civil sigue intacto”».

¹⁷⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 296, señalando los puntos vulnerables del artículo 313: «2. La inadmisibilidad de los documentos registrables no registrados la establece la ley Hipotecaria en estos preceptos como medida procesal *de oficio* [cva. del a.], lo cual está faltó de lógica. [...] Esto se explicaría si ella respondiera a un interés público dominante,

debe salirse al paso a una fácil confusión: una cosa es que el aseguramiento del tráfico inmobiliario mediante la publicidad registral se considere como una necesidad de interés general¹⁷⁸, y otra distinta que, en razón de ella, haya que imponer obligatoriamente la inscripción de los derechos reales¹⁷⁹. Basta al interés general de la seguridad que quienes efectivamente la pretendan, puedan obtenerla acogiéndose al Registro, aunque sea a costa de quienes no se preocuparon de llevar a él su derecho.

Es cierto también que la incoherencia entre la voluntariedad de la inscripción y la inadmisión procesal de los documentos no inscritos desaparece cuando los preceptos que imponen esta última, en sus redacciones más matizadas de 1869 (art. 396) y 1909 (art. 389), la limitan literalmente al caso de que *el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito*. Lo mismo ocurriría hoy en la interpretación, forzada y trabajosa, que entiende que el artículo 313, en la doble hipótesis distinguida en su «enmarañada» redacción¹⁸⁰, ordena la inadmisión de los documentos no inscritos sólo cuando se pretende hacer valer los derechos en ellos consignados frente a tercero inscrito¹⁸¹. Pero tanto en aquella redacción como en esta interpretación, la inadmisión pierde significado propio y gran parte de su justificación y utilidad autónoma: queda reducida, en la interpretación más común de las versiones de 1869 y 1909, a mera duplicación procesal de lo que sustantivamente es el efecto primario de la publicidad¹⁸² —la

pero no debe ser así, puesto que de existir este tipo de interés el legislador debía proceder a implantar la inscripción obligatoria o forzosa, todo lo que demuestra lo contradictorio de la medida implantada».

¹⁷⁸ Así la consideraba LUZURIAGA: *Concordancias* ..., cit., p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraiarse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada».

¹⁷⁹ En sentido contrario, LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, 2.^a ed., Madrid 1959, pp. 188-198, esp., 194: «Si el Registro de la Propiedad, además de institución jurídica relativa a los derechos reales privados inmobiliarios, lo concebimos como servicio público y social de nuestro tiempo, ya que por unas u otras razones no lo fuera en épocas pasadas, la inscripción debe ser obligatoria».

¹⁸⁰ Así la califica GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 615: «Y no es que haya que dejar sin culpa al legislador, pues creó una verdadera maraña con la última redacción del artículo 313, sino que ante esa maraña lo menos que se puede pedir a la doctrina es que haga una interpretación lógica y conforme a la ley y no contraria a ella». ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 271 —su cita valga como expresión de la crítica doctrinal a la redacción del precepto— la considera «deplorable».

¹⁸¹ Interpretación sostenida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 585-589, y por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 617-626.

¹⁸² CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 85: «De conformidad con los anteriores argumentos, se consignó en los artículos 23 y 25 de la ley que los títulos sujetos a inscripción que no estuvieran inscritos no podían perjudicar a tercero, y que los títulos inscritos surtirán efecto,

inoponibilidad de lo inscribible no inscrito– o, en las actuales y minoritarias interpretaciones del artículo 313, a mera consecuencia procesal del principio de legitimación registral¹⁸³ o del peculiar valor «conformador» y cuasiconstitutivo de la inscripción en nuestro Derecho¹⁸⁴. La incoherencia de fondo desaparece, pero no los problemas. El principal se indicó ya anteriormente: ¿por qué esa medida procesal de oficio en materia privada y disponible? Complementariamente podríamos anticipar otro de cuyo tratamiento nos ocuparemos algo más adelante: el del valor «conformador» de la inscripción. En la interpretación común el artículo 313, al igual que sus precedentes, desde una *ratio* conocida y cierta –el estímulo a la inscripción–, contiene una norma problemática por contraria al criterio general de la Ley en su materia; en la singular que últimamente se propone vendría a ser una norma igualmente problemática desde el punto de vista de la voluntariedad de la inscripción, y a

aun en contra de los acreedores singularmente privilegiados. Y por si no fueran bastantes estas declaraciones, tan expresivas, se añade en el artículo 389 que no se admitirá en los Juzgados y Tribunales [...]»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 271: «De esta suerte, el sistema de la Ley era lógico. Aunque se promoviera un pleito contra tercero inscrito en virtud de títulos no inscritos, daba el triunfo al primero con arreglo al artículo 23. Mas con el fin de evitar toda molestia al titular inscrito, completaba el precepto sustantivo con la regla procesal de la inadmisión del documento»; ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 273-274: «[...] Por eso al modificarse la ley Hipotecaria en virtud de la ley de reforma de 21 de diciembre de 1869 modificóse dicho artículo 396, sin más que agregar a su primer párrafo las importantes palabras, por lo fundamentales que eran, de “si el objeto de la presentación fuere *hacer efectivo en perjuicio de tercero* [cva. del a.] el derecho que debió ser inscrito”. [...] Gracias a esta reforma, la norma de inadmisibilidad de lo registrable no registrado cambió completamente de signo, pues se mantuvo dentro de la motivación básica inspiradora del criterio de voluntariedad de la inscripción querido por nuestra ley Hipotecaria de 1861, cesando la contradicción antes existente en este punto. Pero a pesar de ello la inconveniencia de aquel precepto de inadmisibilidad, si bien descendió mucho de grado, subsistía como una medida inútil, por lo redundante [...]. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 138: «No duró mucho este precepto de alcance tan general: en la reforma hipotecaria de 1869 se limitó la inadmisibilidad al supuesto de perjudicar a *tercero* [cva. del a.], y como se entendía que el tercero aquí aludido era el que había inscrito su derecho y estaba ya protegido registralmente, la norma resultaba una repetición de la regla de inoponibilidad del título no inscrito».

¹⁸³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 585: «Consecuencia lógica del principio de legitimación debería ser el de la exclusividad de la prueba registral en cuanto a los derechos inscritos. El Registro, puesto que es la prueba oficial, debería ser, en principio, la única prueba admisible (como ocurre con el Registro Civil). A este resultado se aproxima el sistema español con lo dispuesto en el artículo 313 L. H. y concordantes [...]. ID., pp. 605-606: «El que registralmente aparece como tercero protegido goza, como todo titular registral, de la legitimación registral (cf. art. 38 Ley Hipotecaria) pero los efectos legitimadores están entonces especialmente reforzados: 1.^º Los títulos inscribibles relativos a los derechos reales inscribibles no inscritos no pueden ser admitidos, en perjuicio de tercero, por los Tribunales u órganos públicos (art. 313 L. H. según la interpretación que le hemos dado)».

¹⁸⁴ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. esp., 612-613: «No estamos, pues, ante un problema de limitación de los medios de prueba, sino ante un problema de *constitución plena de los derechos reales respecto a terceros*, es decir, de *existencia del derecho real en su plenitud*. La interpretación del artículo 313 está relacionada con el carácter y naturaleza del derecho real, y con la eficacia “conformadora” o cuasiconstitutiva de la inscripción respecto al ejercicio del derecho real en cuanto a terceros» [cva. del a.].

cuya problemática en tal concepto vendría a añadirse la de la *ratio dogmática* que la fundamentaría.

La conclusión se impone por sí misma. El artículo 313 de la Ley Hipotecaria, sin aplicación práctica, enturbia la claridad del sistema. Nada se pierde en él si desaparece. Los estímulos han de provenir a la inscripción de sus positivas ventajas. De la «triste y precaria» condición de quien no inscribe, sólo en cuanto ésta es el reverso de la robustez que el derecho adquiere una vez inscrito. Si antiguamente podía hablarse de una *beata possessio* y de unos *beati possidentes*, hoy, a la «tristeza» del titular no inscrito lo que puede oponerse es la dicha y tranquilidad de quien tiene inscrito su derecho.

b) LAS CONSIDERADAS EXCEPCIONES AL CRITERIO GENERAL DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN Y DE SU FUNCIÓN PUBLICADORA. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN LA HIPOTECA

Trataremos esta materia avanzando una advertencia sobre el modo en que en ella nos parece que se debe proceder y distinguiendo en su tratamiento tres momentos o puntos distintos: el primero, la nitidez y limpieza con que en 1861 se establece generalmente la inscripción voluntaria y publicadora; el segundo, la apertura de la primera brecha en la unidad del sistema al considerarse constitutiva la inscripción en la hipoteca; y el tercero, el posterior proliferar de los más variados supuestos de inscripción obligatoria o constitutiva.

Vaya por delante la advertencia: en nuestra opinión, hay que conducirse en esta materia con suma cautela. La confusa fronda de las excepciones, brotada de la inexplicada e inexplicable redacción del artículo 1875 del CC y desarrollada en el caldo de cultivo de la crítica a la orientación del sistema, no debe hacernos perder de vista el norte de la inscripción voluntaria y no constitutiva. Tampoco debería dejarnos sugerir la idea de que la inscripción necesaria sea la línea deseable y de futuro cuya luz deba guiar la labor del intérprete. Por el contrario, mientras quepa un resquicio de duda razonable habrá de estarse al criterio general en cuanto al carácter y valor de la inscripción registral.

Y formulada la advertencia, bueno será todavía precisar algo más lo que ella implica y no implica. No implica, naturalmente, que vayamos a pretender que, ni en este ni en ningún otro punto, el legislador de 1861 marcara la pauta forzosamente al legislador del futuro. Tampoco, que, si la excepción se produce, tengamos que empecinarnos en negarla. Sí supone, en cambio, aprecio por el sis-

tema y convicción de su acierto. Supone, igualmente, conciencia de que en el problema aquí planteado se ventila una cuestión técnica que como tal debe ser tratada siempre que su solución resulte problemática.

Quizá este último punto requiera todavía alguna explicación. Queremos decir en él que en sectores jurídicos de gran densidad dogmática y sistemática se producen con alguna frecuencia ocasiones en las que toca al intérprete hacer valer la coherencia del sistema frente a la ligereza del legislador sectorial de turno. Esta afirmación —que a primera vista puede parecer petulante pero que no sonará a nuevo a quienes estén medianamente avezados en el razonamiento jurídico— no desconoce la jerarquía de las fuentes del Derecho ni pretende alterarla. Simplemente se apoya en la fuerza inmanente al sistema y en la consistencia de sus conexiones. Es la misma ley la que, desde su propia trabazón sistemática, y de forma parecida a como cualquier organismo vivo tiende a repeler los cuerpos extraños, se encarga de neutralizar los elementos espuriamente introducidos en ella. Al intérprete tocará advertirlo iluminando siempre lo extraño y dudoso por lo normal y cierto. La tarea es importante. De ella depende la preservación del Ordenamiento como conjunto armónico de soluciones inspiradas por unos mismos principios, o su degeneración en un adefesio sin explicación posible y abierto a toda sorpresa. ¿Se nos objetará que entramos en la materia a tratar bajo el influjo de un cierto apriorismo? Lo admitimos si con nosotros se conviene que se trata no de nuestro apriorismo subjetivo, sino del asentado por la ley —en tal caso no hay ya propiamente apriorismo— al fijar las bases del sistema. No se niega la posibilidad de que en casos concretos y por fundadas razones el legislador pueda modificar su criterio. Lo que se mantiene es que para poder entender que ello ocurre es necesario aducir justificación suficiente a tal cambio, así como corrección técnica y claridad suficiente en su formulación. Sin tales condiciones la cuestión quedará abierta a la duda, y en ella debe decidir la fuerza y la unidad del sistema.

1. Advertido lo anterior y entrando ya en materia, procede comenzar, según el orden antes anunciado, examinando las excepciones a la voluntariedad de la inscripción en el mismo planteamiento de la Ley Hipotecaria y en su interpretación por la doctrina que más tempranamente la comenta. Dos notas destacan en esta primera época: que las excepciones se limitan a la sola voluntariedad de la inscripción, y que, con una cierta confusión de ideas, cuando éstas se señalan no se están indicando propiamente casos que en rigor lo sean de inscripción excepcionalmente obligatoria, al

menos en el sentido que hoy suele darse a esta expresión. Veámoslo separadamente, aunque sea con toda brevedad.

Primero: las excepciones al criterio legal ordinario se limitan a la voluntariedad de la inscripción. Queremos decir con ello que, respecto del doble carácter configurador de nuestra inscripción registral –la voluntariedad de su práctica y su función meramente publicadora– es sólo el primero el que a veces se considera excepcionado. Y, a nuestro juicio, no responde ello a la confusión inicialmente reinante entre ambos caracteres, sino al hecho de que la excepción se detecta en casos en que la ley, simple y llanamente, sin entrar más a fondo ni alterar en lo más mínimo el mecanismo de constitución del derecho a inscribir, se limita a imponer obligatoriamente su inscripción. Únicamente Hernández de Ariza, refiriéndose precisamente a la hipoteca y con anterioridad a lo que respecta al valor de su inscripción vendría a suponer el artículo 1875 del Código Civil, entremezcla consideraciones relativas al peculiar valor constitutivo de su inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁸⁵.

Segundo: las que se indican como excepciones a la voluntariedad, no lo son propia y directamente al régimen ordinario caracterizador de la inscripción. Seguramente fue la misma pureza con que se implanta el sistema de inscripción voluntaria y publicadora la que llevó a los primeros intérpretes a detectar excepciones donde propiamente no las había. Es muy probable que, de haber contado con la idea que hoy tenemos de la inscripción obligatoria, De la Serna no hubiera considerado excepciones al criterio legal ordinario las que en su momento presentó como tales. ¿Cuáles eran éstas? Principalmente, los casos en que el derecho inscribible no se encuentra al cuidado de su titular sino, por incapacidad de éste, al de su representante legal¹⁸⁶. Es muy claro que si en esta hipótesis

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 431, argumentando a su modo que la hipoteca es verdadero derecho real: «Es verdad que se distingue de los demás gravámenes del dominio en que la inscripción es su prueba taxativa, pero no por eso la hipoteca se desnaturaliza ni pierde su carácter de derecho en la cosa. El acto o contrato por el cual se constituye o transfiere el censo o cualquier otro derecho real, si se consuma por la tradición o quasi-tradicón puede hacerse valer entre los contrayentes aunque no se inscriba, pero el de hipoteca no, porque el acreedor hipotecario no posee de modo alguno: su derecho no puede manifestarse por la tenencia ni tampoco justificarse por la escritura, que cuando no se ha registrado es nula de hecho, y por consiguiente la inscripción es de tal manera esencial, que sin ella el contrato no produce efecto porque carece de prueba, o lo que es lo mismo, la hipoteca no existe. Hubo pues doble motivo para que el legislador la incluyese entre los derechos sujetos a registro».

¹⁸⁶ SERNA: *op. cit.*, p. 247: «Cuando decimos que la inscripción no es obligatoria, esto debe entenderse con las limitaciones que la ley establece a favor [...] de las personas por razón de su edad, de su falta de capacidad por su condición en el orden de la familia; la ley les da una protección especial de que tendremos ocasión oportuna de tratar en otros artículos de la ley [...]. Bástenos consignar que el principio de que la ley no hace obligatoria la inscripción no es absoluto, que tiene excepciones necesarias aconsejadas por altas

se impone obligatoriamente la práctica de la inscripción, no es porque en su materia ésta sea obligatoria, sino porque, aun en materia en que la inscripción es de suyo voluntaria, la ley impone al representante velar por los derechos confiados a su guarda con una diligencia que no puede imponerse al propio dueño en la preservación de sus bienes y en el cuidado de sus intereses. La misma inscripción que para el dueño capaz es voluntaria se convierte en obligatoria cuando, por incapacidad de éste, la iniciativa de su práctica correría a cargo de quien debe cuidar de sus intereses¹⁸⁷. Entonces, no es que la inscripción sea, *ratione materiae*, objetivamente y *per se* obligatoria; es que, *per accidens*, se impone obligatoriamente a quien tiene la obligación de guardar diligentemente los bienes ajenos. Lo mismo habría que decir respecto al límite a la voluntariedad de la inscripción impuesto por la ley a favor del Estado¹⁸⁸ y, desde otro punto de vista, respecto a los que Gómez de la Serna presentaba como recursos *indirectos* para imponer la inscripción, principalmente el de su necesidad para la reanudación del trámite registral¹⁸⁹. Tampoco es que en este caso la inscripción sea, por su materia, objetivamente obligatoria; es, simplemente, que la fiabilidad del Registro impide la posibilidad de inscripciones saltuarias. La voluntaria inscripción de un derecho dependiente o derivado de otro, exige ahora, instrumentalmente y *per accidens*, la previa inscripción del derecho fundador.

2. Atención muy especial merece en nuestro Derecho la inscripción de la hipoteca. Hace ya tiempo que en nuestra doctrina

razones de justicia, de equidad y de conveniencia pública»; HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59: «Pero son tantas las excepciones de esta regla [que el registro de la propiedad no sea obligatorio] ... que equivalen en conjunto, si no exceden en eficacia, a la pena de nulidad, que impuesta como en la legislación anterior de una manera absoluta y por un interés meramente fiscal, llevaba consigo cierto carácter de violencia, y se reputaba contraria a los principios de justicia. Además de la obligación de inscribir en que se constituye a los guardadores bajo su responsabilidad, y a los Promotores fiscales y a los Jueces en muchos casos».

¹⁸⁷ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 548.

¹⁸⁸ A ella se refería DE LA SERNA en las palabras que omitíamos en su última cita (p. 247): «Cuando decimos que la inscripción no es obligatoria, esto debe entenderse con las limitaciones que la ley establece en favor del Estado, de las provincias, de los pueblos y de las personas por razón de su edad».

¹⁸⁹ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 246: «Mas si la ley no estableció obligación alguna directa para que se hicieran las inscripciones, no puede desconocerse que por medios indirectos procuró este mismo resultado [...] No menos eficaces que este medio son otros indirectos también, pero tan útiles casi como los directos, y que, en concepto de algunos, hasta podrían ser considerados como de esta última clase, porque hacen tan precaria y triste la condición de las personas que no inscriben los títulos, contratos y actos registrables, que para salir de ella todas las que sean medianamente previsoras y diligentes, no dejarán de inscribir. Algunas de estas prescripciones se encuentran en la ley: a esta clase pertenece la que ordena el artículo 20 al establecer que sea causa bastante para suspender o denegar la inscripción la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trata a favor de la persona que lo transfiere o grave [...]».

está asentada como lugar común la idea de que, excepcionalmente, tratándose de la hipoteca, la inscripción es constitutiva. Los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria serían, principalmente, los preceptos fundamentadores de esta excepción al valor generalmente asignado a la inscripción registral. Interesa detenerse algo en este punto porque, examinadas las cosas atentamente y despacio, lo que parecía claro e indiscutible se advierte confuso y problemático. Y, teniendo en cuenta que el caso de la hipoteca ha sido de hecho la brecha por donde el criterio general del valor publicador de la inscripción y su carácter voluntario ha saltado provocando la aparición de numerosas y desperdigadas excepciones, no estará de más comprobar que, tras el examen aquí propuesto, la aparente solidez del lugar común se nos revela en su inconsistente realidad de tópico irreflexivo e infundado. De todos modos, habiéndonos ocupado de esta cuestión en un trabajo anterior¹⁹⁰, procederemos ahora en ella sucintamente y por referencia a lo anteriormente mantenido.

Lo primero debe ser que nos situemos ante el problema para captar, desde la perspectiva ofrecida por los arquetipos hipotecarios, la sospechosa peculiaridad que en nuestro Derecho provocaría la inscripción de la hipoteca. En los grandes modelos registrales la inscripción no varía de carácter cuando se refiere a la hipoteca. Y se entiende lógicamente que así sea. La hipoteca es protagonista tan destacado en la representación del designio y juego del artificio registral que difícilmente podría entenderse la imaginación de éste sin pensar en la hipoteca y sin tratar de adecuarlo a ella. Lo extraño y a priori sospechoso es lo contrario: que el modo normal de funcionamiento del Registro no cuadre a su figura central –la que le da nombre, incluso, entre nosotros!– y tenga que ser excepcional cuando la misma entra en escena. En Alemania y en Suiza, donde la inscripción es constitutiva, constitutiva es también la inscripción de la hipoteca¹⁹¹. Igualmente, en Francia, donde la inscripción es declarativa, declarativa es también la inscripción de la hipoteca¹⁹². Curiosamente, en este último caso, aunque la reforma de 1955 ge-

¹⁹⁰ El ya citado: *Hipoteca voluntaria...*, pp. 319-389; posteriormente: «Excerpta» en tema de constitución de hipoteca voluntaria, Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, I, Barcelona 1992, pp. 427-456.

¹⁹¹ Para el régimen alemán, baste recordar la generalidad del § 873 del BGB: *Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist [...] die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ...*; para el suizo, el artículo 799 del ZGB: *Das Grundpfand entsteht unter vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen mit der Eintragung in das Grundbuch ...*.

¹⁹² Cfr., sobre inscripción e hipoteca en Francia: THÉRY, Philipe: *Sûretés el publicité foncière*, París 1988, pp. 199-203.

neralizó en Francia la inscripción obligatoria, la de la hipoteca, fiel a la genuina concepción de la virtualidad del Registro y de la inscripción en la vieja Ley sobre la Transcripción, ha seguido siendo meramente facultativa y libre¹⁹³. El dislocamiento entre el carácter y valor general de la inscripción y su aplicación a la hipoteca es, ante este dato, nota propia de ordenamientos subalternados y dubitativos, que si en parte nos aproxima a Italia, no llega a identificarnos plenamente con lo que en ella ocurre: mientras en Italia el valor constitutivo de la inscripción de la hipoteca, estando indiscutiblemente afirmado y establecido por la ley¹⁹⁴, provoca el sonrojo de algún autor, testigo –según dice– de la desconcertada sorpresa de los juristas extranjeros sobre la coherencia del *Codice* en este punto¹⁹⁵, entre nosotros, siendo muy oscura y problemática la fundamentación legal de aquel valor constitutivo, ha sido la doctrina la que –inexplicablemente, a nuestro juicio– se ha tirado en tromba a proclamarlo. La meditada y razonable previsión de nuestro legislador de 1861 hubiera merecido mejor suerte.

La dificultad en torno al valor de la inscripción de la hipoteca va a suscitarse en nuestro Derecho con la aparición del Código Civil, concretamente por obra y desgracia de la incorrecta redacción de su artículo 1875. Con anterioridad a él, la Ley Hipotecaria había establecido con absoluta claridad que en la hipoteca, como en los demás derechos, la inscripción sólo era necesaria para que el dato inscrito pudiera perjudicar a terceros¹⁹⁶. No era una solución improvisada ni arrastrada por inercia. Desde que la Comi-

¹⁹³ MAZEAUD: *op. cit.*, p. 544: «Les actes translatifs de droits soumis à publication (droits réels immobiliers et certains droits personnels) sont l'objet d'une publication obligatoire: vente, donation, échange; également les actes constitutifs des mêmes droits: constitution d'usufruit, de servitude [...]. Mais la publicité des actes constitutifs d'hypothèque (inscription) n'est, en principe, que facultative, bien que la sanction du défaut de publicité soit l'inopposabilité»; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.*, p. 467: «Une dérogation plus importante au principe du caractère obligatoire de la publicité foncière a trait à l'inscription des hypothèques. Celle-ci demeure facultative, en ce sens que la seule sanction de son omission ou de son retard demeure l'inopposabilité [...]».

¹⁹⁴ CC artículo 2808: «[...] L'ipoteca [...] si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari [...]».

¹⁹⁵ GABRIELLI, Giovanni: *La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile*, RDC 1992, I, pp. 457-458: «Resta da chiedersi se abbia giustificazione razionale questa scelta del legislatore del 1942, la quale non manca di stupire, lo so per esperienza, gli osservatori stranieri, colpiti dalla peculiarità di un ordinamento che contrappone –esso solo, per quanto consta– la pubblicità ipotecaria a quella di tutti gli altri diritti immobiliari». Es evidente que al autor escapa el dato normativo ofrecido por nuestro Código Civil y nuestra Ley Hipotecaria, y que entre los observadores extranjeros a que se refiere nunca ha habido un jurista español.

¹⁹⁶ Artículo 146 de la LH de 1861: «Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: Primero: Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. Segundo: Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta Ley».

sión de Códigos comenzó sus trabajos preparatorios del Código Civil, primero, y de la Ley Hipotecaria, después, la cuestión se planteó en términos radicales¹⁹⁷, provocando un debate apasionado y repetido en el espacio de casi veinte años, cuya chispa, aunque prendió en territorios de la hipoteca, inmediatamente se extendió, alentada por Luzuriaga, a todo el campo de los derechos reales¹⁹⁸. ¿Sería necesaria la inscripción para la existencia de la mutación jurídico-real publicable o bastaría exigirla para que tal mutación pudiera perjudicar a terceros? En otras palabras: ¿debía supeditarse a la inscripción la existencia de los derechos y cargas reales, o bastaba con asegurar a los terceros que, sin inscripción registral, tales derechos y cargas no les fueran oponibles? El mismo criterio, ponderado y medido, que, entre la enfrentada extremosidad de Luzuriaga y García Goyena, logró Bravo Murillo llevar al Proyecto del Código Civil, fue el que triunfó en la discusión de la Ley Hipotecaria defendido por Cárdenas frente al rigorismo registral de Permanyer: «Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra y no desde que se inscribe, hay un término medio que sería el que yo aconsejaría si tuviera alguna intervención en la formación de la ley... Existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momento de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura»¹⁹⁹. He aquí nítidamente perfilado y referido expresamente a la hipoteca el criterio de la inscripción declarativa o publicadora, que, adoptado en

¹⁹⁷ «La comisión [...] –se dirá en la E. M. de 1861, p. 225– se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas». Esta es la razón que nos mueve a situar aquí el comienzo de la indagación sobre el valor de la inscripción de la hipoteca en nuestro actual Derecho. El Proyecto de Código Civil de 1836, por su propio contenido e inspiración (las normas que en 1829 y 1830 impusieron obligatoriamente la inscripción, con un alto componente de finalidad recaudatoria), pertenece a una etapa anterior a la del asentamiento de las nuevas bases sobre las que –rectificando la inmediatamente anterior– construirá su edificio la Ley Hipotecaria. Como dijimos en *Hipoteca voluntaria*..., p. 335, el Proyecto de 1836, más que abrir nuestra etapa codificadora, parece prolongar algo anacrónicamente la de las antiguas Contadurías de hipotecas.

¹⁹⁸ Cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, I, cit., pp. 76-78. Efectivamente –cfr. Ib., p. 83–, en el Anteproyecto de los Títulos de las hipotecas y del Registro, redactado por Luzuriaga en 1848, el valor atribuido a la inscripción de la hipoteca se determina por remisión al régimen general de la inscripción de los derechos reales: artículo 32: «La inscripción de la hipoteca está sujeta a lo que se determina en el título (registro público) respecto de la inscripción de los demás derechos reales, y produce los efectos que en el mismo título se expresan, además de los que especialmente se determinan en el capítulo siguiente».

¹⁹⁹ *Leyes Hipotecarias*..., cit., p. 127. Hemos hecho referencia más detalladamente a estas discusiones en *Hipoteca voluntaria*..., cit., pp. 335-342.

general para todos los derechos, aplica a la hipoteca el artículo 146 de la Ley Hipotecaria de 1861: *Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: ... que la escritura se haya inscrito en el Registro ...*

Pero es el caso que, así las cosas, sin que nadie hubiera tratado de reverdecer la discusión sobre el valor de la inscripción registral, ni manifestado reserva alguna sobre su aplicación a la hipoteca²⁰⁰, la que parecía una cuestión definitivamente zanjada, va a rebotar prendida en la inesperada y aporética²⁰¹ redacción dada al artículo 1875 del Código Civil por una mano negra que, subrepticiamente y con técnica de prestidigitador, introduce en nuestro Derecho la figura de la inscripción constitutiva, desarbolando –como se ha dicho²⁰²– todo un meditado sistema hipotecario: ... *es indispensa-*

²⁰⁰ Por su contexto y por su fecha (1849) no pueden considerarse ni interpretarse como reserva alguna al sistema legal, las siguientes palabras de CÁRDENAS, su decisivo inspirador, acerca de la publicidad de las hipotecas legales: «Las leyes –dice en *De los principales vicios ...*, cit., p. 260– no obligan sino cuando se publican: las obligaciones hipotecarias legales tienen fuerza de leyes, ¿por qué han de dispensarse de la condición de la publicidad?». Por lo que conocemos, tras la aparición de la Ley Hipotecaria y antes de la del Código Civil, la única opinión favorable a la necesidad de la inscripción para la existencia de la hipoteca es la de HERNÁNDEZ DE ARIZA (*op. cit.*, pp. 430-431), quien la mantiene con razones tan débiles y en un contexto tan extraño –la argumentación de que la hipoteca es verdadero derecho real– que explican por sí solos su relegación en el olvido: «Es verdad que se distingue [la hipoteca] de los demás gravámenes del dominio en que la inscripción es su prueba taxativa, pero no por eso la hipoteca se desnaturaliza ni pierde su carácter de derecho en la cosa. El acto o contrato por el cual se constituye o transfiere el censo o cualquier otro derecho real, si se consuma por la tradición o quasi-tradición puede hacerse valer entre los contrayentes aunque no se inscriba, pero el de hipoteca no, porque el acreedor hipotecario no posee de modo alguno: su derecho no puede manifestarse por la tenencia ni tampoco justificarse por la escritura, que cuando no se ha registrado es nula de hecho, y por consiguiente la inscripción es de tal manera esencial, que sin ella el contrato no produce efecto porque carece de prueba, o lo que es lo mismo, la hipoteca no existe. Hubo pues doble motivo para que el legislador la incluyese entre los derechos sujetos a Registro».

²⁰¹ Aporética, decimos, porque, a nuestro juicio, es imposible entender que si la hipoteca se constituye ya en la escritura pública, pueda tener valor constitutivo el requisito posterior de la inscripción. Entre los autores que han denunciado esta aporía, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Enneccerus-Kipp-Wolff*, III, 2, 3.^a ed., Barcelona 1970, p. 212, se referían a ella hablando del *quid pro quo* en que incurre el artículo 1875 CC al «exigir escritura constitutiva y admitir sólo la constitución desde la inscripción». Para los problemas de interpretación que plantean los artículos 1875 CC y 145 LH, cfr. NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, pp. 556-558.

²⁰² CANALS BRAGE, Fernando: *El valor de la inscripción en la hipoteca*, «Centenario de la Ley de Bases del Código Civil» (Ciclo de conferencias), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1989, pp. 327-328: «Por tanto la redacción del artículo 1875 CC procede de ese período obscuro, que una cierta mala conciencia mantiene en nebulosa, de las sesiones de la Comisión desde esa fecha hasta el Decreto de 6 de octubre autorizando la publicación del CC, o de las veinte celebradas, con escasa asistencia de individuos –parece seguro que abandonados de Cárdenas ...–, entre esa fecha de 6 de octubre y el 29 de noviembre, que fueron reformando al ritmo de su publicación un Código aprobado como anexo pero no suscrito por la Reina regente –el artículo 1875 vio la luz en la Gaceta el 7 de diciembre–. O incluso pudiera haber sido, aquel precepto, introducido de contrabando, sin pasar por la Comisión codificadora, como ocurrió nada menos que con los artículos relativos al Registro de la Propiedad al final del libro II, según decía el vocal Danvila en la posterior discusión en el Congreso sobre si el

ble, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad ... Las críticas de Sánchez Román²⁰³ y de Galindo y Escosura²⁰⁴ no fueron bastante para impedir que al amparo de este artículo arraigara en nuestro Derecho el criterio de la sustantividad de la inscripción, implantado en 1909 en la Ley Hipotecaria a través de la reforma del originario artículo 146 para concordarlo en su espíritu, aunque con algún retoque redaccional, con el 1875 del Código: *Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas se requiere: ... Que la escritura [en la que la hipoteca se ha “constituido”] se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.* Aparte el entusiasmo de quienes aplauden en este régimen la puesta en camino de nuestro Derecho hacia la sustantividad del Derecho Hipotecario, siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y el australiano²⁰⁵, el hecho es que desde la aparición del artículo 1875, con una casi unanimidad digna de mejor causa, nuestra doctrina ha considerado constitutiva la inscripción de la hipoteca²⁰⁶. Débil y problemático fundamento este precepto, aun-

Gobierno había o no cumplido la Ley de Bases. Lamentablemente las actas de todo este período no se encuentran en el Archivo de la Comisión General de Codificación. Ello explica el escaso respeto que me inspira el artículo 1875 del C. c. que desarrola un meditado sistema hipotecario introduciendo, con técnica de prestidigitador, la inscripción constitutiva en nuestro derecho ...».

²⁰³ SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, III, pp. 866-867: «Sin duda que los redactores del Código olvidaron en este punto que la ley Hipotecaria es una ley de *terceros* y que el contrato de hipoteca pertenece a la clase de los *consensuales*, y se perfecciona y es eficaz y válido entre los contratantes por el sólo hecho del consentimiento, que aunque después del Código deba constar en documento público, conforme al precitado precepto del artículo 1280, para nada necesita su eficacia ni la repetida consideración de contrato el hecho de la inscripción en el Registro y sin embargo, atendido el tenor literal de dicho párrafo 1º del artículo 1875, habrá que desentenderse de la doctrina que así lo establecía, si se le ha de dar cumplimiento estricto, resultando con ello modificado el concepto jurídico y legal de la hipoteca, sobre todo su carácter de *voluntaria*, ya que las de esta clase las define la ley Hipotecaria en su artículo 138 diciendo que son “*las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan*”, sin que en este artículo ni en lo siguientes, que a la hipoteca voluntaria se refieren, se diga nada que autorice para hacer depender la validez de su constitución de la inscripción en el Registro, como el referido artículo 1875 del Código previene. Es más: la doctrina de la ley Hipotecaria es precisamente la opuesta, de lo cual convence la lectura del artículo 146 que dice: [...]» (cva. del a.).

²⁰⁴ *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid 1891, p. 348: «No alcanzamos a comprender por qué el Código exige la inscripción como requisito para la validez de la hipoteca entre las partes, cuando no tiene tal exigencia respecto de ningún otro contrato sobre inmuebles o derechos reales [...]».

²⁰⁵ BARRACHINA Y PASTOR: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, III, Castellón 1911, p. 222: «¿A qué se debe esta importante variación en los textos legales? Sin duda a que estamos en camino de llegar hacia la sustantividad del Derecho Hipotecario siguiendo la orientación trazada por el régimen absoluto alemán y el australiano».

²⁰⁶ Entre los principales exponentes de la común doctrina: OLIVER: *Exposición fundamental y sistemática* ..., cit., p. 786; MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, XII, 3.^a ed., Madrid 1921, p. 512; SCAEVOLA: *Código Civil*, XXIX ed., 1955, p. 488; BARRACHI-

que a él se sume el remozado artículo 146 (hoy 145) de la Ley Hipotecaria²⁰⁷, para una afirmación de tan difícil encaje en el sistema legal, de tan imposible justificación o explicación lógico-dogmática, y de tan nula utilidad práctica.

Cuando hemos dicho que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca tiene difícil encaje en el sistema legal, no pensamos sólo ni principalmente en esa inexplicable falta de coherencia entre el criterio general sobre el significado de la inscripción y su aplicación a la hipoteca que para el ordenamiento italiano ha denunciado Gabrielli y que, con igual razón, denunciaban para el nuestro Sánchez Román y Galindo y Escosura. Al fin y al cabo, admitida por evidente la incoherencia, nada impide que, como generalmente se hace, se la intente denominar de otra manera y justificar como explicable excepción al sistema general. En lo que

NA Y PASTOR: *op. cit.*, pp. 221-224; MORRELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, IV, Madrid 1918, pp. 220-222; CAMPUZANO Y HORMA: *Legislación Hipotecaria*, Madrid 1926, pp. 21, 27, 54; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid 1931, pp. 131, 133, 219-220; SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo ...*, cit., AUV, núms. 18-19, p. 9; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Anotaciones a Enneccerus-Kipp-Wolff*, III, 2, ed. 3.^a, Barcelona 1970, p. 212; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., I, ed. 7.^a, Barcelona 1979, pp. 202-207; HERMIDA LINARES: *¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?*, RCDI 1949, pp. 378 y ss; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, 2, Barcelona 1974, p. 290; LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho Civil*, III, 2, Barcelona 1980, pp. 190-193; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos ...* III, cit., p. 425; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales*, cit., pp. 428-429; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, XXIII, Madrid 1979, pp. 479-481; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, cit., pp. 567-573; ID: *Comentario del Código Civil*, II, M.^o de Justicia, Madrid 1991, pp. 1898-1990. Sigue a la doctrina común sobre el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, aunque se aparta de ella en lo relativo al valor y función de la escritura pública en el contrato de hipoteca y en el proceso de constitución de la garantía (pp. 69-118), JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada 1999. Al carácter estrictamente constitutivo de la inscripción, pero no a su necesidad para la existencia de la hipoteca, se oponen NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, RCDI 1945, p. 422, nota 1, y *El Registro de la Propiedad español*, RCDI 1949, p. 238; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., pp. 264-270, y RAMOS FOLQUÉS: *La hipoteca y la inscripción después del Código Civil*, RCDI 1949, pp. 172 y ss.; al carácter constitutivo y a la obligatoriedad de la inscripción, NAVARRO AZPEITIA: *Títulos e inscripciones*, cit., pp. 555-565; CANALS BRAGE: *El valor de la inscripción ...*, cit.

²⁰⁷ Respecto al reformado artículo 146 LH, decía CAMPUZANO: *Legislación hipotecaria*, cit., p. 506: «[...] según la letra del mismo, la hipoteca voluntaria se constituye por escritura pública» (cva. del a.). En cuanto al artículo 1875 del CC y al vigente 145 LH, NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, p. 558: «Por todo esto no acierto a comprender cómo la inscripción de la hipoteca puede ser constitutiva de este derecho, en el sentido de darle existencia. Si así lo hubieran querido los legisladores, habrían redactado los preceptos correspondientes disponiendo claramente que la hipoteca se constituye mediante su inscripción; pero no lo han dicho y lo que ahora dicen los citados artículos 1875 y 145 no puede, en mi parecer, ser interpretado de forma tan tajante». En abierta oposición con esta percepción del problema, JORDANO FRAGA: *op. cit.*, para quien el carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca es indudable e innegable (pp., e.c., 12, 147, 256), al estar clara e inequivocablemente (pp. 38, 134-135, 144, 145, 146-147, 152) establecido y afirmado por el legislador, principalmente, en los artículos 1875 CC y 145 y 159 LH, sin que el primero de ellos plantea serios problemas de interpretación (pp. 20, 31, 148 ...).

principalmente pensamos es en la dificultad de integrar los artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria con el conjunto de nuestros preceptos legales reguladores de la hipoteca. Todos ello rezuman el originario criterio de la Ley Hipotecaria expresado en el artículo 146 de 1861: la hipoteca se constituye extra-registralmente y su inscripción, como la de los demás derechos y cargas reales, se orienta a vehicular su oponibilidad a terceros evitando la antigua peste de las hipotecas clandestinas. Si prescindimos aquí de los artículos antes citados –en los cuales, curiosamente, también se pone expresa y literalmente la constitución de la hipoteca en el documento que recoge su otorgamiento!– la amplia serie de los que singularmente se refieren a supuestos concretos de constitución de hipoteca aparece claramente inspirada en la idea de que ésta nace o se constituye en momento separado al de su inscripción; que constitución e inscripción son realidades distintas con propia razón de ser cada una de ellas, y presupuesto la primera de la segunda: «hipoteca voluntaria *constituida* por acto unilateral» (art. 141 LH); «la *constitución* de hipotecas para garantizar títulos inscribibles por endoso o al portador deberá hacerse *por medio de escritura pública*, que se inscribirá en el Registro» (art. 154 LH); «la hipoteca legal, una vez *constituida* e inscrita ...» (art. 161 LH); «Aprobada por el Juez el acta en la que se declare el carácter reservable de los inmuebles o se *constituya la hipoteca que proceda*, se darán al reservista dos copias autorizadas de aquella y del auto de aprobación con el fin de que, presentadas ambas en el registro, se practiquen las notas marginales e *inscripciones procedentes* ...» (art. 262 RH); «El *acta de constitución de hipoteca* para la seguridad de bienes reservables expresará las circunstancias de la hipoteca voluntaria ...» (art. 263 RH) ... A este dato, de por sí significativo, debe añadirse otro. Contra lo que debería ocurrir en nuestro Derecho si en él la inscripción fuera esencial a la hipoteca y constitutiva de su existencia y vicisitudes, lo cierto es que en la relación *inter partes* éstas vicisitudes se producen con absoluta independencia de la inscripción registral, y que el reflejo registral de las mismas se exige solamente para que puedan surtir efecto contra tercero. Lo proclama inequívocamente el artículo 144 de la Ley Hipotecaria: el hecho o convenio entre las partes que modifique o extinga una obligación hipotecaria, como pueden ser el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o el compromiso, *no surtirán efecto contra terceros* si no se hace constar en el Registro. Si en la relación *inter partes* las vicisitudes hipotecarias no exigen la constitución registral ¿es coherente decir que, en la misma relación,

el nacimiento de la hipoteca está supeditado a la inscripción? Tampoco es indiferente advertir que nuestro actual artículo 144 LH es reproducción literal del mismo numeral en la Ley de 1861. ¡Qué torpemente se pretendió alterar el valor de la inscripción en la hipoteca –si es que efectivamente fue esa la intención del oscuro redactor del artículo 1875 del Código Civil– cuando ni siquiera se adoptó la precaución de concordar con él las demás normas referidas a su materia! Algo parecido cabría afirmar a la vista de lo dispuesto para la cesión del crédito hipotecario en el artículo 149 LH. El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro: ¿Siendo necesaria tal inscripción para la existencia o validez de la cesión? La jurisprudencia ha respondido negativamente, invocando para hacerlo –además del art. 1526 CC– el valor declarativo de la inscripción registral en nuestro Derecho²⁰⁸. Lo que interesa destacar es que al responder de este modo se aplica en materia hipotecaria el criterio de 1861 acerca del valor de la inscripción en la hipoteca, y que, desde luego, esa era entonces la única interpretación posible del artículo 153 de la Ley, actualmente reproducido a la letra en el 149. Estas fueron las razones que nos llevaron a afirmar hace unos años²⁰⁹ que, sin una explicación suficiente sobre el giro operado por el artículo 1875 del Código Civil en relación con el originario 146 de la Ley Hipotecaria; sin rastro, fuera de él, de una clara y deliberada voluntad de excepcionar el significado generalmente atribuido a la publicidad registral y a la inscripción que la materializa; sin apuntalamiento alguno de esa pretendida excepción en un sistema legal que invariabilmente viene calificando de constitutiva a la escritura o documento en que la hipoteca se otorga o concede, no nos parecía temerario plantear la duda sobre el carácter constitutivo de su inscripción. En esa idea continuamos y, también como entonces²¹⁰, creemos poder concluir que si realmente nuestro legis-

²⁰⁸ STS de 21 de junio de 1989: «[...] porque si ciertamente la normativa contenida en los indicados preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia 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 dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios [...].».

²⁰⁹ En *Hipoteca voluntaria* ... , cit., p. 348.

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 376. A nuestra conclusión se ha opuesto JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca* ... , cit., pp. 151-153, para quien la innovación introducida por el artículo 1875 CC se integra armónicamente en el conjunto de la regulación legal de la hipoteca, sin que pueda afirmarse fundadamente la incoherencia de aquél con lo establecido en

lador intentó instaurar un sistema de inscripción constitutiva para la hipoteca, su intento resultó objetivamente fallido: la ambigüedad de las expresiones empleadas con dicho fin en sólo un par de preceptos hace naufragar el intento al fallar la necesaria coordinación de éstos con la claridad del invariado sentido de la totalidad del conjunto en que han de integrarse. La mano redactora del artículo 1875, que antes calificábamos de mano negra, fue también mano inexperta y torpe. Aunque afortunada: el estruendo de su manotazo ha sonado a música celestial de progresismo hipotecario.

Y es que, dejando de lado cuál pudiera ser la intención del anónimo redactor del artículo 1875 del Código Civil²¹¹, hay nece-

el artículo 144 LH (pp. 202-206), ya que –pp. 204-205– «el valor constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca está *legalmente* limitado a la *constitución* y, por ende, al tráfico del derecho real de hipoteca: su *transmisión*. Razón por la cual, nada impide en la hipoteca la invocación *inter partes* de hechos modificativos distintos o de todos los *hechos extintivos*; mientras que para *terceros de buena fe* sigue valiendo, lógicamente, la apariencia registral mientras no se modifique: artículo 144 LH [...]» (cva. del a.). En razón de tal coherencia legal, y en la regulación de la cesión del crédito hipotecario, se hará necesario: 1.^º Colmar el *silencio* del artículo 149 LH «sobre el valor/significado, respecto al derecho real de hipoteca, de la inscripción registral de su título transmisible (contrato de cesión) [...] desde los artículos 1875 CC y 145 LH –atribuyéndole el mismo valor legal (constitutivo) para el efecto jurídico-real transmisible que para el constitutivo» (pp. 304-305, *subs.* del a.). 2.^º Entender que «el artículo 1526 CC sólo se ocupa de un aspecto de la eficacia/valor de la inscripción registral del contrato de cesión –aspecto que es común a crédito garantizado e hipoteca accesoria–; pero que a él hay que añadir (ex arts. 149, 145 LH y 1875 CC) otro aspecto, que es sólo propio de la hipoteca accesoria, y que, para éste, se añade y superpone (no siendo incompatible con él) al anterior» (p. 309), y 3.^º Negar que, según el artículo 1528 CC, la cesión del crédito hipotecario comprende, sin necesidad de inscripción, la de la hipoteca, porque (p. 309) «una cosa (cierta) es que la hipoteca accesoria *sólo* puede transmitirse con el crédito que garantiza, y que siempre que se transmite el crédito garantizado, se hace, *en principio o como regla*, con la hipoteca accesoria; y otra cosa diferente (y falsa) es que la transmisión de la hipoteca accesoria –por supuesto, con el crédito garantizado– pueda prescindir de la aplicación de la ley de tráfico específica de la garantía hipotecaria –en la que la inscripción registral es elemento co-constitutivo, junto con el (válido) título transmisible (arts. 149, 145 LH y 1875 CC)– y que dicha transmisión de hipoteca se sujetе a la ley de tráfico de un derecho diferente, de distinta naturaleza: el crédito garantizado –para cuya transmisión, ciertamente, no es requisito constitutivo la inscripción registral» (cva. del a.).

²¹¹ Afirma al respecto JORDANO FRAGA: *op. cit.*, que «nuestro legislador, en materia de constitución del derecho real de hipoteca, ha hecho uso de su libertad, y [...] ha optado, para el Derecho vigente, por *una de las soluciones posibles* –por pensar, cabe suponer, que es la más conveniente y adecuada–» (p. 155, cva. del a.), y advierte más adelante (p. 163) que «el *valor legal* de la inscripción registral de la hipoteca no se determina desde una (pre-concebida) *ratio* que el intérprete atribuya a las normas vigentes, sino que, a la inversa, es desde el *valor legal* (co-constitutivo) que las normas vigentes atribuyen a la inscripción registral de la hipoteca, desde el que pueden indagarse las motivaciones de política legislativa que están (presumiblemente) en el origen de tal concreta medida legal». Nosotros no vamos a entrar aquí en las razones que la doctrina pueda conjeturar que sirven de apoyo al carácter excepcionalmente constitutivo de la inscripción en el caso de la hipoteca, ni en las ventajas que a su imposición puedan atribuirse. Lo que sí creemos poder afirmar es que, si «el espíritu y finalidad» de las normas es el «fundamental» criterio para su interpretación (art. 3 CC), en buena técnica legislativa la *ratio legis* no debe dejarse a la suposición de los intérpretes; y que así como la E. M. de 1861 explicó y razonó el valor atribuido en general a la inscripción registral –aplicable, ¡cómo no!, a la hipoteca– la modificación a última hora

sariamente que preguntarse: desde el conjunto normativo de nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad inmobiliaria registral, y desde los fundamentos dogmáticos que lo sustentan, ¿puede ser propiamente constitutiva la inscripción de la hipoteca? Los autores que, como Núñez Lagos y Sanz Fernández, han considerado el problema con mayor cuidado y desde la perspectiva de su encaje en el conjunto del sistema registral, han respondido negativamente²¹². Si, a pesar de ello, incluso estos mismos autores mantienen la necesidad de la inscripción para la existencia de la hipoteca, será porque, a su juicio, aunque no sea propiamente o *stricto sensu* en condición de constitutiva, la toma de razón se entiende ser obligatoria o necesaria en este caso²¹³. De hecho, hay que convenir que, a veces, es así como se ha entendido y calificado la peculiaridad de la inscripción en la hipoteca: más que *constitutiva* se la ha considerado *forzosa*²¹⁴. Pero introducir aquí esta diferencia supone añadir al semillero de problemas que la redacción del artículo 1875 provoca en orden a la explicación del *iter* del nacimiento y constitución de la hipoteca²¹⁵, el que por sí solo suscita la distinción entre la inscripción estrictamente constitutiva y la obligatoria cuando la toma de razón registral se impone como condición de existencia del derecho o carga inscribible²¹⁶.

de tal valor en el Código Civil respecto a ella, quedó carente de toda explicación y fundamentación en los trabajos preparatorios que inmediatamente precedieron a su accidentada y finalmente apresurada publicación.

²¹² NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit. pp. 422-423, nota 1: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al “principio de inscripción”, principio que no sólo afecta a la constitución de los derechos reales, sino a la eficacia del asiento en sí, incluso frente a los actos jurídicos precedentes del asiento mismo que quedan cancelados, como el parte cancela o termina la gestación. No hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real, porque la eficacia se deriva en ambos supuestos del título inscrito a través del asiento, pero no directamente del asiento. Es más, el crédito hipotecario se realiza mediante el *título ejecutivo*, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I*, cit., pp. 265-266, especialmente –p. 266–: «La omisión de la inscripción no priva al contrato [de hipoteca] formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo, hasta tanto que se obtiene».

²¹³ Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *op. et loc. ant. cit.*: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al “principio de inscripción”». Id.: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 238; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 265: «[...] el caso de la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]».

²¹⁴ Así, CAMPUSANO: *op. cit.*, p. 86; DE CASSO: *op. cit.*, p. 368.

²¹⁵ Cfr. las páginas (324-330) que en *Hipoteca voluntaria ...*, cit., dedicamos a la interpretación de dicho *iter* en las obras de Cossío y LACRUZ, y a las dificultades que tales interpretaciones plantean.

²¹⁶ Una manifestación de esa dificultad, en DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (ed. 1972), p. 353, a propósito del Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962 sobre adquisiciones llevadas a cabo por extranjeros: «El artículo 3.^º del Decreto-

¿Se la adentra forzada y artificialmente en el íntimo proceso constitutivo, o se considera su omisión como una desobediencia a la ley, generadora de la nulidad de lo actuado? Aunque comprendemos que un estudio riguroso, a fondo y completo, sobre el problema de la constitución de la hipoteca en nuestro Derecho no podría prescindir de esta cuestión, tenemos que limitarnos en el presente contexto a señalar que la tendencia actual es favorable a la respuesta en el primer sentido. La inscripción sería requisito adentrado en el proceso constitutivo, que no agota por sí sola sino que comparte con la escritura pública que los artículos 1875 CC y 145 LH califican expresamente de constitutiva²¹⁷.

En nuestra opinión, esta forma de entender la constitución de la hipoteca suscita dificultades insuperables. La primera, la imposibilidad –ya advertida por Bravo Murillo en los momentos fundacionales de nuestro sistema registral²¹⁸– de desdoblar, ni *lógica* ni temporalmente, el *momento constitutivo* de la mutación jurídico-real inscribible, que, si incluso es uno e indivisible en el supuesto ordinario de la constitución mediante título y modo²¹⁹, más evidentemente lo es

Ley preceptúa que “la inscripción en el registro de la propiedad será constitutiva para cuantos actos y contratos comprende el artículo 1.^o”, añadiendo a renglón seguido que “dichos actos y contratos, mientras no se inscriban en el registro de la propiedad, serán nulos de pleno derecho”. Aunque el texto legal es categórico en la doctrina se ha discutido respecto del valor y alcance de la inscripción registral prevista por él. Algunos autores han señalado que, a pesar de la declaración legal, se trata de una inscripción meramente obligatoria y no típicamente constitutiva, fundándose para ello en que la falta de inscripción no hace al supuesto de hecho inexistente, ni tampoco nulo, de manera que la inscripción no suple ni añade nada al consentimiento negocial. Sin embargo, con mayor acierto, se ha señalado que, aun cuando sea inexacta la referencia que a la “nulidad de pleno derecho” se hace en el artículo 3.^o del Decreto-Ley, el precepto debe entenderse como sancionador de una ineeficacia en cuanto al derecho real, por lo que puede tal inscripción considerarse como constitutiva». Para la relativización práctica de la diferencia, pensando en el caso de la hipoteca, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «El carácter necesario de la forma –escritura pública o inscripción– produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones».

²¹⁷ GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario ... I*, cit. pp. 572-573: «La escritura pública es el “presupuesto” o “requisito previo” para que tenga lugar el *requisito definitivo y final determinante de la existencia del derecho*. La inscripción no es como creen estos autores [Núñez Lagos y Sanz Fernández] una mera forma de publicidad posterior a la “constitución del derecho”, sino que, por el contrario, la escritura pública es una mera forma negocial anterior a la constitución y existencia del derecho de hipoteca. Lo que ocurre es que la *inscripción no es el único elemento constitutivo del derecho de hipoteca*. Pero, de entre los varios elementos que confluyen, es el *elemento característico y final del derecho*, pues hasta entonces no existe el derecho. Ahora bien, una vez dicho esto, es evidente que la *escritura pública y la inscripción son dos elementos o requisitos constitutivos de la hipoteca*» (cva. del a.).

²¹⁸ Cfr. SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria ...*, cit., p. 366.

²¹⁹ Aunque el *título* sea presupuesto para que el *modo* provoque la mutación jurídico-real, ésta sólo se produce, toda e indivisamente, cuando el segundo se lleva a efecto. Una cosa es la duplicidad de elementos necesarios o presupuestos de la constitución, y otra la fragmentación temporal del momento constitutivo. Por ello nos cuesta mucho admitir la afirmación de

—aunque con igual imperiosidad— cuando se trata de la constitución de un gravamen de nacimiento puramente consensual (*pignum conventum*) y excluyente de cualquier derivación traditoria y posesoria²²⁰. Y no se nos diga que precisamente en la hipoteca, porque en ella no es posible la entrega que en el común de los casos constituye la mutación jurídico-real, se hace necesario sustituir ésta e imponer que en, su lugar y asumiendo su función, entre en acción la inscripción registral²²¹. Aparte de que en la constitución de la hipoteca, por la inmediatividad del efecto jurídico-real propia del contrato real *quoad effectum* que la hace nacer, no es posible el desdoblamiento entre el momento obligacional *inter partes* propio del título y el momento jurídico-real y *erga omnes* en que opera la tradición o el modo²²²; aparte de ello, decíamos, es la propia letra de los artículos 1875 CC y

JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 21), muy central en su explicación, de que la constitución de la hipoteca se produce en momentos distintos, no simultáneos sino sucesivos.

²²⁰ ULPIANO, en Dig. 3. 7. 1: *Pignum contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.* GAYO: Dig. 20. 1. 4: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum quum quis paciscatur ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.* JUSTINIANO: Inst. V. 6. 7: *At ea quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione continere dicimus.*

²²¹ Tal argumento emplean, e.c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 225; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. I, p. 204; LACRUZ-SÁNCHEZ: *Derecho Inmobiliario Registral* (Elementos ... III, bis) 1984, cit., p. 110; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 242-243; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 764; CRISTÓBAL MONTES: *Introducción...*, cit., p. 227; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., Im cit., pp. 567-568.

²²² Cfr. ALBALADEJO: *Derecho Civil II*, 1, 3.^a ed., 1975, p. 349: «En nuestro Derecho, por lo menos los derechos reales no susceptibles de posesión, se adquieren sin necesidad de entrega de la cosa sobre que recaen, es decir, que cuando se constituyen o transmiten mediante contrato, éste los hace nacer o los transfiere por sí solo (es transmisorio o real, en este sentido)». Es así cómo los contratos reales *quoad effectum* o *dingliches Verträge*, también llamados *dispositivos*, se contraponen a los obligacionales (cfr. FLUME: *Das Rechtsgeschäft*, 2.^a ed., 1975, pp. 140-141): «Unter dieser Abstraktion begreift man diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird [...] Der Begriff des Verfügungsgeschäfts wird im allgemein in Gegensatz gebracht zu dem Begriff des Verpflichtungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft begründet in der Regel nur Rechtsbeziehungen von Person zu Person, bewirkt aber nicht unmittelbar eine Veränderung betreffs bestehender Rechte». Distinta a esta concepción, la que puede verse en JORDANO FRAGA: *op. cit.*, para quien el contrato de hipoteca, aunque es dispositivo (pp. 12, 17, 45, 155, 235 ...), no es real *quoad effectum* (pp. 111, 116, 153, 155), ya que no produce directamente el nacimiento de la hipoteca (pp. 58, 86, 93, 108), y sí otros distintos (p. 20), entre ellos algunos «obligacionales» (pp. 99, 100). Aparte la relajación del sentido atribuido en ella a la calificación del contrato de hipoteca como «dispositivo/transmisorio», entendemos que la negación de su tradicional carácter real *quoad effectum* se apoya en la nueva configuración de su eficacia real, resultante —según se interpreta— de la exigencia de su inscripción, entendida ésta como requisito posterior al contrato y necesario para el nacimiento de la garantía. Ahora bien, si —como en nuestra opinión ocurre— la función excepcionalmente constitutiva de la inscripción de la hipoteca puede plantearse como *quaestio dubia*; si es claro, por otra parte, que en 1861 la Ley Hipotecaria conjugó y compatibilizó perfectamente el carácter histórico y tradicional del contrato de hipoteca con la función aseguradora del Registro, imponiendo la necesidad de su inscripción para que la hipoteca, ya constituida, pudiera perjudicar a terceros; si, finalmente, el mismo Código Civil (art. 1857, 2.^º y 3.^º) parece seguir contando con el carácter dispositivo del contrato de hipoteca, no creemos que, en el intento de resolver la *quaestio dubia* propuesta y razonar su

145 LH la que de forma expresa sitúa directamente la constitución de la hipoteca en el otorgamiento de la escritura pública que documenta la voluntad de establecerla (... *el documento en que se constituya...; ... que se hayan constituido en escritura pública*)²²³.

Tampoco logra justificar la transcendencia constitutiva de la inscripción en la hipoteca otro de los caminos por los que dicha transcendencia se ha querido explicar. El paralelo correría ahora con la figura de la prenda. Así como en ésta la *datio rei* constituye el contrato generador y al mismo tiempo provoca, mediante el traspaso posesorio, un elemento natural revelador del gravamen producido, en la hipoteca, donde tal traspaso no existe, sería la inscripción registral la que vendría a ocupar su puesto y desempeñar su función²²⁴. Contra esta explicación se alza no sólo la ya indicada concepción tradicional de la hipoteca como figura de origen netamente consensual, en oposición a la prenda, sino también la peculiar distribución de funciones que en el Derecho moderno corresponden a la entrega de la cosa o *datio rei* y a la escritura pública en el derecho de prenda. Aunque la entrega la haga nacer, el traspaso posesorio no basta para hacerla

solución, deba abandonarse el modelo tradicional del título creador de la hipoteca y la específica configuración de su eficacia, sino, más bien, desde él, tratar de interpretar el dato legal, problemático en sí y disonante en el conjunto del ordenamiento de la publicidad inmobiliaria. En nuestra doctrina actual, y compatibilizándolo con la común opinión que atribuye valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca, afirman el carácter dispositivo o real *quoad effectum* del contrato de hipoteca, SANTOS MORÓN, M.^a José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid 1996, pp. 239-240, y GARCÍA GARCÍA: *Los negocios de disposición y obligacionales en relación con la inscripción constitutiva de la hipoteca*, Boletín del Colegio de Registradores de España, n.º 52, p. 2709: «[...] en la hipoteca no cabe hablar de negocio obligacional ni de contrato, sino que sólo es negocio de disposición, y éste lleva consigo los dos elementos; acuerdo de voluntades e inscripción». Prescindiendo ahora de la conexión o relación entre el acuerdo y la inscripción, parece cierto que el artículo 1857, 2.^º y 3.^º CC, presupone el carácter dispositivo del contrato de hipoteca al exigir en él como requisito esencial que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca y que éste tenga la libre disposición de la misma. Esta exigencia –sin paralelo en el contrato de compraventa– es la que impide introducir en la hipoteca la duplicidad del momento obligacional preparatorio y el jurídico-real de ejecución o cumplimiento, que, perfectamente admisible en la compraventa en virtud del sistema del título y el modo, permite en nuestro Derecho la compraventa de cosa futura o ajena, posibilidad que, no dándose en la hipoteca, obliga a recurrir en ella a la mera promesa de la misma (art. 1862 CC).

²²³ Desarrollamos con más detalle estas ideas en *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 350-359.

²²⁴ Argumentan en esta línea: LACRUZ-SANCHO: *Elementos ... III*, 2.^a ed., 1980, p. 158: «Es precisamente para sustituir la publicidad del gravamen que desempeña el desplazamiento posesorio en la prenda, por lo que se establece, como esencial, la publicidad registral de la hipoteca mediante establecer como constitutiva la inscripción»; GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 477: el artículo 1875 del C. C. vendría a ser el paralelo, en la hipoteca, de lo que es el 1863 en la prenda, «en ambos se regula la forma que debe observarse para la válida constitución de la garantía». Recientemente añade ésta a su anterior argumentación, GARCÍA GARCÍA: *Los negocios de disposición...*, cit. p. 2709: «[...] la inscripción de la hipoteca es el requisito paralelo de la entrega de posesión de la prenda, pues cumple el requisito de publicidad, de control del acreedor titular sobre la cosa y de ejercicio del *jus distrahendi*; que son notas básicas del derecho real de garantía, tanto en su modalidad de prenda como de hipoteca: no es un mero requisito formal, sino real o dispositivo».

oponible a terceros; para esto último se exige la escritura pública que dé constancia de la certeza de su fecha (art. 1865 CC). En definitiva: que, concibiéndose la hipoteca a imagen de la prenda y pretendiéndose para la existencia de aquélla un elemento de cognoscibilidad y oponibilidad *erga omnes* paralelo al de la garantía real mobiliaria, resulta, por una parte, que la *datio rei* que intenta suplirse en la hipoteca no es la que da oponibilidad a la prenda, y, por otra, que en la misma prenda dicha oponibilidad se logra con la escritura pública que, necesaria en la hipoteca para la existencia de ésta, daría razón en ella –si de lo que se trata es de hacerla funcionar en paralelo a la prenda– no sólo de la existencia del gravamen sino también, de suyo, de su oponibilidad a terceros (art. 1218 CC); al menos a los terceros no protegidos por la fe pública registral²²⁵.

Contra los anteriores intentos de justificación del carácter constitutivo de la inscripción en la hipoteca, además de las razones que acaban de exponerse separadamente para cada una de ellas, cabe oponer una objeción válida para las dos. Si en ambas de lo que se trata es de preservar *a los terceros* frente a todo efecto de la hipoteca mientras ésta no se haya inscrito, ¿no se ve que ésa misma es la finalidad que, en general, da razón de la creación del Registro de la Propiedad y que en nuestro sistema se atiende deliberada y adecuadamente haciendo de la inscripción registral instrumento de publicidad, no de constitución, de los derechos y cargas inscribibles? Los efectos ordinarios atribuidos a la inscripción en nuestro Derecho logran, también en el caso de la hipoteca –y tan cumplidamente como en los demás– la finalidad con que se ha querido justificar la excepcionalidad de este supuesto de inscripción constitutiva. Nada tenían que temer los terceros respecto a la posibilidad de una hipoteca existente y no inscrita, al modo previsto en 1861. Intensificar el valor de la inscripción en el caso de la hipoteca no añade ni un ápice a la protección de los terceros. Sacrificar por esta razón la existencia *inter partes* de la hipoteca válidamente otorgada y documentada en escritura pública es un exceso carente, en nuestra opinión²²⁶, de toda justificación.

²²⁵ Más ampliamente sobre esta forma de argumentar por paralelo a la prenda, *Hipoteca voluntaria ...*, cit., pp. 359-372.

²²⁶ Pensamos, en efecto, que no son decisivas las razones aducidas por GARCÍA GARCÍA en su ya citado trabajo: *Los negocios de disposición ...* Veámoslas, y tratemos de justificar nuestro juicio: 1.^a El carácter dispositivo del contrato de hipoteca impone en él la necesidad de la inscripción (pp. 2707-2708). Respondo: En Alemania, de donde toma su inspiración García García, sí; en España, no. La necesidad de inscripción del negocio dispositivo no es una especie de necesidad metafísica, sino una decisión adoptada por el legislador alemán y rechazada por el nuestro. 2.^a Por paralelo con la necesidad constitutiva de la entrega en el contrato de prenda (p. 2708). Resp. En la tradición a la que se atiene nues-

Esta última consideración basta por sí sola –aparte el enigma del art. 1875 CC, su confusa e incorrecta redacción y su desarmónia en su contexto legal inmediato y remoto²²⁷– para excluir la justificación de la inscripción como condición o requisito necesariamente impuesto por la ley para la existencia de la hipoteca. Más que requisito intrínseco de su constitución, sería añadido o postizo imperativamente ordenado por conveniencia de política del Derecho; técnicamente hablando, *conditio juris* para la existencia de la hipoteca²²⁸. ¿Qué *plus* de inmunidad y protección pueden obtener

tro actual Derecho, precisamente la hipoteca se ha diferenciado de la prenda por excluirse en su constitución la entrega de la cosa gravada. 3.^a Imponiendo la inscripción, el Código pretendió evitar la clandestinidad en unos contratos y derechos que son invisibles (p. 2710). Resp. a) Pero nuestro Derecho evita la clandestinidad imponiendo una publicidad no constitutiva: *consiste ésta [la publicidad] –E. M. 1861, pp. 228-229– en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grabe sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro ... el crédito territorial queda así suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores ... y esto sin temor a hipotecas desconocidas por él, puesto que nunca puede perjudicarle lo que no constare en el Registro.* b) La razón indicada valdría igualmente para otros límites o gravámenes de la propiedad que no presentan indicio alguno revelador de su existencia, y para ellos no impone la ley la necesidad de la inscripción constitutiva. 4.^a Es la única forma de visibilizar y concretar el *valor*, que es de esencia en la hipoteca (p. 2710). Resp. a) También lo visibiliza la escritura pública (art. 1218 CC, en general, y 1865 para la función aseguradora de la prenda). b) La inscripción visibiliza *erga omnes* ese valor, pero no por ello la impone la ley, que deja a la libertad del acreedor el cuidado de su propio derecho: allá con sus consecuencias quien prescinda de ella. 5.^a Es la única forma de ordenación clara y precisa del rango hipotecario (pp. 2710-2711). Resp. Desde luego, pero, de nuevo, la ley no impone al acreedor la obligación de asegurarlo: quien renuncia al beneficio que la ley le ofrece ... 6.^a La hipoteca requiere vitalmente la inscripción para su propia esencia y nacimiento en razón de sus notas esenciales: la inmediatividad y la absolutividad (p. 2711). Resp. La inmediatividad y absolutividad son efectivamente esenciales en la hipoteca por su condición de gravamen real; la inscripción es un medio extrínseco que, más que atribuirlas, lo que hace es compatibilizar la efectividad de esas notas con la seguridad del tráfico. A éste basta, hay que repetirlo una vez más, con que la natural inmediatividad y absolutividad de la hipoteca se detenga ante el tercero de buena fe cuando se descuida la inscripción. 7.^a Incluso *inter partes*, la inscripción tiene efecto constitutivo, porque sin ella no podría ejercitarse el acreedor el *jus distrahendi* (p. 2711). Resp. a) «... no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes ...». E. M. 1861, p. 236. b) De nuevo NUÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, cit., p. 422, nota 1): «el crédito hipotecario se realiza mediante el título ejecutivo, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución». Termina GARCÍA GARCÍA (p. 2711): «Por todo ello, algunos intentos doctrinales recientes y antiguos, que pretenden una interpretación de la inscripción de la hipoteca en contra de los categóricos términos utilizados por el legislador civil e hipotecario, no son convincentes y, si fueran seguidos [...] podrían hacernos volver a la “prehistoria” de la legislación hipotecaria y a la propia «prehistoria» anterior al Código Civil». Permitásenos advertir que en esa vuelta a la prehistoria nos quedaríamos, en lo temporal y doméstico, en la Ley Hipotecaria de 1861, y, en lo comparado, en la actualidad de la situación francesa.

²²⁷ Vid. nuestro *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 374-376.

²²⁸ Así, coherentemente con su tesis de que en la hipoteca la inscripción, siendo necesaria, no es estrictamente constitutiva, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266; en cambio, como calificación añadida y explicativa del alcance constitutivo de la inscripción, LACRUZ-SANCHO: *Elementos ...*, III, bis, cit., p. 111. Contrario a la explicación de la necesidad de la ins-

los terceros por esta vía, que no obtuvieran del funcionamiento y valor general de la inscripción registral? Si nuestra Ley Hipotecaria se decidió por la voluntariedad de la inscripción fue porque, salvada la inoponibilidad de lo no inscrito a terceros desconocedores, con ella bastaba a la protección de éstos. Cualquier paso adelante en la imposición de la inscripción, guiado por esta finalidad, tendrá que resultar inevitablemente una herida inmotivada e inútilmente inferida a la unidad del sistema, que, sin nada añadir a la protección de los terceros de buena fe, impide contar con la existencia de la hipoteca constituida y no inscrita donde y cuando con ella debería contarse.

E interesa atender a esta última afirmación, porque, efectivamente, no es sólo que la necesidad de la inscripción en la hipoteca carezca de justificación teórica en nuestro Derecho; es que, además, su imposición como requisito de existencia o elemento constitutivo de la hipoteca crearía problemas prácticos, la mayoría de los cuales han tenido que ser resueltos por la jurisprudencia apartándose –más o menos declaradamente– de lo que exigiría la opinión común y establecida. Aunque sea sin entrar en pormenores, veamos cuáles son algunos de esos problemas y, en su caso, cómo se ha pronunciado en ellos la jurisprudencia.

Comenzando por los que se suscitan normalmente en la relación *inter partes*, el primero imaginable es el provocado por la negativa del dueño hipotecante a prestar su colaboración en la inscripción de la hipoteca ya otorgada en escritura pública. Sobre él se han pronunciado en sentido diferente las sentencias de 13 de julio de 1984 y 6 de abril de 1996. Para la segunda, tras la escritura pública de hipoteca el acreedor tiene derecho a compelir al dueño de la finca a colaborar en su inscripción, pudiendo ser judicialmente suplido cuando se resista²²⁹. De acuerdo con la primera, perfecto el contrato de hipoteca a partir de su otorgamiento en escritura pública, el acreedor, por sí solo y al amparo del artículo 6 LH, puede instar su

cripción como *conditio juris* para la existencia de la hipoteca, por adolecer de imprecisión y plantear problemas en materia de eficacia retroactiva, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 571-572.

²²⁹ En el caso de esta sentencia quien se oponía a colaborar en la inscripción no era el constituyente inicial de la hipoteca sino la adjudicataria de la finca hipotecada en pago de deuda. De todas formas, la doctrina sustentada por la sentencia se formula en términos generales y vale por igual para el otorgante y para quien pasa posteriormente a ocupar su lugar. Dice literalmente el Tribunal Supremo que «obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a “subrogarse en la hipoteca que grava a las fincas adjudicadas y en la deuda que garantizan” [...] ha de colaborar [...] para alcanzar el fin contractual pretendido por todos [...] para lo que asiste acción personal al acreedor –como ocurre en los supuestos de promesa de constituir hipoteca (art. 1862 del CC)– [...] para que la garantía a la que se comprometió la demandada y que, sin duda, asumió, nazca con la plenitud de los efectos propia de su naturaleza de derecho real [...] bien con la colaboración voluntaria de la demandada, ya con la sustitución de su consentimiento por la declaración judicial».

inscripción²³⁰. Ninguna de las dos sentencias fundamenta su criterio apartándose de la común doctrina que entiende no haber hipoteca hasta que la inscripción se practica²³¹. Lo que tampoco harán es seguir esta tesis hasta el final de sus consecuencias negando que tras el contrato nada exista, ni real ni personal, en la relación *inter partes*²³². Algo forzadamente, la segunda equipara la situación temporal entre escritura e inscripción a la resultante de la promesa de hipoteca y, en consecuencia, considera que el acreedor puede exigir la colaboración del dueño hipotecante para la obtención de la inscripción constitutiva. Mucho más directamente, la de 13 de julio de 1984 considera que tras el otorgamiento de la escritura, el acreedor no necesita colaboración alguna para inscribir al amparo del artículo 6 LH como adquirente del derecho que inscribe e interesado en su aseguramiento. En nuestra opinión, este criterio sólo es consentáneo con la tesis que venimos manteniendo. En la común no puede hablarse de la hipoteca como de derecho existente antes de la inscripción, ni de sólo aseguramiento de ella por la misma inscripción. Por encima de estos matices, lo que interesa destacar es que, frente a lo pretendido y argumentado en contrario sobre la base de la doctrina común, el Tribunal Supremo tiene que velar por la efectividad de una hipoteca otorgada y todavía no inscrita reconociendo al acreedor hipotecario su derecho a llevarla al Regis-

²³⁰ Se trata en el caso de una hipoteca otorgada con anterioridad a la fecha de retroacción de la quiebra del hipotecante, pero inscrita tras ella. El Tribunal Supremo dirá, en el punto que nos interesa, que «el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras, e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la sociedad prestataria, pudiendo ser inscrita por la Caja con autonomía respecto de la sociedad y a favor de lo que dispone el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente tanto por quien adquiera como por quien transmite el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que inscribe».

²³¹ Dice la de 13 de julio de 1984: «Firme lo dicho, y que la hipoteca, a partir de la vigencia del artículo 1875 del CC no existe como derecho real hasta tanto no es inscrita [...] debe también afirmarse [...] que el otorgamiento de los títulos inscribibles que constituyen su antecedente y que, con fuerza de prueba legal en cuanto a la fecha que ostentan, por lo dispuesto en el artículo 1218 del CC, según el cual el documento público hace prueba plena de su fecha, aun contra tercero, tuvo lugar en días [...] anteriores al momento de retroacción de la quiebra [...] cuando la sociedad estaba capacitada, no sólo para obligarse a constituir hipoteca, sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma [...] completara la creación del derecho de hipoteca». La de 6 de abril de 1996: «La sentencia recurrida no desconoce en modo alguno los citados preceptos ni el carácter constitutivo de la inscripción, sino que parte de ello, y de que obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a subrogarse en la hipoteca [...]».

²³² Cfr. GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario*..., cit., p. 567: «Sólo queda cerrado el ciclo de existencia o constitución cuando la inscripción se ha producido. Antes no existe derecho real de hipoteca, ni tampoco un derecho personal, porque el derecho de hipoteca no existe, ni como real ni como personal, sino a partir de la inscripción. Antes de la inscripción, lo único que existen son unas declaraciones de voluntad de acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía, es decir, “un acto jurídico”, pero en el que los derechos que pueda generar ese “acto jurídico” no se producen hasta la inscripción» (cvas. del a.).

tro aun sin la colaboración del deudor hipotecante o de la persona que le suceda en su condición de tal. La más llana y sencilla fundamentación de tal derecho es, obviamente, el reconocimiento de la existencia real de la hipoteca tras su otorgamiento en escritura pública y sin necesidad de inscripción. Cualquiera otra, conducida por forzados e indirectos vericuetos, solamente se entiende por la necesidad en que se encuentra el buen sentido de llegar a las soluciones que impone la inmediata y más elemental percepción de la justicia, aunque sea teniendo que sortear determinados tópicos jurídicos.

Un segundo problema es el que podría suscitarse, sin salir de la relación *inter partes*, cuando, incumplida la obligación asegurada, se hace necesario proceder a la ejecución hipotecaria. ¿Será ésta posible sin inscripción de la hipoteca, o resultará impedida por haberse omitido la publicidad de la garantía? Supuesto que la escritura pública es documento que por sí solo lleva aparejada ejecución (art. 1429.1 LEC) y que la cuestión se mantiene, por hipótesis, entre los otorgantes, nada justificaría impedir la ejecución y dirigirla directamente contra el bien hipotecado. Concretamente, el artículo 1447 LEC no exige la inscripción para que la hipoteca pueda ejecutarse agrediendo directamente el bien dado en garantía sin tener que observar el orden legal de bienes embargables. Negar esta posibilidad cuando la cuestión no afecta a terceros supondría un menoscabo injustificado del derecho del acreedor hipotecario²³³.

Todavía en el mismo ámbito de la relación *inter partes*, y en el intervalo que va desde la constitución de la hipoteca hasta su ejecución –si antes no se inscribe–, cabe imaginar el caso de que el deudor deteriore la finca hipotecada o disminuya su valor. ¿Gozará el

²³³ NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit., p. 422, nota 1: «Es más, el crédito hipotecario se realiza mediante el *título ejecutivo*, y no teniendo como base un traslado del asiento. La escritura de hipoteca es definitiva para la ejecución»; NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, p. 562: «Todo es distinto, en verdad, para la relación *inter partes*. Entonces, la hipoteca produce los efectos prevenidos en el párrafo primero del artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde al hablar de bienes dados en prenda o hipotecados, no se distingue para estos últimos, si la hipoteca está o no inscrita; y la no inscripción parece que, a juicio del Tribunal Supremo, no era obstáculo para aplicar dicho artículo, según el espíritu de la sentencia de 8 de mayo de 1898 [...]». En la nueva LEC la escritura pública sigue siendo, obviamente, título ejecutivo (art. 517, 4.º), y, para cuando la ejecución se dirija contra bienes especialmente hipotecados, el artículo 579 remite al 568, 2, en el que la «escritura de constitución de la hipoteca» aparece en su condición de título que lleva aparejada ejecución, a pesar de que en la nueva redacción dada al artículo 130 de la LH, la Disp. final novena, 5 de la Ley advierta que «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». «Pese a la importancia que se da a la inscripción registral –ha comentado CURIEL LORENTE, Fernando: Boletín Col. Registradores, núm. 56, pp. 16-17– no se ha querido dar el paso de configurarla como título ejecutivo de la hipoteca, como parece que hubiera sido congruente».

acreedor de los remedios legalmente previstos en los artículos 1129.3 CC y 117 LH, o se lo impedirá el hecho de que la hipoteca no esté inscrita? Nosotros, atendida, de una parte, la existencia del crédito y el dato de su aplazamiento, y, de otra, la limitación del problema planteado a la esfera relativa de los otorgantes, no vemos razón alguna para apartarnos en este punto de lo ya afirmado para los anteriores. Es más, creemos que la negativa del deudor a la inscripción de la hipoteca ya otorgada –piénsese en el caso de la sentencia de 6 de abril de 1996²³⁴– encajaría con toda propiedad en esas conductas de *disminución de la garantía ya establecida* que el artículo 1129 del CC considera causa suficiente para la pérdida del derecho del deudor a la utilización del plazo.

Desbordando la estricta relación *inter partes*, el tercero frente al que se podría plantear la cuestión sobre la existencia actual de la hipoteca ya otorgada pero aún no inscrita puede encontrarse en una doble posición, según se le considere en la perspectiva de la fe pública registral o fuera de ella. En la primera, sería el ajeno a la constitución de la hipoteca pero conocedor de la misma. Llevando a sus últimas consecuencias la tesis común, Roca Sastre defenderá que a tal tercero conocedor, la hipoteca, inexistente en tanto que no inscrita, no puede perjudicarle²³⁵. No lo ha entendido así la jurisprudencia que, con anterioridad a la reforma de la LAU, hubo de evitar el intento de menoscabar la efectividad de la hipoteca cediendo en arrendamiento la finca hipotecada²³⁶: aunque el arrendamiento se concertara entre el otorgamiento de la hipoteca y su inscripción, el arrendatario conocedor ha de padecer el gravamen y contar con su existencia simultánea al otorgamiento de la escritura y anterior, por ello, tanto al arrendamiento como a la inscripción de la misma hipoteca²³⁷. Ni la que, sustancialmente con igual criterio aunque envol-

²³⁴ Para su comentario, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: *Valor de la hipoteca convenida en escritura pública ...*, CCJC 42, pp. 967-978.

²³⁵ ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 205: «[...] un convenio no inscrito de hipoteca no sitúa en posición de mala fe al tercero adquirente que adquiera la finca correspondiente con conocimiento de tal convenio, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con una compraventa no inscrita». Sigue sustancialmente este criterio la STS 26-1-2000: la hipoteca posteriormente otorgada pero anterior en su inscripción, obtiene prioridad sobre la previamente otorgada y todavía no inscrita, pues el dato de que quien primero inscribe reconozca conocer su existencia, no priva al mismo de buena fe registral.

²³⁶ Para tal jurisprudencia, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Madrid 1992.

²³⁷ STS de 31 de octubre de 1986: «Del hecho probado de que la escritura de hipoteca lleva fecha 28 de septiembre de 1978, anterior al contrato de arrendamiento de local de negocio o de industria en que se ampara el recurrente, que es de 14 de noviembre siguiente, no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca por la circunstancia de que tal escritura no se inscribió en el Registro hasta el mes de mayo de 1979, pues implica desconocer que, como dice el Ordenamiento (arts. 1876 del CC y 105 y 145 de la LH), la hipoteca se “constituye” en escritura pública y desde entonces surte efectos para

viéndolo con el ropaje doctrinal de la común opinión, impone contar con el gravamen al adquirente por adjudicación en pago de finca que sabe hipotecada, aunque la hipoteca no se haya inscrito todavía. Es el caso de la sentencia de 6 de abril de 1996: el adjudicatario no puede escudarse en la falta de inscripción de la hipoteca para negar su existencia y rango e inscribir como libre la finca a su favor²³⁸. En la inmediatez del caso, el rigor de la afirmación de Roca Sastre se advierte contrario a la percepción del *justum* impuesta por el buen sentido. La solución se razonará tortuosamente como sea. Derechamente explicada es bien simple: para el tercero conocedor, al igual que para los otorgantes, la hipoteca existe aunque no esté inscrita. No necesitan de la publicidad quienes tienen constancia del dato publicable. Fuera de la perspectiva de la fe pública registral también ofrece casos la jurisprudencia en que la existencia de la hipoteca, anterior a su inscripción, se impone a terceros acreedores. Así, las sentencias, ya vistas, de 13 de julio de 1984: el conjunto de los acreedores del quebrado tiene que estar a la salida de la finca de la masa de la quiebra en virtud de ejecución de hipoteca otorgada con anterioridad a la fecha de la retroacción de la quiebra pero inscrita tras ella²³⁹; y la de 6 de abril de 1996: el crédito hipotecario derivado de

los otorgantes y sus causahabientes (arts. 1218 y 1225 CC), aunque no queda válidamente constituida *erga omnes* hasta que no se inscriba en el Registro (sentencias de 14 de julio de 1933 y 12 de enero de 1943»).

²³⁸ «De no accederse a ello –dice la sentencia– y de entenderse que la recurrente sólo asumió un crédito personal, sin obligación de constituir la garantía hipotecaria, que creyó erróneamente constituida, podría traficar con la diferencia de valor económico y llegar a que el crédito de la actora resultase perjudicado».

²³⁹ «Que los antecedentes, tan extensa como indispensablemente recordados, y el fundamento de las nulidades que el recurso combate, declaradas en la instancia con base en el dato de haberse inscrito las escrituras de 31 de enero y 15 de marzo de 1974, el día 15 de noviembre de 1974, fecha posterior a la del día 15 de septiembre del mismo año, a la que se retrotrae la declaración de la quiebra, centran el recurso en el único punto de si debe mantenerse la declaración de nulidad por cuanto (según razona el considerando 13 de la sentencia del Juzgado, aceptado por el de la Audiencia en el 4.^º de los propios), “como expresamente declara el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, todos los actos de dominio y administración, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos”, o, por el contrario, y a ello se enderezan los tres motivos que el recurso articula [...], tanto el préstamo de diez millones de pesetas como la prestación contractual de la garantía hipotecaria accesoria, quedan fuera del periodo de aplicación de la energética medida contemplada en el precepto del Código de Comercio que sustenta la declaración de nulidad que se combate». La sentencia decide en favor de la segunda posibilidad atendiendo «a lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil, según el cual el documento público hace plena prueba de su fecha, aun contra tercero». No podemos entrar aquí en detalles. Remitiéndonos a lo dicho en *Hipoteca voluntaria...*, cit., pp. 379-385, y en *Excerpta ...*, cit., pp. 450-454, nos limitamos a señalar que el criterio adoptado en esta sentencia coincide exactamente con el que se proclama en Francia, donde, como es sabido, la inscripción de la hipoteca no es constitutiva. Cfr. sobre ello Théry: *op. cit.*, p. 203: «Cette distinction de l'existence du droit et de son opposabilité par l'inscription a d'autres conséquences pratiques. Ainsi, [...] seules les hypothèques nées en période suspecte peuvent tomber sous le coup des nullités prévues par l'article 107 de la loi du 25 janvier 1985. Elles y échappent, aun contraire, si c'est leur publicité qui est effectuée pendant cette période».

hipoteca no inscrita es preferente al no hipotecario de fecha posterior, aunque se haya anotado preventivamente antes de la inscripción de la hipoteca²⁴⁰. La forma de resolver de estas sentencias será criticada, a veces²⁴¹, o explicada por camino diferente al del reconocimiento de la existencia de la hipoteca a partir del otorgamiento de la escritura pública²⁴². Lo cierto es, en cuanto al fondo: que en el trata-

²⁴⁰ «[...] los créditos anotados preventivamente en el registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestro o ejecución de sentencias, sólo tienen preferencia en cuanto a créditos posteriores, según el número 4.^º del artículo 1923 del CC [...], por lo que, siendo la escritura pública de préstamo hipotecario anterior a la fecha de la anotación preventiva, aunque la inscripción de esa escritura sea posterior, es de aplicación el número 4.^º del artículo 1923 del CC, y debe decidirse la cuestión según la antigüedad de las fechas, siendo preferente el crédito documentado en la escritura pública anterior a la anotación preventiva».

²⁴¹ Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 569-570, en cuanto a la doctrina de esta última sentencia, mantenida en otras anteriores.

²⁴² Así, la propia sentencia de 13 de julio de 1984: «Firme lo dicho, y que la hipoteca, a partir de la vigencia del artículo 1875 del Código Civil no existe como derecho real hasta tanto no es inscrita [...], debe también afirmarse ...». En la explicación doctrinal de esta sentencia, *vid.*: GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., I, cit., pp. 568-569: «[...] el problema de la *capacidad contractual*, único a que se refiere la sentencia, hay que solucionarlo con referencia a la fecha del otorgamiento de la escritura» (cva. del a.) y JORDANO FRAGA: *La constitución de la hipoteca* ..., cit., pp. 234-264, esp. p. 235: «es éste [el contrato de hipoteca] (el fundamento causal de la constitución del derecho real de hipoteca) el acto dispositivo: el que exige, para su validez, capacidad dispositiva y ausencia de prohibiciones legales de disponer en el sujeto constituyente»; p. 238: «creo, por el contrario, que el carácter constitutivo (inquebrable, legal) de la inscripción registral de hipoteca no condiciona la solución del problema [...] la válida constitución del derecho real de hipoteca exige un *título constitutivo/contrato de hipoteca válido, también desde el punto de vista* –que aquí y ahora interesa– de la *ausencia de prohibiciones legales de disponer* afectantes al sujeto constituyente [...] los requisitos de validez del contrato de hipoteca se refieren, como los de cualquier otro contrato, *al tiempo de su otorgamiento*»; p. 240: «a pesar del carácter (legalmente) constitutivo de la inscripción de hipoteca [...] la ausencia, en el sujeto constituyente, de prohibiciones legales de disponer (como todos los restantes requisitos de validez del contrato de hipoteca) es un requisito de validez *del contrato de hipoteca –y no de la inscripción registral de hipoteca [...]*» (cva. del a.). Es la solución ya propuesta en LACRUZ-SANCHO: *Elementos* ..., III, 2, 1980, p. 192: «[...] el contrato de hipoteca es un ente jurídico completo y autónomo, al cual no afectará ya la sucesiva incapacidad o muerte de uno de los otorgantes; fallecido o incapacitado el constituyente de hipoteca, ello no será óbice para que el acreedor inste la inscripción y nazca con ella el derecho real de hipoteca». A nosotros esta explicación nos parece muy problemática en razón de la exigencia de libertad dispositiva requerida para la constitución de la hipoteca y de la razón de ser y normas de funcionamiento de la quiebra (*vid.*, sobre ello, STS 7-7-98). Lo que aquí se plantea no es un simple problema de capacidad contractual o capacidad para obligarse, sino una exigencia de libertad dispositiva que, como tal, debe apreciarse específicamente en el momento de efectividad de la disposición, concretamente en la hipoteca: cuando ésta nace como gravamen inherente a la finca. Así se sigue del artículo 1160 CC –más clara y visiblemente cuando la relación entre contrato de hipoteca e inscripción se pone en paralelo con la existente entre el contrato de finalidad traslativa y su pago o cumplimiento mediante la entrega– en cuyo comentario ha dicho BERCOVITZ: *Comentarios al CC y Com. Forales*, dir. Albaladejo, XVI, 1.^º, Madrid 1980, p. 56, que «la invalidez del pago por falta de capacidad es totalmente independiente de la invalidez de la obligación por falta de capacidad en el negocio jurídico fuente de dicha obligación. La razón es que el artículo 1160 se ocupa únicamente de la validez del pago, con independencia de la obligación. Puede que la obligación sea válida porque en el momento de perfeccionarse el negocio causal existiese la capacidad que luego desapareció por incapacidad. Tal es el caso frecuente de las quiebras o de los concursos

miento y solución de los casos es este reconocimiento el que parece imponerse, aunque sea teniendo que sortear lo que en contrario exigiría la común afirmación de que en la hipoteca la inscripción es constitutiva; y en cuanto a su explicación: que la manera de llegar llana y directamente a la indicada forma jurisprudencial de resolver consiste en volver a la originaria concepción de la Ley Hipotecaria, sin permitir que la enturbie el artículo 1875 del Código Civil: la hipoteca existe desde que se la otorga en escritura pública, y su inscripción sólo es necesaria para que perjudique a terceros cuando, según los principios del sistema, tal perjuicio debe condicionarse a la inscripción registral.

No podemos entrar con mayor detalle en toda esta compleja problemática. Bastaba a nuestro propósito sacarla a luz para iluminar desde ella lo que en nuestro Derecho vino a entenebrecer el artículo 1875 del Código Civil y, a impulso de su más extendida lectura, el reformado 146 (hoy 145) de la Ley Hipotecaria. Si en dicha lectura ambas normas establecen una excepción al valor normal de la inscripción registral; si, al mismo tiempo, su redacción es incorrecta y confusa al situar inmediatamente su letra el momento –necesariamente único– de la constitución de la hipoteca en el de su otorgamiento en escritura pública y pretender simultáneamente que también la inscripción sea constitutiva; si su dictado no encaja en el conjunto regulador de la misma hipoteca; si en él los terceros no obtienen aumento alguno de protección y en la relación *inter partes* se provocan problemas que no existirían si también aquí se siguiera el criterio general sobre el valor de la inscripción registral... ¿no se ve la conveniencia de interpretar de otra forma la contradictoria redacción del artículo 1875 del Código Civil y la del 145 de la Ley Hipotecaria, por él forzada e inspirada²⁴³? Si, como con-

de acreedores». Por ello entendemos que la hipoteca no puede quedar fuera del alcance de la retroacción de la quiebra más que si su constitución o nacimiento se entiende producido en fecha anterior a ella; si tal nacimiento o constitución se entiende obra de la inscripción (aunque causalmente fundada en el título, que no la crea aunque provoque otros efectos de naturaleza obligacional), y ésta resulta alcanzada por la retroacción de la quiebra, no queda otra solución, a nuestro juicio, que la aplicada a un caso similar al que ahora nos ocupa por la STS de 4-7-89: «[...] la hipoteca de que se trata quedó constituida con absoluta validez en la fecha en que accedió al Registro [...], y desde entonces puede afirmarse que adquirió existencia legal con plenitud de efectos jurídicos, lo que equivale a afirmar su sometimiento y sujeción a la esfera retroactiva de la quiebra».

²⁴³ Lo proponíamos más detalladamente en *Excerpta*..., cit., pp. 430-431: «No es posible la dualidad en el momento constitutivo de la hipoteca. Si ésta nace de la escritura pública, no queda ya lugar para la inscripción constitutiva. Y, por el contrario, si es constitutiva la inscripción, no puede decirse –como dice el artículo 1875– que el documento la constituye. Si la explicación de la norma quiere ser lógicamente correcta no tiene más remedio que corregir el tenor literal de la misma. Y es aquí donde, por un extraño misterio, la *communis opinio* viene decantándose por corregirlo en favor de la inscripción constitutiva, aunque para ello tenga que introducir una excepción en el sistema general de nacimiento de los

jeturaba Sánchez Román, la redacción del artículo 1875 se debió lisa y crasamente a un error²⁴⁴, y si, como afirmaba Campuzano, la reforma del artículo 146 de la Ley Hipotecaria sólo obedeció al intento de armonizar ésta con el Código Civil²⁴⁵, es una lástima que esa equivocación inicial, legalmente transportada de un precep-

derechos reales y en el significado generalmente atribuido a la publicidad registral, cuyo fundamento legal va a resultar discutible, cuya justificación no será convincente, y cuyos efectos pueden, en ocasiones, llegar a ser contraproducentes [...] También en la hipoteca –como en 1861 estableció el artículo 146 de la Ley Hipotecaria– la inscripción se ordena a que la garantía pueda perjudicar a tercero, situándose su nacimiento en el otorgamiento de la escritura pública donde se la conviene o constituye. ¿Que así corregimos la literalidad del artículo 1875 del CC. en cuanto eleva la inscripción a elemento de constitución de la hipoteca? Ciertamente así ocurriría si –lo que tampoco es evidente, según después veremos– fue esa la intención subyacente en la redacción del precepto; pero, en todo caso –insistimos– también los que niegan carácter constitutivo a la escritura tienen que corregir el texto de la norma. No es tan grave ni tan raro: no siempre la formulación de las normas es técnicamente exacta. Ante la necesidad de la corrección, se trata sólo de orientar ésta en el mejor sentido.

²⁴⁴ SÁNCHEZ ROMÁN: *op. cit.*, pp. 867-868: «Comparado el Código con la ley Hipotecaria, lo que se observa es que este primer párrafo del artículo 1875, en el cual *generalmente*, y sin distinguir entre la hipoteca *voluntaria* o *legal*, se exige para la constitución válida de la hipoteca la inscripción del documento en que se haya constituido en el Registro de la Propiedad, parece inspirado en el artículo 159 de la ley Hipotecaria, cuyo tenor es el siguiente: “Para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan”; precepto de natural explicación desde el momento en que el concepto de hipoteca legal, según el artículo 158, que nace de los supuestos a los cuales otorga la ley el beneficio de la hipoteca legal, con arreglo al artículo 168, queda reducido al derecho de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de las personas a cuyo favor la ley establece hipoteca legal. Es decir, que se ha tomado la *parte por el todo*, y en esta traspisión y reproducción de los textos de la ley Hipotecaria, llevados al Código, se ha convertido en doctrina de *perfección* del contrato de hipoteca, *en general*, lo que era *especial* y justificado precepto tan sólo de las *hipotecas legales*, según el artículo 159, pero que no parecía ni debía serlo de las *voluntarias*, a tenor de los artículos 138 y 146 de la misma, a que antes nos referimos. Confirma esta explicación el contenido del segundo párrafo del artículo 1875, que es una reproducción del 158 de la Ley Hipotecaria, definiente de la hipoteca *legal* y una refundición con éste de los números 5.^º y 6.^º del 168, y aun el sentido general del 218 y 219 de dicha ley, respecto de las hipotecas legales en favor del Estado ...» (cva. del a.). Es curioso observar que también en Italia, donde la declaración del valor constitutivo de la inscripción en la hipoteca en el artículo 2808 del *Código* de 1942 no plantea los problemas de interpretación que en nuestro Derecho suscita el artículo 1875 del CC., también se atribuye a un error o descuido la incoherencia de tal proclamación en el conjunto de un sistema de inscripción declarativa. Sobre ello, GABRIELLI: *op. cit.*, pp. 457-458: «Resta da chiedersi se abbia giustificazione questa scelta del legislatore del 1942 [...]. Nulla si desume, in proposito, dai lavori preparatori. Tanto da ingenerare il legittimo sospetto che la decisione di assegnare valore constitutivo all’iscrizione ipotecaria non sia altro che il dimenticato relitto di una scelta di più generale portata, compiuta in una prima fase dei lavori preparatori medesimi: la stessa Relazione al Re (n. 1066) riferisce, invero, che nel progetto predisposto dalla Commissione Reale si era stabilito di imporre la pubblicità in generale, e sia pure limitatamente ad alcune categorie di atti *inter vivos*, “come elemento essenziale dell’acquisto”. In quel sistema, poi abbandonato, l’attribuzione di valore constitutivo all’iscrizione ipotecaria si sarebbe inserita coerentemente. Sembra che le ragioni dell’abbandono, e non importa qui di verificare se o quanto fondate, potessero e dovessero valere anche nei confronti dell’iscrizione ipotecaria [...].».

²⁴⁵ CAMPUZANO: *op. cit.*, p. 86: «[...] únicamente se impone la inscripción, como forzosa, en el artículo 146 [...]; pero se debe advertir que este requisito de la inscripción para que la hipoteca se considere constituida, no se exigió pensando en hacer forzosa la inscripción, sino en concordar este precepto con el artículo 1857 (*sic*) del Código Civil».

to al otro, haya terminado por imponerse arrastrando también al común de la doctrina.

3. Abierta la brecha en la unidad del sistema tan deliberadamente establecido en 1861, no podía extrañar la aparición en tromba, tras la hipoteca, de un sinnúmero de los más desiguales supuestos en los que, de forma un tanto caótica, se vendría a excepcionar el carácter voluntario y publicador de la inscripción registral, llegando a producirse la impresión de haberse instaurado en nuestra legislación más moderna, sin orden detectable pero con designio cierto, la tendencia contraria al originario criterio de la Ley Hipotecaria²⁴⁶; el cual, no obstante, teniendo que convivir en lo no abarcado por las nuevas leyes con lo establecido por éstas, contribuiría a conformar con ellas una especie de magma normativo confuso ya en sí mismo y provocador de nueva y multiplicada confusión. Comienza por ser desconcertante la heterogeneidad de los supuestos en los que excepcionalmente se altera el valor general de la inscripción registral, e incluso la posibilidad de reunirlos en un conjunto delimitado y cierto, desperdigados como están la mayoría de ellos en los últimos confines de la más movediza legislación especial. Continúa la dificultad cuando en algún caso particular, impuesta la práctica de la inscripción so pena de la nulidad de lo actuado, se intenta razonar y justificar su calificación como constitutiva o como obligatoria²⁴⁷. Y termina por complicarse todo cuando en la interpretación del problemático dato legal se llega doctrinalmente a la ultraclasificación del valor de la inscripción, distinguiéndose entre la constitutiva en sentido puro y fuerte y la simplemente *condicionante* del derecho sometido necesariamente a ella²⁴⁸. Este estado de cosas debería ser bastante para hacernos detener la marcha y reorientar el rumbo, recuperada la convicción inicial, en la dirección apuntada en 1861.

²⁴⁶ Cfr. CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 226: «Sin embargo, en la doctrina inmobiliaria y aun en la legislación más reciente se ha manifestado agudamente una poderosa corriente en pro de que los cambios reales se hagan depender de la constatación registral, es decir, de que la inscripción tenga valor constitutivo del derecho real». Id., p. 227: «La legislación más reciente ha sido más sensible [que la Reforma de 1944] a tal presión y le ha dado cabida en numerosas situaciones particulares hasta el punto de que un autor de los últimos años ha podido afirmar que el sistema hipotecario español se encamina hacia “un régimen de inscripción constitutiva progresiva”».

²⁴⁷ Destacadamente, en la inscripción de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido: DÍEZ-PICAZO, en los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II (ed. 1972), p. 353, y sobre la base de lo establecido en el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, terminaba por inclinarse, considerándola más exacta, en favor de la opinión que calificaba como constitutiva esta inscripción; en cambio, en la edición de 1995, pp. 426-427, incluye el supuesto entre los casos de inscripción obligatoria. Constitutiva la han considerado ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, *cit.*, pp. 207-208 y 209-210; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 111; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, pp. 228-229; CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, I, p. 227. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 578-580, la considera «condicionante».

²⁴⁸ Es el caso, inmediatamente indicado en la nota anterior, de GARCÍA GARCÍA: *op. et loc. ant. cit.*, siguiendo a MIGUEL CALATAYUD: *Estudios sobre extranjería*, 1987, pp. 562-572.

Algo de esto está ocurriendo, sin duda, en nuestro Derecho, tanto en el orden normativo como en el doctrinal. Por lo que hace a lo normativo no deja de ser significativo que en la última y unificadora regulación sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística²⁴⁹ no se disponga nada especial sobre el carácter y valor de la inscripción²⁵⁰; o, por solo citar otro caso señalado, que al regularse en 1989 por Ley del Parlamento de Galicia los Montes Vecinales en Mano Común se suprimiera en la referencia a la inscripción del derecho de superficie constituido sobre ellos el *como requisito imprescindible para su eficacia* con que en la Ley estatal de 1980 se destacaba su especial necesidad como elemento constitutivo²⁵¹. En lo doctrinal, es significativa la comparación entre las últimas ediciones del *Derecho Hipotecario* de Roca Sastre: en la octava (III, 1995) se reduce la lista que en la séptima (I, 1979) enumeraba los supuestos de inscripción a veces considerada excepcionalmente constitutiva u obligatoria, fuera o no ésa la opinión del autor. Frente a la larga enumeración de supuestos en que cabía plantear el valor constitutivo de la inscripción en la séptima edición²⁵² –paralela a la acostumbrada en otros autores²⁵³–, la de la octava edición queda redu-

²⁴⁹ Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

²⁵⁰ Con anterioridad a tal Real Decreto y sobre la base de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo de 26 de junio de 1992, ya se mantenía en ROCA SASTRE: *op. cit.* III, 8.^a ed. (1995), p. 66, que en esta regulación no había «precepto alguno general que implique inscripción obligatoria».

²⁵¹ Artículo 34 de la Ley de 11 noviembre 1980: *Cuarto. El derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad ... ; artículo 7 de la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común (Comunidad Autónoma de Galicia): 1.^º La comunidad de vecinos propietarios podrá establecer derechos de superficie ... 2.^º La constitución de este derecho se formalizará en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad, será transmisible y susceptible de gravamen ...*

²⁵² Cf. ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 207-214: 1. Derecho de superficie ..., 2. Transmisiones por actos entre vivos a favor de extranjeros de bienes inmuebles de naturaleza rústica ..., 3. Adscripción de bienes inmuebles a patrimonios familiares ..., 4. Actos y contratos en que se constituyan, modifiquen o extingan a favor de extranjeros el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en zonas de interés militar ... 5. ¿La anotación preventiva de embargo?: En anteriores ediciones respondía afirmativamente, en ésta se hace eco de la existencia de una fuerte corriente contraria. 6. Niega, contra el parecer de LA RICA, que sea constitutiva la inscripción del derecho de opción de compra. 7. Niega igualmente, contra el parecer de La Rica y Lacruz que sea constitutiva la de los arrendamientos de bienes inmuebles. 8. Niega, contra Jerónimo González, la existencia de cancelaciones constitutivas.

²⁵³ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), pp. 110-111: Además de la hipoteca, a) el derecho de superficie, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Suelo y en el artículo 16 del RH. b) El derecho de superficie sobre montes vecinales. c) La enajenación y gravamen de bienes inmuebles de naturaleza rústica ... en favor de personas extranjeras (D. L. 22 marzo 1962). d) Sin consideración a su naturaleza rústica o urbana, las adquisiciones a

cida, y, en su repaso, el criterio favorable a la normalidad se afianza y formula con mayor decisión y convicción: en nuestro actual Derecho no hay más inscripción constitutiva que la de la hipoteca, el derecho de superficie y, con dudas, la de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido²⁵⁴. Algo similar ocurre en materia de voluntariedad u obligatoriedad de la inscripción: frente a la larga enumeración de supuestos de inscripción respecto de los que podía suscitarse la duda de su obligatoriedad en la séptima edición²⁵⁵ –paralela también a la acostumbrada en otros autores²⁵⁶–, en la de la octava, también reducida, el criterio favo-

favor de extranjeros de inmuebles sitos en zonas de especial importancia para la defensa nacional (art. 21 L. 12 marzo 1975). e) Parece supuesto de inscripción constitutiva, y no simplemente obligatoria, el de los actos y contratos de transcendencia real que tengan como objeto fincas «de reemplazo» (LRDA). f) Ciertas anotaciones preventivas llamadas *de garantía*, en cuanto otorgan oponibilidad *erga omnes* a anteriores derechos de crédito personal. CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 226-227: 1.º Hipoteca; 2.º Contra Roca Sastre (que para entonces había ya cambiado de opinión), niega que sea constitutiva la anotación preventiva de embargo; 3.º La inscripción del derecho de superficie; 4.º Las inscripciones hechas por extranjeros de fincas rústicas de 4 Ha. de regadio y 20 de secano, reguladas en la Ley de 22 de marzo de 1962; 5.º «La adscripción de bienes inmuebles y patrimonios familiares, según la Ley de 15 de julio de 1952, en su artículo 4.º y que fue recogida por el artículo 36 de la LRDA de 12 de enero de 1973, que ha sido derogada por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre sobre “Estatuto de explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes”, que no considera constitutiva la inscripción»; 6.º Se citan las procedentes de concentración parcelaria en fincas de reemplazo.

²⁵⁴ ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, 8.ª ed. (1995), pp. 26-30: «Aparte del supuesto de la hipoteca, actualmente la inscripción tiene valor constitutivo en los casos siguientes: 1. En el derecho de superficie ... 2. Cuando se trate de actos y contratos por los que se establezcan, reconozcan, transmitan, justifiquen o extingan, en favor de personas físicas o jurídicas extranjeras, el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en las llamadas zonas de acceso restringido, o de concesiones administrativas sobre los bienes citados ... Estos son, aparte del derecho real de hipoteca, los dos únicos casos de inscripción constitutiva en nuestro Derecho inmobiliario registral, pero debe considerarse: que en cuanto al segundo de los casos expuestos existe la tesis de que la inscripción, más que constitutiva, es condicionante: que se han suprimido dos supuestos de inscripción constitutiva impuesta por leyes anteriores; y que es muy discutible que, en materia de anotaciones preventivas de embargo, de contrato de opción de compra, de contrato de arrendamiento, de ciertas cancelaciones y de fincas de reemplazo de la concentración parcelaria, la inscripción sea constitutiva».

²⁵⁵ ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, pp. 266-272: Serían casos de inscripción excepcionalmente obligatoria los dos siguientes: 1. La de los terrenos y casas que gocen de los beneficios concedidos a las casas baratas por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, y 2. La de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria. Se presentan como supuestos de inscripción obligatoria, pero no lo son: a) los denominados por Lacruz como de *inmatriculación obligatoria*, con arreglo al artículo 312 RH; b) la de los bienes del patrimonio del Estado; c) la de los bienes y derechos de los Municipios y Provincias; d) la de Montes catalogados; e) la de bienes objeto de expropiación forzosa; f) la de los bienes inmuebles adjudicados a la Hacienda pública por débitos de contribuciones; g) las situaciones urbanísticas; h) propiedad horizontal; i) la anotación preventiva cuando se trate de juicio ejecutivo.

²⁵⁶ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 112: a) Las que resultan de la nueva ordenación de la propiedad en la concentración parcelaria; b) la de los bienes de las Corporaciones Locales; c) la de Montes Catalogados; d) la de bienes patrimonio del Estado; e) las situaciones resultantes de la repartelación urbanística; f) adquisiciones inmobiliarias por extranjeros a que se refería la Ley de 12 de mayo de 1960; g) la inmatriculación a instancia de titular de dere-

rable a la normalidad gana igualmente en rotundidad: hoy no hay más inscripción obligatoria que la de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria²⁵⁷. De cuanto hasta ahora hemos venido diciendo se desprende que, a nuestro juicio, esta tendencia reductora debe acogerse favorablemente. Es positivo que el legislador, no mediando razones que impongan lo contrario, se atenga a la normalidad del sistema; y que la doctrina, cuando la ley no es absolutamente clara y cierta en el establecimiento de la excepcionalidad y ésta no venga exigida por la materia regulada, se deje guiar en su función interpretadora por aquella misma normalidad.

De acuerdo con esta nueva tendencia deben considerarse bien caídos de la relación de supuestos en que la toma de razón en el Registro revestía carácter constitutivo la anotación preventiva de embargo, incluida a veces en anteriores enumeraciones²⁵⁸ y excluida hoy por la mejor doctrina²⁵⁹, que puede contar con el respaldo

cho real limitado sobre la finca no inscrita. CHICO Y ORTIZ: *op. cit.*, pp. 230-231: 1.^º Bienes de las Entidades Locales; 2.^º Fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria; 3.^º Montes catalogados; 4.^º Actos y contratos que se refieren a bienes del Estado; 5.^º Situaciones contempladas en el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (D. 5 de marzo de 1964); 6.^º Reparcelación urbanística; 7.^º Terrenos y casas que gocen de los beneficios concedidos en la legislación de casas baratas y viviendas protegidas, en cuanto tal régimen pueda considerarse subsistente.

²⁵⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 62: «Excepcionalmente hay que señalar en nuestro ordenamiento inmobiliario registral, como único caso actualmente de inscripción obligatoria, el siguiente: el de las fincas y derechos reales resultantes de la concentración parcelaria y actos y contratos posteriores, conforme dispuso la Ley de 8 de noviembre de 1962, hoy Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

Ha quedado obsoleto el supuesto de inscripción obligatoria de los terrenos y casas que gozaban de los beneficios concedidos a las *casas baratas* por el Real Decreto-ley de 10 de octubre de 1924 ...» (cva. del a.).

²⁵⁸ COSSÍO: *op. cit.*, p. 169: «[...] no faltan casos en que sus efectos [se está refiriendo a los de la inscripción] son propiamente *constitutivos*, en cuanto sin ella no se produce la modificación jurídica real, no sólo frente a terceros, sino incluso “inter partes”; así en el caso de la hipoteca que nace sólo como derecho real una vez que ha sido inscrita en el Registro, y en los casos que más adelante examinaremos de anotaciones preventivas constitutivas de garantía» (cva. del a.); DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, III, cit., p. 425: «Por lo que se refiere al embargo [...]. Aun cuando las expresiones legales no son inequívocas, parece fundada la tesis que sostiene el carácter constitutivo de este asiento, pues, como dice Roca, el embargo inmobiliario es una hipoteca de carácter judicial, lo que hace que, para que nazca el derecho real que por el embargo pretende constituirse, sea precisa la anotación»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 228: «b) Anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles. Cuando se trate de juicio ejecutivo será obligatoria la anotación de embargo de bienes inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 43 L. H.). Sin embargo, pese a la disposición legal, el crédito que no fue anotado preventivamente es susceptible de realización sobre los bienes embargados; la anotación no es, pues, tanto constitutiva como requisito para establecer el privilegio respecto a los demás acreedores y para garantizar la efectividad de la prohibición de enajenar el inmueble».

²⁵⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 28-29: «Acerca de si es o no *constitutiva* o, al menos, *obligatoria*, la constancia registral en materia de *anotaciones preventivas de embargo* de bienes inmuebles, la cuestión es compleja. Parece que es *constitutiva* o *asimilada a ella*, porque en lugar de pertenecer al grupo de las anotaciones preventivas de mera publicidad

de la sentencia de 23 de enero de 1998²⁶⁰. Lo mismo puede decirse de los arrendamientos inmobiliarios y del derecho de opción, también antes a veces incluidos²⁶¹ y hoy llevados de nuevo al territorio ordinario de la inscripción normal, publicadora y voluntaria²⁶². Se

corresponden al grupo de las anotaciones constitutivas, como si fueran una hipoteca judicial. Pero, en cambio, el artículo 43, párrafo 2.^º, de la Ley Hipotecaria establece que “será obligatoria la anotación según lo dispuesto en el artículo 1453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” y este precepto establece, en su párrafo 1.^º, que “del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación en el Registro de la Propiedad”. No obstante, no es un asiento de carácter constitutivo o necesario ni obligado, pues el proceso de ejecución cuyo embargo no se halle anotado previamente puede continuar y conducir a la realización forzosa de la finca o derecho real embargados, aunque siempre salvo interferencia de un tercer adquirente, de suerte que para que el embargo y consiguiente enajenación pueda afectar y surtir plenos efectos respecto de ulteriores adquirentes será indispensable dicha anotación. Por tanto, respecto de estos ulteriores adquirentes, no respecto de terceros de mejor derecho (art. 1923, 4.^º, y 1927, 2.^º, del Código civil, y 44 de la Ley Hipotecaria), la anotación preventiva del embargo para su afeción tendrá carácter consustancial o *sine qua non* (sentencia de 16 de mayo de 1969)» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 582: «Por lo que se refiere a las anotaciones de embargo [...] la posición que estimamos más adecuada es la de considerar que no se trata de un supuesto de “inscripción –anotación en este caso– constitutiva”, sino que la anotación determina la eficacia “erga omnes” o “respecto a terceros” del embargo trabado, por lo que se trata más bien de otro ejemplo más de inscripción conformadora o configuradora de la plena eficacia real de la garantía» (cva. del a.). Debe tenerse en cuenta que, como más adelante veremos, para García García este efecto conformador o configurador es el propio y general de la inscripción registral en nuestro Derecho.

²⁶⁰ «[...] condición ésta [la de estar los bienes, hipotecados, pignorados o *embargados*] que se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta, al margen y con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que se establece en el apartado letra d) del artículo 68 de la misma Ley [se refiere a la de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión], que no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a ella un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y con el alcance que en nuestro derecho debe darse a las inscripciones y sobre todo a las anotaciones registrales –como se prueba en el precepto general contenido en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que al decir “podrán anotar” está claramente reflejando un sentido potestativo y nunca imperativo– cuya primordial finalidad es la repercusión a efectos de tercero, que en el caso presente estaban perfectamente al corriente del aludido embargo [...]» (cuv. del a.).

²⁶¹ Particularmente, LA RICA: *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, en el L. H. al mismo, publicado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1976, II, pp. 642-643; también, VILLARES PICO, Manuel: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI 1949, p. 290.

²⁶² ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 29-30: «4. No tiene valor constitutivo la inscripción en cuanto al contrato de opción de compra de bienes inmuebles, porque la ley guarda silencio en este caso y el valor constitutivo de las inscripciones no se presume, pues ha de establecerla expresamente la ley. [...] en rigor, la inscripción de la opción se permite (art. 14 del Reglamento Hipotecario) a los solos efectos de afectar o perjudicar a terceros como carga o, mejor dicho, como obligación de vender. 5. En el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles [...] dicha inscripción no alcanza tampoco valor constitutivo. La Rica se inclina en favor de la tesis constitutiva [...]. Sin embargo, [...] la inscripción del arrendamiento común se autoriza por la ley a los únicos efectos de afectar o perjudicar a terceros como carga u obligación». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 582: «En cuanto al arrendamiento y la opción [...] por nuestra parte, nos inclinamos por la posición contraria al carácter constitutivo de la inscripción en estos casos, ya que el derecho nace antes de la inscripción, como tal derecho personal que es, y la inscripción no cambia la naturaleza del derecho transformándolo en real, sino que lo que hace es dotar a ese derecho personal de ciertos efectos “erga omnes”, de los que carecía antes de la inscripción. Pero [...] eso no es propiamente

mantendrá como supuesto discutido el de las adquisiciones por extranjeros en zonas de acceso restringido, que, mientras para Roca Sastre, según vimos hace un momento, constituye uno de los dos reductos actuales de la inscripción constitutiva²⁶³, para García García representa un caso especial de inscripción «condicionante»²⁶⁴, y para otros, señaladamente para Francisco Núñez Lagos siguiendo la pauta de la sentencia de 30 de septiembre de 1982²⁶⁵, un supuesto de inscripción no constitutiva²⁶⁶, sino simplemente obligatoria,

inscripción constitutiva, en el sentido que aquí estamos estudiando, sino que puede ser un ejemplo más de “inscripción configuradora o conformadora de la plena eficacia *erga omnes*”.

²⁶³ Aunque, p. 27, concediendo que «parece en principio fundada» la calificación dada al supuesto por García García, según inmediatamente indicamos.

²⁶⁴ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 578-580: «[...] aquí sí opera la inscripción como conditio juris, pero no sólo de la eficacia del acto, sino de la existencia definitiva del acto y del derecho» (cva. del a.).

²⁶⁵ «Que en el único motivo formulado [...] se denuncia interpretación errónea de los párrafos 1.^º y 3.^º del artículo 1.^º de la Ley de 12 de mayo de 1960 [...] alegándose que el contrato es nulo de pleno derecho, añadiéndose que además es inexistente, lo cual no se corresponde con la normativa legal pues el contrato, como tal, existe en cuanto que reúne los requisitos del artículo 1261 del C. civ., en relación con la libertad de forma de los artículos 1278 y 1258 del mismo, y la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad impuesta por la ley de 1960 comporta en caso de incumplimiento una nulidad radical del artículo 6.^º 3, también del Código por contravención un precepto de ley imperativa, si concurren los presupuestos que la misma contempla extraños a la esencia del contrato pero nunca una inexistencia como se pretende siendo incluso dudosa la sanción de nulidad absoluta, pues nada impide que la inobservancia pueda ser subsanada con la posterior inscripción, a los fines especiales de la ley de referencia; con la particularidad, además, de que el contrato debatido —que es la ley entre las partes contratantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código— en la Estipulación catorce transcrita, establece la obligación de otorgamiento de la escritura pública a cargo del vendedor cuando se haya satisfecho la totalidad del precio estipulado, momento al que habría de posponerse el problema de la inscripción y sus consecuencias, habida cuenta el tipo de documentos que tienen acceso al Registro de la Propiedad, a los efectos de la publicidad y consiguiente conocimiento general, que es lo que la ley persigue».

²⁶⁶ NÚÑEZ LAGOS, Francisco: *El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad en las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, según nuestro Tribunal Supremo*, ADC 1983, pp. 997-1002. Interesa, al objeto de nuestro estudio, la exclusión del carácter constitutivo de ésta como de cualquier otra inscripción en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria. La razona el autor en las pp. 998-999: «En el Derecho español no existen inscripciones en el Registro de la Propiedad que sean constitutivas. La constitución de un derecho va ligada, de modo absolutamente necesario, a la vida, capacidad y voluntad de las personas que lo constituyen, que lo crean por su acto de voluntad, por la emisión de su consentimiento, que es el alma de todo el negocio jurídico. Es absurdo hablar de un derecho, a cargo o a favor de una persona, que se haya constituido en un momento en que esa persona ya no existía por estar muerta; o que, actuando por sí, había sido incapacitada; o no quería en ese momento otorgar el consentimiento. Inscripción constitutiva es aquella en que la inscripción es elemento integrante del mismo acto inscrito, de modo que el consentimiento propio del acto queda incorporado a la inscripción, se otorga en el acto de la inscripción. La inscripción constitutiva va unida al sistema de Registro que se llama Registro de derechos, que no es el Registro de la Propiedad español, que es un Registro de títulos. Es por lo tanto preciso concluir que el acto transmisible de derechos a que se refiere la Ley de Zonas, tuvo que quedar constituido en el momento de otorgarse el negocio jurídico, nunca en el momento posterior en el que inscribe el registrador, que inscribe sin preocuparse de si el otorgante es vivo o muerto, y sin poder calificar su capacidad en el momento de la inscripción, sino que ha de calificar su capacidad referida al momento del otorgamiento de la escri-

por razones ajenas a las peculiares de la publicidad registral inmobiliaria y nunca so pena de nulidad²⁶⁷. Y no quedarían para la doctrina común como exponentes de la inscripción constitutiva, además del de la hipoteca inmobiliaria, que se considera consagrado e indiscutible, los de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, configurado a hechura del anterior, y el del derecho de superficie. Después de lo que dijimos acerca del valor de la inscripción en la hipoteca, creemos obligado añadir ahora, en cuanto a la de la mobiliaria, que las mismas situaciones que llevaban a poner en crisis la realidad constitutiva de la inscripción en la hipoteca común permiten dudar de ella, *eadem ratione*, en la especial. Prueba de ello, la sentencia de 29 de marzo de 1993: la hipoteca mobiliaria se entiende constituida en la escritura pública de su otorgamiento, y la fecha de ésta determina su prioridad sobre un embargo posterior en el tiempo, aunque anterior a la inscripción de la hipoteca²⁶⁸. En cuanto al derecho de superficie baste decir que,

tura, al momento en que verdaderamente se constituyó el negocio transmisible. El consentimiento que da vida al negocio jurídico que se inscribe, se da y se agota en el documento, de tal manera que el acto o contrato queda concluso al margen del Registro y llega a éste totalmente formado. Si el acto o contrato no llegara concluso o formado plenamente, el Registrador no podría inscribir, porque si en el Registro solamente se inscriben negocios jurídicos válidos, si el Registro no convalida los que sean nulos, menos se puede inscribir en él un negocio jurídico que no existe, como sería el caso de ser la inscripción constitutiva. La inscripción en el Registro de la Propiedad en España nunca es, pues, constitutiva».

²⁶⁷ NÚÑEZ LAGOS, Francisco: *op. cit.*, pp. 1001-1002: «La conclusión a que llegamos, después de estas consideraciones, es la de que en la ley actual, los actos y contratos no inscritos, no son nulos [...]. Las leyes han de ser interpretadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad que persiguen [...]. La finalidad de exigir la inscripción en el Registro, modificando el sistema de inscripción voluntaria, es la de que los Registradores puedan dar el parte de las adquisiciones y también de las transmisiones de bienes propiedad de extranjeros, parte que llega al Censo de Propiedades Extranjeras que sigue en el Ministerio de Defensa, y éste pueda llevar el control del porcentaje de inmuebles propiedad de extranjeros en cada zona. Si los Registradores han de cumplir la Ley, si han de servir a la finalidad por la Ley perseguida, deben inscribir los actos a que venimos refiriéndonos, y dar el parte, aunque hayan transcurrido los veinticuatro meses, porque son actos o contratos civilmente válidos [...]».

²⁶⁸ «Pero éste no es el caso aquí enjuiciado, pues la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria fue otorgada (en 19 de enero de 1988) cuando sobre el establecimiento mercantil no existía embargo alguno, que fue trabado con posterioridad a aquélla (1 de junio de 1988), por lo que dicha escritura pública y la hipoteca mobiliaria constituida sobre la misma son plenamente válidas, ya que el momento al que hay que atender para determinar si existe o no algún embargo precedente que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es al del otorgamiento de la escritura (no al posterior de la inscripción de la misma), como se desprende de que, habiendo de constituirse la hipoteca mobiliaria mediante escritura pública (art. 3 de dicha Ley), el precedente artículo 2 de la misma establece que “no podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados”, y por ello el artículo 13, 3.º, exige expresamente que la escritura pública de constitución de la hipoteca mobiliaria deberá contener la “declaración del hipotecante de que (los bienes) no están hipotecados, pignorados ni embargados”, requisito que no sólo fue cumplido escrupulosamente en la escritura pública a que nos venimos refiriendo [...] sino que además dicha declaración era plenamente cierta y veraz, como ya se ha dicho». Comenta críticamente esta sentencia desde la común opinión sobre el valor constitutivo de la inscripción en este caso, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en CCJC, n. 31, pp. 330-332.

justificado en él –a juicio de cierta doctrina– el valor constitutivo de la inscripción por la misma razón que lo sustenta en la hipoteca²⁶⁹, en nuestra opinión queda –en la superficie como en la hipoteca– desprovisto de argumento racional suficiente: no estando en juego el interés de terceros, la publicidad no debe contar para nada; y, si de lo que se trata es de salvaguardar a terceros, para esta finalidad basta con hacer a éstos inmunes frente al derecho, aunque existente, no inscrito. Además de ello, en el plano estrictamente positivo, y prescindiendo de la mayor o menor corrección de la literalidad de la ley al imponer como constitutiva la inscripción de la superficie²⁷⁰, debe tenerse en cuenta que, en atención al rango normativo del Reglamento Hipotecario, tras la reciente reforma de su artículo 16 y tras la Ley de Régimen del Suelo de 1992, sigue en pie el planteamiento anterior que llevaba a limitar la función constitutiva de la inscripción en el derecho de superficie al terreno donde el artículo 16 del RH encuentra cobertura legal en la Ley del Suelo. Fuera de él, como mantuvo la sentencia de 15 de junio de 1984²⁷¹, la inscripción registral conserva su valor ordinario. Desde luego es eso lo que ocurre en el derecho de vuelo sobre fincas rústicas (art. 30.3.^º RH) y en la superficie constituida sobre Montes Vecinales en Mano Común, si a la diferencia entre el artículo 7. 2.^º de la Ley gallega

²⁶⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, I (7.^a ed.), p. 208 (24 en 8.^a ed., III): «Además, aunque no estamos conformes en generalizar el sistema de la inscripción constitutiva, creemos que en el derecho de superficie está justificado adoptarlo, debido a la índole propia de este derecho, pues mientras por su ejercicio no se construya edificación alguna no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 576: «La razón es la misma que respecta al derecho real de hipoteca, ya que el derecho de superficie, al menos antes de la edificación, carece de exteriorización, siendo la publicidad registral la única forma de producir esa exteriorización necesaria para la eficacia del derecho real como tal».

²⁷⁰ ROCA SASTRE: *op. cit.*, I (7.^a ed.), p. 208: «En otra ocasión hemos dicho que era indudable que el pensamiento de estos dos preceptos [se refiere al artículo 158 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y al 172, 2 del texto refundido de 9 de abril de 1976, que, al igual que el 16 del RH, exigen la inscripción para la *eficacia* de la superficie inscribible] es que tenga *valor constitutivo* la inscripción del derecho de superficie, aunque la fórmula empleada no sea del todo correcta, pues en el caso de la inscripción constitutiva, la inscripción, juntamente con el título público (co)rrespondiente, son requisitos necesarios para el nacimiento o la existencia del derecho real de superficie, y no sólo para su *eficacia*». Sobre ello, más ampliamente, MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a José: *¿Es constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Madrid 1995, pp. esp., 24-31.

²⁷¹ «Puesto que el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza [...] tiene una singularidad diferenciable del censo enfitéutico [...] y del arrendamiento [...] que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea, a modo “ad solemmitatem”, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiéndose en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil».

de 10 de octubre de 1989 y el 3.4.^º de la Ley estatal de 11 de noviembre de 1980 se le ha de atribuir algún significado²⁷².

Pasando de la inscripción constitutiva a la obligatoria, vimos ya anteriormente cómo en la última edición del Roca Sastre sólo se mantenía como tal la de las fincas y derechos resultantes de la concentración parcelaria²⁷³, a la que habría de añadirse hoy la del derecho de aprovechamiento vacacional por turno de bienes inmuebles de uso turístico²⁷⁴. Nosotros, por haber negado su valor constitutivo, traeríamos aquí la de las adquisiciones de extranjeros en zonas de acceso restringido. Decaen, en cambio, por variación del criterio legal sobre ellas, la de los supuestos vinculados a las actuaciones urbanísticas²⁷⁵, y, por una más exacta interpretación del supuesto general y abstracto de la inscripción obligatoria, la de los bienes del Estado y de las Entidades Locales²⁷⁶, la de los Montes Cataloga-

²⁷² No se lo atribuye la STSJ de Galicia, de 29-4-99: «Cuando el artículo 7, apartado 2, de la Ley 13/1989 establece que la constitución de este derecho se formalizará en escritura pública, que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad, no se aparta en su redacción de los términos categóricos empleados en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales y Mano Común (*sic*) al expresar éste que el derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad [...].».

²⁷³ Arts. 235-240 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

²⁷⁴ Ley 42/1998, de 15 de diciembre, artículo 4.3: «El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad [...].» Cfr., sobre ello, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Multipropiedad: constitución e inscripción registral en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno*, AC 1999, n. 44, pp. 1456-1468, y bibliografía allí citada.

²⁷⁵ ROCA SASTRE: *op. cit.*, III, p. 66: «La Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo de 26 de junio de 1992, tiene bastante relación con el Registro de la propiedad, pero sin tener precepto alguno general que implique inscripción obligatoria. Sin embargo, De Fuentes Sanchiz sostiene que debe hacerse constar en el Registro de la propiedad la situación urbanística de las fincas, así como el acuerdo en virtud del cual se haya incluido una finca en el Registro municipal de solares, y esta opinión es compartida por Martín Blanco. Pero, en rigor, tal obligatoriedad no aparece en ninguna parte, como no sea en el derecho de superficie que regula»; CORRAL GIJÓN, José María: *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid 1996, p. 280: «En la Ley del Suelo se concede valor constitutivo a la inscripción del derecho de superficie [...]. También tendrá valor constitutivo la inscripción de la hipoteca que se constituya en garantía del cumplimiento de obligaciones dimanantes de las operaciones de reorganización de la propiedad del suelo [...]. En los demás supuestos contemplados en esta Ley, consideraremos que la inscripción tiene un valor declarativo [...]. Las inscripciones declarativas son, en principio, voluntarias, aunque de los términos del artículo 307 y otros que veremos al hablar de la rogación, pudieran tener un cierto tinte de obligatorias, al menos para las Administraciones actuantes». En nada altera este criterio favorable a la normalidad de la inscripción el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de aprobación de normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

²⁷⁶ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 64-65, refiriéndose a la inscripción de los bienes del Estado, pero extendiéndolo inmediatamente a la de los bienes de las Entidades Locales: «En estos casos no se da supuesto alguno de la inscripción obligatoria, por la sencilla razón de ser más bien reglas internas estatales, dirigidas a sus servicios u órganos administrativos

dos²⁷⁷ y la inmatriculación a instancia del titular de algún derecho real limitado sobre la finca a inscribir²⁷⁸.

4.º La crítica doctrinal al sistema legal y la propugnación de la inscripción extrínsecamente necesaria o intrínsecamente constitutiva

a) LA INSCRIPCIÓN EXTRÍNSECAMENTE NECESARIA; INSCRIPCIÓN Y FORMA

Hemos avanzado, ya que, en su distanciamiento frente al sistema legal, los intentos de nuestra doctrina para atribuir un más importante papel a la inscripción registral se van a bifurcar, algo confusamente, en dos direcciones distintas: una, haciéndola mero-dear en torno a la *traditio*, pretende convertirla en propia y rigurosamente *constitutiva*; otra, acercándola al campo de la forma, quiere verla como *necesaria* para la absoluta y plena efectividad del derecho inscrito. A esta segunda modalidad debemos atender en este momento, comenzando ya por advertir cómo en ella, aunque se la propugne necesaria, la inscripción no se erige en propiamente constitutiva. Elevada *in recto* a la condición de necesaria, sólo indirectamente, en movimiento de vuelta y con una cierta laxitud, se la puede considerar constitutiva, en cuanto que, sin ella, la mutación jurídico-real inscribible no llegaría a producirse en su plenitud²⁷⁹.

competentes, para que cuiden de que los derechos resulten inscritos en el Registro de la propiedad, no sólo para su mejor seguridad, sino porque el Estado y organismos públicos deben dar ejemplo de registrar sus títulos». El caso es análogo al que nosotros destacamos, *supra* b) 1, al calificar como excepciones impropias a la voluntariedad de la inscripción los casos en que ésta se impone, no por la peculiaridad de su materia sino por la especial obligación de diligencia y cuidado sobre los bienes y derechos a inscribir, propia de quienes gestionan bienes ajenos o de la Administración en los casos ahora referidos.

²⁷⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 65: «Mas éste no es propiamente un caso de inscripción obligatoria o forzosa, por las mismas razones señaladas respecto de bienes del Estado y entidades locales, a pesar de los términos imperativos de dicho precepto [se refiere al artículo 69 del Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962], así como del artículo 30 del Reglamento Hipotecario».

²⁷⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 64: «Pero aquí la inscripción no es propiamente obligatoria en el sentido general explicado, sino que es un supuesto especial de un trámite previo que el interesado puede exigir al disponente, para lograr la inscripción de su derecho real, al igual que en otras hipótesis. Se trata de que un adquirente no sufra un perjuicio por no tener inscrito el transferente su título adquisitivo, lo mismo que en la hipótesis de pretenderte elevar a escritura pública un contrato verbal o extendido en documento privado, conforme prevé el artículo 1279 del Código civil».

²⁷⁹ El planteamiento puede verse ya en OLIVER: *op. cit.*, p. 578, tratando de argumentar el carácter «obligatorio o forzoso» de la inscripción registral: «Pero eran de tal trascendencia y gravedad las consecuencias que se seguían de no practicar dicha inscripción [...] que el propietario o habiente-derecho no podía menos de considerarse obligado o apremiado de una manera indirecta, pero eficaz».

De acuerdo con la distinción que hasta ahora hemos venido utilizando, la inscripción sería ahora sólo *extrínsecamente* constitutiva. Éste parece ser el trasfondo conceptual de la aporética redacción del artículo 1875 del Código Civil: aunque el documento de su otorgamiento constituye a la hipoteca, para que ésta quede válidamente constituida («establecida», corrige al art. 145 de la Ley Hipotecaria) es necesario que tal documento sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Dejado atrás el problema de la hipoteca, es de este más laxo intento de potenciar, en general, el valor de la inscripción del que ahora vamos a ocuparnos.

Y tenemos que partir en este punto reconociendo que, por encima de detalles y como algo que se impone *primo intuitu*, entre la publicidad registral y la forma documental existe una cierta relación de semejanza natural, de continuidad prolongadora y de parentesco funcional. La publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1278-1280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular²⁸⁰. Esta relación de continuidad entre forma documental y toma de razón registral, con la consiguiente admisión de la posibilidad de compelir al otorgamiento de la primera (como en el actual art. 1279 CC) para poder obtener la segunda, aparecía ya muy nítidamente en nuestro Derecho de Hipotecas y Toma de Razón anterior a la Ley Hipotecaria²⁸¹; y para los autores de ésta, según puede verse en su exposición de motivos, la inscripción tenía la consideración de «una

²⁸⁰ Cfr. SERNA: *op. cit.*, pp. 28-29: «Pero aun en las naciones en que domina este principio, han tenido que adoptarse precauciones para que la constitución de los derechos reales no quede abandonada a la incertidumbre del testimonio de las personas que hayan presenciado los actos, y a la facilidad de que se borren de la memoria o se confundan con otros. Y con razón [...] Por ello vemos que por do quiera se establecen formas necesarias para que la propiedad inmueble se considere trasmisita respecto a tercero, aunque entre los mismos contrayentes sólo la voluntad baste para la constitución, adquisición y trasferencia del derecho *en la cosa*, formas que tienen por objeto dar a todo este movimiento publicidad y autenticidad. Las escrituras públicas formadas con las solemnidades que en cada pueblo se hallen establecidas y los registros de hipotecas son los medios que se emplean en las naciones modernas para conseguir estos resultados».

²⁸¹ Novísima Recopilación, libro X, título XVI, Ley IV, 2.^o: «Que cuando no haya escrituras, no tiene lugar el registro; y así en esta parte quedan sujetas estas cosas a la disposición del Derecho común, porque no tiene que ver con la Pragmática de registro de hipotecas, que trata de escrituras y no de acciones, y el acreedor censualista tiene derecho a hacer compelir a su deudor del censo para que le reconozca, oyéndose a éste; y hasta que se otorgue el reconocimiento por escritura formal, no tiene lugar el registro».

cuestión de forma»²⁸². Ahora bien, precisamente, esta relación de similitud de naturaleza y prolongación funcional entre la escritura pública y la inscripción registral, debería llevar a preservar a ésta, sin reticencias ni críticas, el valor que, en razón de aquella relación, se le asignó en 1861. Similar a la escritura pública, la inscripción se concibió y quedó plasmada en la Ley Hipotecaria como formalidad no *ad esse* sino *ad probationem*, según generalmente se dice, o *ad opponibilitatem*, como aquí sería más adecuado decir. ¿Cómo es, entonces, que, contra el criterio establecido en 1861, y reafirmado en 1944²⁸³, puede pretenderse para la inscripción una nueva y más intensa significación, traída, además, a ella por su consideración como forma o formalidad, que ahora se quiere esencial o necesaria?

El interrogante que acabamos de proponer no admite una respuesta unitaria. La sobrevaloración de esa formalidad que es la inscripción registral no siempre se ha producido desde un mismo talante ni respondiendo a las mismas razones. A veces parece haber resultado de forma indeliberada al hilo de una interpretación apresurada y poco afinada de lo que se considera ser el efecto más característico y ordinario de la publicidad registral. Así lo hemos visto ya nada menos que en Cárdenas: como sin inscripción no hay oponibilidad *erga omnes*, y sin tal oponibilidad no hay derecho real, la inscripción es forma necesaria para el nacimiento del derecho real²⁸⁴. Otras veces, y en posición no muy lejana a la anterior, el aupamiento de la inscripción a formalidad esencial es secuela natural y pragmática del interpretado favorecimiento legal de los dere-

²⁸² E. M., p. 236: «No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? [...] La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser considerado mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes [...].».

²⁸³ E. M.: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si —conforme se ha dicho— más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprecio para la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

²⁸⁴ CÁRDENAS: *Memoria histórica...*, cit., p. 149: «[...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...].».

chos inscritos frente a la precariedad en que quedan los no inscritos. Así también lo hemos visto ya en Oliver²⁸⁵. En ocasiones, más que en interpretación del sistema, la potenciación de la inscripción se propugna como aspiración *de lege ferenda*, tanto en línea «germanizante» –Campuzano²⁸⁶, e. c. – como desde planteamientos «latinos» (Carretero²⁸⁷). En todo caso, si la inscripción registral no

²⁸⁵ OLIVER: *op. cit.*, pp. 581-583: «[...] Todo lo contrario sucede después de publicada dicha Ley, pues, con arreglo a sus prescripciones, las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas no se entienden adquiridos, transmitidos y extinguídos de un *modo perfecto y absoluto*, o sea en cuanto a tercero, sino mediante la inscripción de los títulos o documentos en que constan los respectivos actos o contratos [...] Ante estos efectos tan sustanciales que produce la falta de inscripción, es completamente vana y estéril la declaración del legislador, de que no había querido castigar dicha falta imponiendo la pena de nulidad al acto o contrato en que se había cometido, atendido el principio de la nueva ley, según el cual las obligaciones que nacen de aquéllos no se alteran por dicha omisión en cuanto a los otorgantes. Porque, ¿qué importa al dueño de una finca, de un censo, hipoteca, etc., que no se declare la *nulidad de los actos o contratos* en cuya virtud ha adquirido aquellos derechos reales, si no puede hacerlos efectivos mientras no inscriba tales actos o contratos, y si, por otra parte, se expone a perderlos definitivamente en el caso, no inverosímil, de que un tercero se anticipa a inscribir a su favor el mismo inmueble u otro derecho real en virtud de títulos o documentos válidos o nulos, verdaderos o falsos?» (cva. del a.).

²⁸⁶ CAMPUZANO: *op. cit.*, pp. 82-83: «[...] el derecho es una relación inmaterial que para hacerse plástica y visible debe revestirse de alguna forma externa; en efecto, las formas externas son tan esenciales para el derecho como pueda serlo la materia para el espíritu [...] Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es evidente que para los actos y contratos sobre bienes inmuebles debe buscarse la forma más adecuada a su fondo, y, además, debe imponerse dicha forma por razones de orden público que dejamos expuestas. Como la mejor forma que actualmente se conoce, y la que llena más adecuadamente las exigencias del derecho inmobiliario, es la inscripción en el Registro de la Propiedad, de aquí que sostengamos el que dicha inscripción deba ser obligatoria [...] porque siendo tal forma la más conveniente, debe ser impuesta por razones de orden público, bajo pena de nulidad del acto o contrato a que se refiere» (cva. del a.).

²⁸⁷ CARRETERO: «Retornos al Código Civil», I, *RCDI*, 1962, p. 229: «Todo atrevimiento es apriorístico. Mi posición descansa en dos obsesiones: 1.^a que el número 1.^º del artículo 1280 del Código Civil debe entenderse en su sentido literal y en consecuencia el documento público es requisito formal constitutivo del contrato que tenga por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.^º Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria tomó de los sistemas latinos de transcripción la norma absoluta, incondicionada e inflexible de que el título no inscrito no pude perjudicar al título inscrito. Con tales obsesiones mi postura necesariamente desemboca en combatir todo cuanto tienda a dar beligerancia al documento privado en materia de inmuebles y todo cuanto tienda a menoscabar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, privándole de contenido propio y dejándole morir junto al radiante sol del 34» (cva. del a.). Id.: «Retornos...», II, *RCDI*, 1965, p. 77: «Decíamos en el capítulo I, que, aunque retornáramos al primitivo u original sentido del artículo 1280 del Código, concibiendo la escritura pública como elemento esencial, constitutivo y *sine qua non* del derecho real, esto no supondría nunca posergación ninguna del transcendental papel que juega la inscripción en el Registro. Tan pernicioso es concebir la escritura como mero instrumento facilitador de que el negocio jurídico real inmobiliario llegue al Registro, como concebir la inscripción en el sentido de formulismo oficial accesorio facilitador de la publicidad de algo que por sí ya es público. La historia ha jugado mucho en el equívoco. Pero hoy queda la cuestión clara diciendo que el negocio inmobiliario ha de tener forma pública (y para determinados efectos esto es lo fundamental) y ha de ser publicado (y para otros ciertos efectos esto es lo fundamental). Escritura e inscripción son, así, dos pilares sobre los que la voluntad negocial se apoya para producir efectos y los cuales están recíprocamente determinados de manera que resulta torpe creer que el fortalecimiento de uno de ellos ha de producir debilidad en el otro».

se adentra en el mecanismo propiamente constitutivo del derecho real, pero, no obstante ello, la ley la exige, o debiera exigirla, para la plenitud del reconocimiento y efectos de dicho derecho real, su práctica alcanzaría, respecto a éstos, la consideración de forma o formalidad necesaria a modo de *conditio juris*²⁸⁸.

A la vista de planteamientos como los hasta ahora referidos, tres son las cuestiones que se suscitan y que en este momento reclaman una cierta atención de nuestra parte. En primer lugar, la relación existente entre publicidad registral y forma: ¿puede ser considerada la inscripción como forma?; y, en caso afirmativo, forma de qué: ¿del título inscribible o del derecho inscrito? En segundo lugar, si la inscripción se ha considerado forma o formalidad del título o del derecho, ¿deberá entenderse forma constitutiva o *ad esse*? Finalmente, ¿qué pensar de su conceptualización como *conditio juris*? Con la brevedad que la materia permite, pasamos a ocuparnos de cada uno de los puntos indicados.

La primera de las cuestiones enunciadas, comprensible en su planteamiento, es de fácil solución. Hemos dicho ya que entre las figuras de la forma y de la publicidad existe un cierto parentesco. Si a ello se añade la dosis de confusión que lleva con alguna frecuencia a situar la entrega, rudimentario y natural instrumento de publicidad, en terrenos de la forma²⁸⁹, se comprenderá sin dificultad que la

²⁸⁸ Por todos, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 135-136: «[...] La inscripción queda reducida, así, a ser un requisito concomitante con el contrato [...] que no forma parte de él, y que tampoco supone un segundo momento de voluntad en el *iter* constitutivo [...] y sí una formalidad externa (por lo que no cabría convertirla, junto con el contrato, en elemento de un negocio jurídico constitutivo de mayor amplitud). Esta formalidad es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento; es, en definitiva, una *conditio juris*, presupuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineeficacia».

²⁸⁹ Cfr. CASTRO: *El Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 279: «El Código Civil, en general, exige una forma específica para [...] los negocios de adquisición o transmisión de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, pues tal sentido tiene la exigencia general de la tradición [...]»; id., p. 287: «Por razones semejantes, el requisito de la entrega, como complementario o formal, importa no sólo para la eficacia real de los contratos (arts. 609, 1857, 1191, 1875) [...]. Específicamente, en la explicación de la donación manual, LALAGUNA: «De nuevo sobre la naturaleza de la donación», en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1978, pp. 234-235: «[...] Esta posibilidad de diferir convencionalmente la entrega de la cosa, no puede admitirse en el contrato formal de donación, en el que, precisamente por tener la entrega de la cosa mueble el significado de forma esencial –con función traslativa– se “requiere la entrega simultánea de la cosa donada” (art. 632, párr. 2.º) [...] En la donación manual... título y modo han de darse necesariamente unidos y, por ello, la entrega de la cosa no puede quedar diferida, en cuanto la entrega *no es tradición*, sino *forma esencial inseparable* del acto jurídico de donación» (cva. del a.); COSSIO: *op. cit.*, pp. 7-8: «La propiedad, por ejemplo, no se transmite por el mero consentimiento, es además necesario el cumplimiento de ciertas formalidades a él añadidas, aunque sean tan simples como la tradición o entrega real o fingida de la cosa».

inscripción registral sea intuitivamente captada, más que reflexivamente considerada, como una encarnación más de la diversa y variable figura de la forma, y que se le niegue su condición de medio o vehículo de publicidad real²⁹⁰. Pero es claro que este modo de proceder denota algo de ambigüedad en el empleo de las nociones de publicidad y forma, y que no distingue suficientemente las distintas funciones de la *traditio* o entrega. Basta con afinar un poco en los conceptos y materia indicados para poder establecer con suficiente nitidez la relación entre la publicidad registral –la inscripción como su instrumento ordinario– y la forma negocial.

Sin necesidad de atenernos al rigor de las definiciones escolásticas, podemos afirmar como cosa cierta que el concepto *forma* se mueve en el campo del acto jurídico y hace referencia al revestimiento de la voluntad en el momento de su declaración²⁹¹. Por su parte, la publicidad, en el específico sentido en que esta noción se refiere al Registro de la Propiedad, significa tanto como la puesta de lo publicado al alcance del conocimiento de cualquier interesado en su noticia²⁹²; en nuestro sistema, donde en el Registro se inscriben títulos y se publican derechos, la publicidad se refiere a estos últimos²⁹³. Finalmente, la entrega o *traditio* cumple dos funciones distintas: por una parte –y esto a la perfección y en todo caso– proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra –y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia–, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido²⁹⁴.

Siendo cierto lo anterior, estamos ya en condiciones de poder negar que, propiamente hablando, la inscripción registral pertenezca al capítulo de la forma. Referida ésta a la declaración de volun-

²⁹⁰ DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., pp. 293-294: «La dificultad más grave que a nuestro juicio plantea el sistema de registro respecto de una verdadera publicidad es que la publicidad se facilita, pero no pasa de ser una cabal ficción. La información se almacena y se permite al acceso a ella. Pero eso no significa que los hechos sean de verdad conocidos. Para serlo es preciso que los interesados exijan la información».

²⁹¹ Cfr. CASTRO: *op. cit.*, p. 278; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, 5.^a ed., pp. 247-249; MORALES MORENO: «Forma (D.^º Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3144-3146. Como monografías más recientes: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, y SANTOS MORÓN, María José: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Madrid, 1996.

²⁹² PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 183: «c) L'attuazione della trascrizione ha per risultato la conoscibilità legale dell'atto e dell'effetto soggetto a trascrizione...».

²⁹³ Para la justificación de lo dicho, nos remitimos a nuestro anterior trabajo: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, LI, II (abril-junio 1998), pp. 521-544.

²⁹⁴ También en este punto nos remitimos a lo ya dicho en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *ACD*, XLVII, II (abril-junio 1994), pp. 77-78.

tad constitutiva del acto o contrato, y la inscripción registral, en cambio, a los derechos resultantes de éste mediante la tradición, es claro que no hay posibilidad de considerar forma a la inscripción²⁹⁵. A nuestro juicio, es del todo anómalo e improcedente sacar a la forma de su ámbito y referirla directamente al derecho o a la mutación jurídico-real²⁹⁶. Si, a pesar de ello, y por aquello del parentesco y relación de continuidad detectable entre forma e inscripción, se piensa que la publicidad es, como se decía en la Exposición de Motivos de 1861, una «cuestión de forma», o si, más decididamente, se la conceptúa como «forma»²⁹⁷, y como «formalista» al Derecho Hipotecario²⁹⁸, pronto habrá que recoger velas y rebajar de «forma» a «formalidad»²⁹⁹. La inscripción, sin ser

²⁹⁵ PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2205 (respondiendo a LÓPEZ BURNIOL: «Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», *AAMN*, XXXII, p. 207: «Y es que la inscripción es “forma”, por lo que imponerla con el carácter de constitutiva constituye una clara involución formalista»): «[...] Pero hay que recordar que la inscripción registral no es nunca forma». En la doctrina italiana: PUGLIATTI: *op. cit.*, pp. 172-185 (p. 183: «Da quanto abbiamo esposto risulta confermato: [...] b) Che essa (la transcripción) non può considerarsi come *forma* degli atti soggetti a trascrizione, rispetto ai quali costituisce solo una fatispecie *secondaria*, in sé autonoma, e tuttavia collegata a quella primaria, che fa de sostegno»), y 417-419 («[...] Ciò posto, riesce difficilmente intelligibile l’attribuzione della qualifica di “forma” alla pubblicità, comunque si voglia delineare il relativo concetto [...]】 A questo punto l’equivoco si rende manifesto, poichè il termine “forma” si adopera in sostituzione di espressioni più proprie, come “procedimento” o “meccanismo pubblicitario”» (pp. 418-419); FERRI: *op. cit.*, pp. 11: «[...] si è finito col precisare che la trascrizione è forma del negocio o atto giurídico. Ci sembra che questo concetto della trascrizione non sia accoglibile, almeno se si parla di forma in senso corretto», y 144: «La dottrina dominante concepisce la trascrizione come forma del negocio e precisamente como una forma de pubblicità che si sovrapporre alla forma, diciamo così, normale, e sarebbe richiesta perché il negocio possa raggiungere la pienezza dei suoi effecti. Abbiamo già preso posizione contro questa teoria. Secondo noi, la via da seguire è quella di collocare la trascrizione non nel capitolo del negocio giurídico, ma in quello dei rapporti giurídici e delle loro vicende».

²⁹⁶ Lo hace así, con carácter general, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...* I, cit., pp. 9-10: «Los referidos actos modificativos de los derechos reales sobre fincas pueden ser objeto de regulación, en cuanto a la forma se refiere, desde un triple punto de vista: [...] c) Requisitos de forma exigidos para dar a la modificación real la debida publicidad *erga omnes*. Estos requisitos formales, partiendo de una modificación real ya causada, tienen por fin darle la debida publicidad frente a todos, para que por todos sea respetada». Específicamente, en la inscripción de la hipoteca, LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, Barcelona, 1980, p. 191: «En este sentido, en cuanto etapa y requisito del proceso constitutivo, puede decirse que la inscripción es una forma, pero no del contrato de hipoteca expreso ya en su propia forma (escritura pública), sino del derecho real [...] es –insisto– una forma constitutiva del derecho real»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales*, cit., p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real».

²⁹⁷ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 309: «La inscripción (en el sistema español) es meramente declarativa y tiene el único valor de un requisito de forma [...]».

²⁹⁸ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 17: «(A) *Es un Derecho esencialmente formalista*: su materia propia está constituida por la forma de determinados actos jurídicos referentes a los derechos reales sobre fincas. Este carácter formalista se ofrece con una rigidez muy superior a la de las demás normas del Derecho civil».

²⁹⁹ En la misma E. M. de 1861 (p. 325): «Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos [...] sujetar a ciertas formalidades la declaración y conservación de derechos preexistentes no es anularlos, es

forma en sentido propio, es formalidad por la que artificialmente se obtiene la publicidad de los derechos reales, o de las situaciones jurídico-reales inmobiliarias: su cognoscibilidad legal, o la puesta de su conocimiento al alcance de cualquier posible interesado.

Formalidad, pues, mejor que forma, ¿será constitutiva o necesaria la práctica de la inscripción para que la mutación jurídico-real llegue a producirse? Ésta es la segunda de las cuestiones que antes distinguiamos. La inscripción sería constitutiva si el legislador la hubiera impuesto con obligatoriedad directa –aunque sólo fuera extrínseca– para el nacimiento del derecho real inscribible; o si indirectamente resultare exigida, bien para dotar de consistencia al mismo derecho frente a la precariedad en que quedarían los derechos no inscritos –planteamiento antes visto en Oliver–; bien porque se entienda, con el texto ya indicado de Cárdenas, que la oportunitad *erga omnes*, esencial a la idea del derecho real, sólo se obtiene en el actual Derecho a través de la inscripción registral. Pero es el caso que por ninguno de estos caminos puede argumentarse en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad *ad esse* de esa formalidad que es la inscripción.

Que nuestro legislador no quiso imponerla directamente como obligatoria es cosa que abiertamente se reconoce cuando la obligatoriedad se propone doctrinalmente como *desideratum de lege ferenda*, y que patentemente resulta de las mismas palabras de la Exposición de Motivos de 1861, que, considerando la omisión de la inscripción como un «defecto de forma», explicaban cuáles eran sus consecuencias³⁰⁰: la falta de inscripción sólo podrá ser alegada por los perjudicados que no hayan sido parte en el contrato que se dejó de inscribir; nunca por los propios contratantes, porque otra cosa sería contraria a los principios de justicia y a la buena fe y lealtad que se deben los contrayentes. «Por eso no contiene el proyecto la

más bien hacer que sean eficaces...»; en la *Exposé des Motifs* de la francesa Ley de Trascripción de 23 de marzo de 1855 (Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, p. 6: «La transcription est l'accomplissement d'une formalité destinée aux tiers...»). En la doctrina italiana, PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 419: «Nel linguaggio, o piuttosto nel gergo dei pratici, si adopera, in codesto senso, il termine "formalità", con la coscienza più o meno chiara, che esso ha un significato diverso dal termine "forma", in quanto indica una pluralità di elementi necessari e collegati tra loro a costituire un determinato complesso»; en la nuestra, CÁRDENAS: *Memoria...*, *cit.*, p. 151: «Sería absurdo suponer que los propietarios tenían derecho perfecto a no ser obligados a cumplir ninguna nueva formalidad externa para mantener incólume su dominio [...] Las leyes que prescriben tales formalidades son en realidad adjetivas, y por tanto pueden, sin inconveniente alguno, tener efecto retroactivo»; LACRUZ: *op. cit.*, p. 191: «En este sentido, en cuanto etapa y requisito del proceso constitutivo, puede decirse que la inscripción es una forma: pero no del contrato de hipoteca expresado ya en su propia forma (escritura pública), sino del derecho real; no es una forma del contrato, sino una formalidad relativa al contrato que tiene su propia forma y es perfecto en cuanto tal [...]».

³⁰⁰ E. M., *cit.*, p. 236.

pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos». Seguramente esté aquí la explicación del relajado sentido en que la Exposición de Motivos ha empleado en este contexto el término «forma». Lo que falta al contrato no inscrito, y al derecho derivado del mismo, no es algo perteneciente a su esencia y, por tanto, necesario para su existencia, sino un puro, aunque importante, añadido externo, que, como tal, presupone perfecto y eficaz el contrato que como título funda la existencia del derecho susceptible de ser inscrito.

Pero tampoco la precariedad en que, una vez instaurado el Registro, quedan los derechos no inscritos frente a los inscritos, es razón suficiente ni adecuada para entender elevada a requisito esencial o necesario la formalidad de la inscripción, al modo pretendido por Oliver. Aparte el dato de que con mucha frecuencia no existe ese tercero que se adelante a inscribir haciendo inane el derecho de quien no inscribe, justamente el robustecimiento del derecho inscrito frente al que se dejó de inscribir es la natural consecuencia de la adopción de un sistema de publicidad en el que la inscripción ni se considera esencial para la constitución del derecho inscribible, ni su práctica se impone como obligatoria. No exigida *ad esse* ni obligatoriamente impuesta, son sus ventajas las que la recomiendan. Cárdenas lo había dejado perfectamente explicado: aunque la justicia y tolerancia de la Ley Hipotecaria, a la vez que salvaba al tercero de los perjuicios que pudiera ocasionarle la no inscripción del derecho, permitía al propietario la libertad de omitirla, la reforma sería completamente ineficaz si los derechos no inscritos hubieran de disfrutar los mismos beneficios que los inscritos³⁰¹.

Finalmente –y ahora contra la simplificación deslizada en algún texto de Cárdenas–, tampoco por la conexión entre publicidad y derecho real, o entre inscripción y oponibilidad a terceros, puede esta última ser considerada forma esencial o constitutiva, que, en la explicación que combatimos, lo sería intrínsecamente. El pensamiento completo de Cárdenas permite por sí solo advertir y debelar la incorrección en que incurre su texto. Sostiene el gran hipotecarista que no es constitutiva la función de la inscripción³⁰²;

³⁰¹ CÁRDENAS: *Memoria...*, cit., pp. 157-158: «La Comisión impugnó esta solicitud (la de la Diputación Provincial de La Coruña pidiendo que se eximieran de la Ley Hipotecaria, y por tanto de la inscripción, todos los derechos hasta entonces adquiridos, quedando tan sólo sujetos a ella los que en adelante se adquirieran) y las especiosas razones en que se apoyaba, en un extenso dictamen. Demostró en él, hasta la evidencia, la completa ineficacia de la reforma, si los derechos no inscritos hubieran de disfrutar los mismos beneficios que los inscritos».

³⁰² CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149: «[...] pero la Ley Hipotecaria no tiene por principal objeto declarar derechos, sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan [...]».

que los derechos no inscritos valen y existen, por tanto, entre quienes deben conocerlos³⁰³; y, sin embargo, deja escapar la afirmación de que los derechos constituidos antes de la inscripción adquieran por ésta el carácter de reales, porque de la observancia de esa forma que es la inscripción depende la existencia de aquellos derechos para los terceros³⁰⁴.

Afirmaciones estas últimas que probablemente se expliquen por el deseo de encarecer las ventajas de la inscripción y procurar su fomento, pero que, sometidas a algún rigor, fácilmente se comprueban excesivas. Si se admite que los derechos no inscritos valen y existen entre quienes deben conocerlos, no queda ya posibilidad de sostener que su inscripción sea constitutiva³⁰⁵. Es contradictorio mantener que derechos de suyo reales, existiendo anteriormente, adquieran el carácter de reales por obra de la inscripción y a partir de su práctica; o que, existiendo para unos (*inter partes*), puedan no existir para otros (los terceros). Expresiones de este tipo nos trasladan a la contradicción de la propiedad relativa³⁰⁶. El derecho real, al serlo y por serlo, existe *erga omnes*. Distinto es que, en medida de política jurídica favorecedora de la seguridad, una vez instaurado el Registro de la Propiedad, su oponibilidad a los terceros desconocedores o «de buena fe» se condicione a su inscripción. Esto, que es lo que efectivamente ocurre en nuestro Derecho, no significa que la existencia del derecho real, ni su esencial absolutividad u

³⁰³ CÁRDENAS: *ib.*, p. 530: «La Ley Hipotecaria no extingue ni menoscaba ningún derecho sobre la propiedad inmueble: aun los que no se inscriban conservarán por ella toda su fuerza y valor entre las personas que deban conocerlos».

³⁰⁴ CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 149: «[...] sino determinar la forma en que deben hacerse constar los que existan o se constituyan sobre bienes raíces, para que adquieran el carácter de reales. Y como de la observancia de estas formas depende la existencia de tales derechos en cuanto al tercero [...]».

³⁰⁵ Aunque en el texto de Cárdenas esos «quienes deben conocerlos» sean los otorgantes del título inscribible –las partes–, ello bastaría para negar valor constitutivo a la inscripción. Si, como hoy indudablemente impone el artículo 34 LH, en la expresión «quienes deben conocerlos» se incluyen los terceros extra-registralmente conocedores, la cosa es aún más clara.

³⁰⁶ *Vide*, al respecto, y con las diferencias impuestas por sistema transmisor italiano, FERRI: *op. cit.*, pp. 12-14: «La dottrina dominante ha un'esatta intuizione quando parla, in relazione alla trascrizione, di pubblicità dichiarativa e afferma che la trascrizione nulla aggiunge all'efficacia reale che la legge riconnette direttamente al consenso delle parti (art. 1376) Ma tale esatta intuizione non viene poi suffragata da una logica dimostrazione, anzi è contraddetta e limitata da una serie di riserve e specificazioni che alla fine lasciano in piedi ben poco di quel principio che in partenza si dichiara di accogliere. Si comincia col dire che la proprietà passa, sì, col semplice consenso, ma solo fra le parti e i loro eredi; perché passi, anche di fronte ai terzi occorre che il contratto venga pubblicato [...]. Questa opinione, che si potrebbe chiamare eclettica è, a nostro avviso, affetta da un'intima contraddizione. Con essa, mentre da un lato si tiene fermo come verità indiscussa il principio dell'efficacia reale del consenso legittimamente manifestato, dall'altro lo si distrugge col riconoscere che il diritto trasferito col semplice consenso non è opponibile a tutti e quindi manca del principale requisito della realtà».

oponibilidad *erga omnes*, sea obra ni resultado de la inscripción. El cometido de ésta, en cuanto elemento de publicidad, es más limitado: permitiendo la cognoscibilidad general y legal de los derechos inscritos, se erige en vehículo normal y suficiente de la oponibilidad *erga omnes* que, como derechos absolutos, naturalmente les corresponde. No la da como cosa y aportación propia, aunque su omisión sí que puede impedirla en atención a la buena fe del tercero que, desconociendo la existencia del derecho no inscrito, confía en lo que el Registro publica.³⁰⁷

¿Cuál es, entonces, la relación existente entre la inscripción registral y el derecho inscribible? Llegamos con esta pregunta a la tercera de las cuestiones inicialmente propuestas: si la inscripción es *conditio juris* y, caso de serlo, de qué: si del acto o título inscribible o si del derecho publicable. La cuestión se nos antoja de escaso interés. Lejos de ventilarse en ella resultados efectivos, su alcance se limita tan sólo a intentar el revestimiento técnico del que se considera ser el efecto legalmente cierto de la inscripción, mediante su subsunción en algunas de las figuras conceptuales de la dogmática del Derecho.³⁰⁸ Seguramente se explica por ello –además de por la borrosidad en que se mantiene la propia figura de la *conditio juris*– la poca atención que se le presta y la despreocupación por el rigor detectable en su tratamiento.

Distintas han sido las opiniones que en nuestra doctrina se han sostenido –desde presupuestos distintos y para hipótesis diferentes, aunque siempre pensando en el caso de la hipoteca³⁰⁹– acerca de si

³⁰⁷ En la doctrina, y para el Derecho italiano, PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 182: «Una generale esigenza pratica impone la tutela dell'interesse del titolare di una situazione soggettiva, sì che questa non venga vulnerata da fatti che gli sono sconosciuti. L'ideale di questa tutela sarebbe quello di considerare come limite la conoscenza effettiva, ponendo a carico dell'altro soggetto l'onere di provarla. Ma codesto ideale teorico annullerebbe l'esigenza pratica; ed è per ciò che si ricorre alla conoscibilità legale. La pubblicità, nel suo atteggiamento generico, perviene a tale risultato realizzando il *generale* interesse alla notorietà, opposto a quello al segreto o al riserbo (di natura prevalentemente individuale o quanto meno *particolare*). Alla conoscibilità legale, in questo più generico atteggiamento, si può ricollegare come conseguenza ulteriore o effetto, sul piano processuale, la *praesumptio hominis*, che può, naturalmente, essere vinta dalla prova contraria. Ma già questo effetto, proiettato sul piano processuale, è certamente un effetto giuridico»; *id.*, p. 429: «La pubblicità [...] producendo la conoscibilità legale, che per legge equivale a conoscenza effettiva, rimuove l'ostacolo alla opponibilità dell'atto, non solo rispetto ad un soggetto determinato, come la prova della conoscenza effettiva, bensì rispetto a qualsiasi soggetto». Desde nuestro Derecho y para nuestro sistema hemos adelantado algo sobre estas materias, en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 546-548 (inmediatividad y absolutividad o transcendencia de los derechos reales) y 574-577 (exclusión de la dimensión necesaria o constitutiva en la inscripción).

³⁰⁸ Puede ello observarse en GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 571-572, esp. 571: «[...] tampoco es adecuada la teoría de la *conditio juris*, pues la figura de la *conditio juris* puede planetar problemas respecto a la *eficacia retroactiva de la misma*, que no puede predicarse sin más en relación con la hipoteca [...]» (cva. del a.).

³⁰⁹ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «Fijémonos, concretamente, en la inscripción de la hipoteca»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 265: «Tomando como ejemplo el caso de

la inscripción registral es *conditio juris*. Lo afirma, e. c., Sanz Fernández para todo supuesto de inscripción no constitutiva pero necesaria³¹⁰; lo afirma igualmente Lacruz, pero ahora explicando el modo de actuar de la inscripción constitutiva³¹¹; lo niega, en cambio, García García, para quien la inscripción constitutiva es, más que *conditio juris*, condición de existencia del derecho cuyo nacimiento está legalmente supeditado a ella³¹². Y, *conditio juris* o no, ¿a qué se refiere la inscripción y qué efectos son los que impide su omisión? Lacruz la refiere directamente al acto o contrato generador del derecho a inscribir; acto o contrato al que, no obstante, la falta de inscripción no deja incompleto³¹³. Sanz Fernández la refiere al derecho inscribible, cuya plena eficacia queda en suspenso hasta la inscripción³¹⁴. García García la entiende también referida al derecho, pero al más intenso modo que ya se ha indicado: impidiendo su misma existencia hasta el momento de su toma de razón en el Registro³¹⁵. Saliendo de nuestra doctrina, algún interés puede

la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 571: «Volviendo a la caracterización de la inscripción constitutiva en materia de hipoteca [...].»

³¹⁰ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

³¹¹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «¿Qué papel juega la inscripción, cuando es constitutiva, en el *iter adquisitivo* del derecho real? Los autores españoles que se ocupan del problema califican a la inscripción, a nuestro modo de ver, acertadamente, de *conditio juris*».

³¹² GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 571: «Por todo ello, consideramos preferible hablar aquí de *requisito legal de eficacia del negocio*, en lugar de *conditio juris*, sin olvidar de ningún modo ese otro aspecto fundamental de la inscripción como *requisito legal de la existencia del derecho*. Es la Ley la que establece el requisito de la inscripción. Por eso, hablamos de *requisito legal*» (cva. del a.).

³¹³ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 135: «Este presupuesto de eficacia cuya falta no hace incompleto al supuesto de hecho negocial, limitándose a impedir sus efectos, es la *conditio juris*. En cuyo concepto puede muy bien entrar, por consiguiente, la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad»; *id.*, p. 136: «Esta formalidad es un requisito que, normalmente, no se ha producido todavía al tiempo de concluirse el negocio, pero que puede producirse, desde entonces, en cualquier momento: es, en definitiva, una *conditio juris*, presupuesto de eficacia, cuya falta no hace al supuesto de hecho incompleto, sino que impide sus efectos propios; por tanto, no es causa de inexistencia, como la falta de un elemento esencial, ni de nulidad, como la falta de forma, sino de ineficacia».

³¹⁴ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 266: «La omisión de la inscripción no priva al contrato formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo, hasta tanto que se obtiene. Es decir, que así como la omisión de la escritura impide el nacimiento del derecho, la falta de inscripción suspende la eficacia del mismo [...] en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

³¹⁵ GARCÍA GARCÍA: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] hay que insistir en que se trata de un «requisito legal de existencia del derecho». En cambio, no parece adecuado considerar que la inscripción es simple “requisito de eficacia”, salvo que se haga la puntualización de que

tener atender al dato de que en la italiana, donde la cuestión se suscita también polémicamente³¹⁶, la calificación de la inscripción como *conditio juris* se plantea en términos más amplios para explicar la relación existente entre la inscripción del contrato generador del derecho inscribible y la oponibilidad a terceros del derecho por él generado³¹⁷.

A la vista de estas opiniones, y pensando en nuestro Derecho: ¿qué se debe mantener al respecto? Entendiendo nosotros, con Núñez Lagos y con Sanz Fernández, que en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria no hay inscripciones propia y rigurosamente constitutivas³¹⁸, los supuestos en que la inscripción venga impuesta por la ley serían más bien casos de inscripción obligatoria o sólo extrínsecamente necesaria. En ellos, sin alteración del mecanismo constitutivo o transmisivo de los derechos reales, la inscripción registral sería presupuesto legal de existencia (*conditio juris*) del derecho a inscribir, no del acto o contrato que sirve de título a su constitución, el cual sería perfecto y completo en sí mismo. Sólo el nacimiento del derecho inscribible quedaría legalmente subordinado, en tal interpretación, al cumplimiento de la formalidad en que consiste la inscripción. La ley les negaría su

la "existencia" se refiere al "derecho", y la eficacia se refiere al "negocio" [...] sin olvidar de ningún modo ese otro aspecto fundamental de la inscripción como *requisito legal de la existencia del derecho*. Es la Ley la que establece el requisito de la inscripción. Por eso hablamos de *requisito legal*» (cvas. del a.).

³¹⁶ Cfr. PUGLIATTI: *op. cit.*, p. 430, donde el autor manifiesta su discrepancia en este punto frente a la opinión de A. Scialoja, partidario de considerar a la inscripción registral como *conditio juris*.

³¹⁷ PUGLIATTI: *op. cit.*, pp. 428-431: «Riteniamo, invece, che si possa parlare di pubblicità costitutiva, in relazione a quelle ipotesi nelle quali la pubblicità produce l'effetto di estendere ai terzi l'efficacia dell'atto rispetto al quale si è regolarmente attuata (p. 428); «La descrizione e l'analisi che precedono, le quali si modellano sui dati di esperienza, senza deformarli, consentono di valutare quella opinione secondo la quale la pubblicità, nella ipotesi considerata, assume la funzione di *conditio juris* per l'efficacia dell'atto rispetto ai terzi» (p. 430).

³¹⁸ NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, cit., pp. 422-423, nota 1: «El que para la hipoteca se exija la inscripción es problema que pertenece al capítulo de la *forma* de los negocios jurídicos materiales, y no al «principio de inscripción», principio que no sólo afecta a la constitución de los derechos reales, sino a la eficacia del asiento en sí, incluso frente a los actos jurídicos precedentes del asiento mismo que quedan cancelados, como el pacto cancela o termina la gestación. No hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., p. 266: «El carácter necesario de la forma —escritura pública o inscripción— produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones; sin embargo, no son idénticas y deben estudiarse separadamente. Conceptualmente, en el caso de la inscripción constitutiva, el derecho no inscrito no existe en absoluto. En cambio, en el caso de la inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal, que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

reconocimiento mientras no se inscriban. A su vez, en la hipótesis ordinaria de la inscripción habitualmente llamada declarativa, dicha inscripción sería presupuesto legal (*conditio juris*), no del acto o contrato, que como tal tiene vocación de vigencia *inter partes* –donde la publicidad registral nada está llamada a resolver– sino del derecho de aquél derivado; pero no de su existencia, ni siquiera absolutamente de su oponibilidad; solamente de su oponibilidad a terceros desconocedores. Cumplido el mecanismo transmisor sin intervención de la inscripción registral, el derecho real nace fuera del Registro y en las condiciones propias de su naturaleza: como poder inmediato *en la cosa*, adherido a ella y, *eo ipso*, naturalmente oponible a terceros. Sólo la protección dispensada por la ley a los terceros de buena fe hace que, sin el añadido de la publicidad, no puedan éstos verse sorprendidos por la existencia de derechos que les son desconocidos.

b) LA DEFENSA DEL CARÁCTER INTRÍNSECAMENTE CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA LEGAL VIGENTE

Junto al modo que se acaba de examinar, existe otra manera, más extendida y variada en nuestra doctrina, de pretender la función constitutiva de la inscripción registral. Se trata ahora de adentrarla de alguna forma en el mismo proceso sustantivo de constitución y transmisión de los derechos reales. Veamos a continuación cómo y con qué amplitud, para poder a continuación pronunciarnos sobre el problema, así tantas veces presentado, de la dualidad legislativa introducida por la Ley Hipotecaria en nuestro Derecho de Cosas.

a') *La incompatibilidad del sistema del título y el modo con el establecimiento de la publicidad registral: el desplazamiento de la traditio por la inscripción*

Heredado del Derecho romano, y perfectamente consentáneo con la idea del derecho real, el sistema del título y el modo había venido señorando a lo largo y ancho del *jus commune* el mecanismo de la adquisición y transmisión de la propiedad. La aparición del Registro de la Propiedad sería la gran ocasión para que la inscripción registral pasara a funcionar *loco traditionis* en materia de bienes inmuebles, desempeñando de forma refinada la tarea publi-

cadora que tan rudimentariamente había venido cumpliendo la entrega³¹⁹.

Así expresada hoy esta idea, atraería, incluso con una cierta fascinación, a quienes, más que como una posibilidad teórica, la ven, aparte de hecha ley, con valor sintomático, en algún supuesto especial en nuestro Derecho³²⁰, consagrada plenamente en el BGB (§ 873)³²¹ o en el Código Civil suizo (art. 656)³²². Pero ya antes tuvo que rondar la mente de quienes intervinieron en la concepción y preparación de la Ley Hipotecaria, y, aunque sin el grado de elaboración que después alcanzaría en su ámbito, la vieron ya realizada en sus precedentes «germánicos»³²³. Incluso, camufladamente,

³¹⁹ Esta idea, como puede verse en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: «El Código Civil suizo», *Estudios...*, I, cit., pp. 152-156, inspiró muy vivamente el vigente Derecho suizo de los derechos reales y de su publicidad registral. En nuestra doctrina son muy frecuentes las alusiones a ella. Como muestra, *vid.* COSSÍO: *op. cit.*, pp. 7-10; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., pp. 240-241; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2192-2193.

³²⁰ Ley de Mercado de Valores, artículo 10: «La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título...».

³²¹ «Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke... –dice el párrafo 873 del BGB– ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt». El precepto debe compararse con lo dispuesto en el párrafo 929 para la transmisión mobiliaria: «Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll...». Sobre ello, STAUDINGER-ERTL, *ad* § 873, Rz 4: «Nach dem Grundsatz von Einigung und Eintragung sind die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über die dingliche Rechtsänderung und die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch die beiden materiellen Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken, soweit das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt. Die Paralelle dazu ist der im Recht der beweglichen Sachen geltende Grundsatz von Einigung und Übergabe der Sache (§ 929)». WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2. Auf., München, 1996, pp. 116-117: «Das Grundstücksrecht unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkt von dem Recht der beweglichen Sachen. Bei einer beweglichen Sache knüpft die Legitimation des Berechtigten an den Besitz an (§ 1006, 929 BGB). Das Eigentum an Grundstücken und der Besitz daran fallen jedoch vielfach auseinander [...]. Zudem sind die Besitzverhältnisse an Grundstücken häufig nicht erkennbar. Für das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken bedarf es deshalb einer anderen Art des Berechtigungsnachweises. Darüber hinaus erfordern die große Bedeutung des Grundeigentums als Vermögenssubstanz und als Grundlage für den Immobilienkredit sowie seine öffentlich-rechtlichen Bindungen (Besteuerung, öffentlich-rechtliche Verfahren der Bodenordnung, Verkehrssicherungspflicht usw.) eine eindeutige Erkennbarkeit der Rechtsverhältnisse und eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr. Dieser Aufgabe dient das Grundbuch».

³²² «Zum Erwerbe des Grundeigentums bedarf es der Eintragung in das Grundbuch...», dice el artículo 656 del CC suizo. Sobre ello, DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 7: «La publicité foncière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles». En nuestra doctrina, además de GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *El Código Civil suizo*, cit., cfr. SERRANO SERRANO: Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, AUV, núm. 15, pp. 4-5 y 31-36.

³²³ Entre los datos de «Legislación extranjera», recogidos por DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 310-318, en el comentario al artículo 2 LH, pueden destacarse los siguientes: Polonia: *Ley sobre los privilegios e hipotecas*, de 26 de abril de 1818, 5. «El derecho de disponer de

se la podía descubrir en el alternativo precedente «latino» o francés, donde, aunque sin título y modo ya cuya *traditio* debiera suplirse, la transcripción, que se dice declarativa³²⁴, haciendo de temperamento al sistema de transmisión *solo consensu*, que rigurosamente confina a la relación *inter partes*³²⁵, viene a desempeñar,

la propiedad inmueble se adquiere por la inscripción del título de adquisición en los registros hipotecarios»; Sajonia: *Ley de 6 de noviembre de 1843*, 2. «La propiedad civil sobre bienes inmuebles se adquiere por la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios. No es necesaria la toma de posesión para la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles». 3. «De la misma manera se adquieren la hipoteca y los demás derechos reales sobre los inmuebles correspondientes a un tercero por la inscripción en el Registro hecha conforme a la ley». 4. «Mientras se haga la inscripción en los registros territoriales e hipotecarios, sólo existe un derecho para adquirir la propiedad civil, la hipoteca, y los demás derechos reales». 5. «Se considera como propietario de un inmueble, y como acreedor hipotecario al que esté inscrito en los registros territoriales e hipotecarios...». Sajonia-Weimar: *Ley de 6 de mayo de 1839*: «La hipoteca no constituye un derecho sin la inscripción hecha por las autoridades competentes aunque el acreedor haya tomado posesión judicial de los bienes. Por el contrario, la inscripción basta para constituir el derecho de hipoteca»; Wurtemberg: *Ley sobre las hipotecas, de 15 de abril de 1825*: artículo 2. «No puede constituirse legalmente una hipoteca sin autorización del magistrado y mediante una inscripción en el registro de hipotecas».

³²⁴ Cfr. TROPLONG: *Commentaire...,* cit., p. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir; la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité»; PLANIOL-RIPERT: *Traité Practique de Droit Civil Français. III Les Biens*, Paris, 1926, p. 620: «Le système de la transcription laisse subsister le principe de la transmission de la propriété par le seul consentement: l'art. 1138 n'a pas été abrogé par la loi de 1855, et la vente est encore, en principe, translative de propriété par elle-même; seulement l'application de cet article, au lieu d'être absolue, n'est plus que partielle: il ne régit plus toutes les personnes que la vente intéresse. Il y a certaines personnes, spécialement protégées par la loi de 1855, qui auront le droit de méconnaître la vente si elle n'a pas été rendue publique et à l'égard desquelles le vendeur n'aura pas cessé d'être propriétaire. Selon la formule de la loi de brumaire an VII (art. 26) et de la loi de 1855, art. 3, l'acte non transcrit ne leur est pas *opposable*; pour ces personnes, mais pour elles seulement, les choses doivent se passer comme si cet acte tenu secret n'avait pas été fait. En d'autres termes, le défaut de transcription entraîne une *inefficacité simplement relative* du titre non transcrit»; THÉRY: *Sûretés et publicité foncière*, cit., p. 385: «Le droit français lie le transfert de propriété au seul accord de volontés (arts. 1138, 1583 C. Civ.) [...]. Là où admet le transfert de la propriété *solo consensu*, il faudra nécessairement distinguer les parties au contrat, à l'égard de qui l'effet translatif s'est produit, des tiers à l'égard de qui ce transfert est subordonné à l'accomplissement d'une formalité de publicité. Techniquement, la publicité foncière ne conditionne pas la validité du transfert de propriété mais seulement son *opposabilité aux tiers*. Au contraire, dans les pays où le transfert de propriété est détaché du contrat, la publicité foncière peut constituer une condition du transfert de propriété entre *les parties elles-mêmes*. C'est ainsi qu'en Allemagne le transfert de propriété est subordonné à la fois à l'*Auflassung* et à une inscription sur le livre foncier; en Autriche, l'inscription suffit, de même qu'en Suisse».

³²⁵ Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, pp. 299-300: «D'après les principes du Code Napoléon, le consentement transfère la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers [...]. Tel est l'état de la législation par le Code Napoléon; telle est la théorie qui a dominé jusqu'à la loi du 23 mars 1855. Mais cette loi, mue par les nécessités du crédit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification. Sans doute, entre les parties et leur ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accom-

fuera de ésta, la función propia del *modo*³²⁶, adquiriendo por ello la dimensión constitutiva que efectivamente se le reconoce en la explicación de las transmisiones operadas con su concurso³²⁷.

Lo cierto es que la idea de la inserción de la inscripción en el proceso de constitución y transmisión de los derechos reales inmobiliarios estuvo vivamente presente en los prolegómenos de nuestra moderna legislación hipotecaria, y que si a la culminación del proceso no llegó a tomar cuerpo en la Ley de 1861 fue, como ya hemos visto, porque la intervención de Bravo Murillo, primero, y de Cárdenas, después, hizo posible la arribada a un punto de encuentro donde la más plena eficacia aseguradora del tráfico pretendida para el Registro, sin disminuir un ápice, se conjugaba con el mantenimiento y respeto al sistema transmisivo tradicional³²⁸. Sabemos ya sobradamente cuál era esa solución y cómo se la proponía. Para la seguridad de adquirentes e imponentes basta que el derecho no inscrito no pueda perjudicar a tercero; salvado este principio, queda subsistente el Derecho antiguo y tradicional: concretamente, el sistema transmisivo del título y el modo³²⁹.

plie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels [...]. Id., pp. 311-312: «Mais [...] la loi du 23 mars 1855 se montre avec toute son autorité. Son principe, comme nous l'avons dit, est qu'à l'égard des tiers la propriété immobilière ne se déplace qu'au moment de la transcription du contrat»; id., p. 338: «Le principe essentiel en matière de transcription c'est qu'on ne considère une transmission de propriété immobilière comme parfaite à l'égard des tiers que lorsque l'acquéreur a fait transcrire son titre».

³²⁶ CARRETERO: *Retornos...*, cit., pp. 135-136: «Es conveniente acercarse al Derecho Hipotecario comparado con la idea de que nuestro sistema es una síntesis de los latinos y los germánicos que se inclina a los latinos, en el problema de la inscripción como modo y a los germánicos [...].»

³²⁷ TROPLONG: *op. cit.*, p. 355 : «Il est vrai qu'elle protége un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contra celui qui a acheté *a non domino*. Mais dela n'a rien de contraire à la règle que nous possons ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*». Adelantamos estas ideas en nuestro trabajo «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico...», cit., *ADC* 1994, pp. 66-69.

³²⁸ Sobre ello, con extensión y detalle, SERNA VALLEJO: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, cit., pp. 354 ss. La paternidad del sistema es atribuida a Gómez de la Serna por PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2199: «El sistema actual de publicidad sigue siendo el de la tesis intermedia de Gómez de la Serna frente al germanismo y al afrancesamiento de los otros miembros redactores de la Ley del 61: ni inscripción constitutiva ni transmisión consensual del dominio; publicidad declarativa para la eficacia de los derechos frente a tercero».

³²⁹ Cfr. E. M. 1861, pp. 237-238: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes subsistente el antiguo derecho. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el domi-

Siendo todo lo dicho muy conocido, conviene parar la atención por un momento en alguno de sus detalles. Ciertamente, la solución adoptada era original, porque en ella, sin tener que recurrir al «germanismo» de la inscripción extrínsecamente obligatoria o intrínsecamente constitutiva, se lograba para nuestro Registro de la Propiedad una eficacia aseguradora no inferior a la conseguida en el modelo germánico, y sobre la sola base de dar adecuada protección a los terceros en la confianza prestada al dato registral. Ahora bien, aunque original la solución, su exposición se va a hacer de acuerdo con la fórmula francesa que separa y opone radical y absolutamente el mundo de la relación *inter partes* y el de su proyección a terceros, y que, al exigir en este último la formalidad de la transcripción, va a abrir la vía hacia el monstruo de la propiedad relativa³³⁰ y va a convertir de hecho en constitutiva a la toma de razón registral³³¹. Si a ello se une que a la originalidad de nuestra solución se llega, al parecer, más que por convicción sobre la bondad teórica y conceptual del sistema, por consideraciones pragmáticas³³², podrá ya

nio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño en relación con el vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». También, p. 253, a propósito de la doble venta: «*Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no haya sido inscrita.* Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio no pueden negarse sus corolarios rigurosos».

³³⁰ De acuerdo con el artículo 1583 del *Code*: «... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et di prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé». La expresión se reproduce literalmente en la E. M. de 1861: «... si se inscribe, ya lo traspasa *respecto a todos*; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño *con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes* que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

³³¹ Cfr. MALAURIE-AYNÈS: *Suretés. Publicité foncière*, 9.^a ed. 1988, pp. 243-244: «L'inopposabilité aux tiers est distincte de la nullité. L'acte (la vente, la donation, l'apport en société...) est valable, et peut produire effet dans les rapports entre les parties. Mais le droit qu'il confère n'existe pas à l'égard du tiers titulaire d'en droit concurrent publié: celui-ci est en droit d'ignorer le droit non publié. Ce qui revient à dire, en fait, que celui-ci n'est pas efficace, le droit réel se caractérise notamment par son opposabilité». En nuestra doctrina, e. c., recién promulgada la LH, HERNÁNDEZ ARIZA: *op. cit.*, p. 65: «En suma, por la simple convención se adquiere el derecho personal a la cosa, *jus ad rem*; el dominio o el derecho real, *jus in re*, se trasmite por la entrega o quasi entrega, pero sólo en relación al cedente; y por el registro del título de adquisición se constituye definitiva y completamente para todos la propiedad, o los derechos impuestos sobre ella, desde la fecha de la inscripción; algo después, MORELL: *op. cit.*, p. 135: «Al hacerse la inscripción es cuando el derecho queda constituido en forma tal que merezca la consideración de real. Luego con relación a todos, partes y terceros, el derecho no existe hasta ese momento».

³³² Cfr. *supra*, II, 2. Pragmáticas son también, según la E. M. de la Ley de 30 de diciembre de 1944, las razones que en la reforma de esa fecha deciden el mantenimiento del criterio establecido en 1861: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmo-

entenderse que en nuestra doctrina se siga haciendo cuestión sobre cuál es verdadera y efectivamente la función que en nuestro Derecho corresponde a la inscripción registral, y que cuando se la reconoce como «declarativa», ello se haga con un cierto conformismo, resignadamente³³³, planteando o más simplemente negando que subsistan todavía las razones que así la recomendaron algún día³³⁴, y, desde luego, estimando el criterio legalmente establecido como

biliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si —conforme se ha dicho— más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprecio para la norma legislativa, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estadio posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias». Doctrinalmente, hoy, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., pp. 424-425: las dificultades del sistema de inscripción constitutiva no son de orden teórico, sino de carácter práctico y de política jurídica. La inscripción constitutiva exige una gran perfección en los títulos y un coste adicional, sin duda encarecedor, provocado por la necesidad de los controles de funcionarios. La falta de una documentación auténtica y la evasión del pago de gastos y de impuestos hace que en nuestro país muchas propiedades, sobre todo rústicas, de no gran extensión y valor, se adquieran y transmitan por simples documentos privados. Imponer la inscripción obligatoria —objeto siempre deseado y siempre inalcanzado— sería entonces divorciar el Derecho y la realidad —sobre todo, la realidad posesoria—, negando el efecto jurídico-real a gran número de transacciones, que quedarían relegadas al mundo de lo meramente obligatorio —efectos simplemente *inter partes*— y ocasionando abusos y fraudes».

³³³ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I (7.^a ed.), cit., pp. 247-248: «[...] Están en lo cierto quienes muestran su disconformidad con la persistencia de la teoría del título y el modo, no en su juego causal, sino en lo que se refiere al modo o tradición, y postulan su eliminación, sustitución, etc. En lo que no están en lo cierto es que sin modificación legislativa pueda llegarse a alguno de estos resultados [...] Ante ello creemos que lo más procedente es suprimir la tradición y sustituirla, no por la inscripción (constitutiva), sino por el acuerdo real entre las partes contratantes [...]».

³³⁴ Apenas promulgada la Ley Hipotecaria, HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, pp. 168-169: «Respetando como merecen las razones de la comisión codificadora las hemos analizado prevenidos en su favor y con el sincero deseo de convencernos, y sin embargo hemos tenido la desgracia de no conseguirlo [...]»; posteriormente CASSO: *op. cit.*, p. 144: «Quizá esto (la no admisión en la LH de la inscripción constitutiva) fuera disculpable en el momento en que se elaboró aquella primera Ley, que tantas dificultades de orden teórico y práctico tuvo que vencer, como tarea revolucionaria, en el campo registral; pero después, y sobre todo hoy, cuando ya el presupuesto de legitimación y el de fe pública han sido llevados casi a sus últimas consecuencias, en la reforma de 1944, no pueden valer como excusa los argumentos que se vienen manejando, de ser imposible anular a la inscripción la eficacia de los derechos reales»; recientemente, y limitada la crítica a la razón de orden práctico aducida en la E. M. de la vigente Ley Hipotecaria, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2203-2204: «El argumento práctico es el más invocado, y también el más temido. Como vimos, es el único que aduce la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente. Consiste fundamentalmente en que, al no encontrarse inmatriculada hoy aún una buena parte de la propiedad rural —al menos en ciertas regiones—, el tránsito a la inscripción constitutiva podría ser excesivamente brusco. Frente a este argumento cabría hacer dos observaciones: en primer lugar, que la implantación de la inscripción constitutiva no habría de hacerse con carácter general, sino con carácter gradual y sectorial [...]. En segundo lugar, que la propia inscripción constitutiva es en sí misma un estímulo suficiente para la utilización del Registro». Frente a estas opiniones, y con ocasión de la reforma hipotecaria de los años cuarenta, DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., pp. 15-16: «La actual reforma rechaza estas exageraciones y mantiene el sistema tradicional [...]. En cuanto a la inscripción coactiva o forzosa, preconizada por muchos como panacea capaz de resolver instantáneamente los defectos de la institución, no

un bochornoso mal³³⁵, quizá pasajeramente necesario pero que nunca deberá impedirnos reconocer la superioridad del sistema de la inscripción constitutiva³³⁶, ni matar entre nosotros la aspiración a su implantación³³⁷.

Dos son, pues, las cuestiones que, en razón de este estado de cosas, debemos proponernos a continuación. La primera, si verdaderamente es teórica y técnicamente superior al nuestro el sistema que eleva a constitutiva la inscripción registral. Y la segunda, si en nuestro Derecho de la publicidad registral inmobiliaria la inscripción «declarativa», según se la propone, funciona efectivamente como tal en todos los frentes, o si, como se entiende en Francia, se eleva de hecho al rango de «constitutiva» cuando entra en juego el interés de los terceros que el Registro se propone tutelar.

La superioridad de la inscripción constitutiva suele justificarse por dos razones, principalmente. La primera de ellas se presenta como de naturaleza netamente conceptual: que la misma idea del derecho real exige la visibilidad de éste. «No es verdadero derecho

creo que resolviese nada práctico; porque la realidad es siempre más fuerte que las leyes, y no habría sanciones con suficiente energía para hacer cumplir un precepto, en pugna con esa realidad y muchas veces de imposible cumplimiento. Otra cosa es hacerla cada vez más necesaria, por su creciente conveniencia y reforzada eficacia [...]. La reforma, con buen sentido, tampoco ha optado por esa obligatoriedad coactiva de la inscripción. Se limita a acentuar su necesidad, revalorizando sus efectos [...]».

³³⁵ URIARTE-BERASÁTEGUI, José: «Revisión de ideas», *RDCI*, 1950, p. 241: «Porque no nos proponemos ahora romper una lanza para que sea eliminada la teoría del título y el modo en futuros ordenamientos jurídicos patrios, sino a la más ambiciosa, tanto como necesaria si no queremos perecer con escarnio entre los escombros del derrumbamiento anunciado, de darla por eliminada en el Derecho constituido».

³³⁶ COSSÍO: *op. cit.*, p. 166: «Mucho más racional hubiera sido, siguiendo el sistema australiano, declarar libre la inmatriculación y dar valor constitutivo a la inscripción solamente cuando se trate de fincas inmatriculadas, con lo que, sin grave quebranto de la economía y situación actual de las fincas, hubiera podido eludirse el escollo de la doble titularidad, civil e hipotecaria, disminuyendo las posibles causas de inexactitud del Registro»; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, *cit.*, p. 424: «El sistema de inscripción constitutiva presenta evidentes ventajas [...] la seguridad jurídica se logra plenamente».

³³⁷ MORELL: *op. cit.*, p. 137: «En resumen, en nuestra opinión, por la propia naturaleza del derecho de propiedad, la inscripción de los actos jurídicos concernientes a esa propiedad, debe constituir el único modo de adquirir, de conservar y de perder el dominio y los derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, de una manera absoluta y general, es decir, no sólo con relación a tercero, sino también entre las mismas partes contratantes. El título, cualquiera que sea, contrato, última voluntad, ley o sentencia, por sí sólo, no confiere el derecho ni la propiedad de esos bienes. No hay, en general, más verdad que lo que resulta del Registro. Sólo puede disponer o gravar un derecho sobre bienes inmuebles aquel a cuyo nombre figura en el Registro. La propiedad inscrita supone la posesión. En suma: la inscripción debe tener un valor sustantivo, absoluto»; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, *cit.* p. 252: «La idea de la inscripción constitutiva aplicada progresivamente tiene su encanto, y no decimos que deba rechazarse, sino todo lo contrario, podría probarse». PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2200: «Los casos de prevalencia del Registro sobre la realidad jurídica que vive al margen de él han de ser evitados a toda costa. Y han de ser evitados haciendo coincidir la realidad y el Registro. Y esto sólo se consigue por la vía de la inscripción constitutiva».

el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que luce como una armadura de gala», decía don Jerónimo González, remitiendo a Gierke³³⁸. Hoy, renunciando a la metáfora y llevando la afirmación al plano de los enunciados lógicos, dirá Pau Pedrón que derecho real y ocultación o clandestinidad son realidades contradictorias³³⁹. El segundo apoyo a la superioridad de la inscripción constitutiva, aunque propuesto desde planteamientos teóricos, nos devuelve, al menos en parte, al orden de las conveniencias prácticas: la elevación de la inscripción a elemento de constitución de las mutaciones jurídico-reales logra lo que debe entenderse como el *desideratum* de todo buen sistema registral: la armonía entre la realidad publicable por el Registro y la noticia registral de dicha realidad; y, a través de dicha armonía, la plena seguridad que la publicidad está llamada a introducir en el tráfico inmobiliario³⁴⁰.

Antes de entrar separadamente en la crítica a estas razones, creemos conveniente y justificada una observación igualmente válida para las dos. Y es que, en rigor, ninguna de ellas, en la hipótesis de que debieran admitirse, exige la inscripción propiamente constitutiva, ni, por tanto, recomienda su implantación. El revestimiento del derecho real de una exterioridad reveladora de su existencia, y el logro de la seguridad del tráfico derivada de la correspondencia entre los derechos existentes y los que el Registro publica, podría

³³⁸ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «Desarrollo histórico del principio de publicidad...», *Estudios...*, I, cit., pp. 29-30.

³³⁹ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2192: «La eficacia y la publicidad de los derechos reales inmobiliarios deben coincidir con absoluta exactitud. Si la eficacia de los derechos reales se produce frente a todos, es un corolario de estricta lógica que todos deban conocer –o, al menos, puedan conocer– la existencia de los derechos reales. Derechos reales “ocultos”, derechos reales “clandestinos” son figuras tan contradictorias, que no debe admitirse su existencia».

³⁴⁰ DÍEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 424: «El sistema de inscripción constitutiva presenta evidentes ventajas. Al coincidir la formación del derecho real o la producción del efecto jurídico-real con la inscripción en el Registro se logra la completa armonía y concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral, que en otro caso presenta siempre quiebras y fisuras. Como consecuencia de ello, la seguridad jurídica se logra plenamente». Con anterioridad, y más templadamente, COSSÍO: *op. cit.*, p. 165: «Un último procedimiento, que es el que goza de mayor favor en la doctrina, es el admitido por el sistema alemán, que da valor constitutivo del derecho a la inscripción, cuando se trata de transmisiones negociales ínter vivos, con lo que se evitan, o por lo menos se reducen, las posibilidades de una doble titularidad civil e hipotecaria», LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, (ed. 1984), p. 29: «El hecho de que cualquier cambio real por negocio *i. v.*, para perfeccionarse, haya de llegar a los libros, hace al Registro alemán notoriamente más cierto que el español». Hoy puede verse negativamente expresada la misma idea en PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2200: «De la falta de eficacia constitutiva de la publicidad registral derivan diversas consecuencias negativas: 1. Queda mermada la utilidad social del Registro. Su función de dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles quiebra en muy numerosos supuestos [...]. Los terceros adquirentes de derechos reales que no reúnan todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y los terceros no adquirentes de derechos reales –como es el caso de los acreedores de un titular registral– no obtienen seguridad jurídica alguna del Registro. Los datos que figuran en él pueden no coincidir con la realidad».

lograrse sin el adentramiento de la inscripción registral en el mecanismo productor de la mutación jurídico-real y mediante el expediente más templado de imponer dicha inscripción como *conditio juris* para el reconocimiento y tutela jurídica de los derechos reales ya constituidos. Sabemos que mantener esta afirmación puede resultar polémico en razón de la dificultad experimentada por la doctrina al tratar de deslindar nítidamente y diferenciar entre sí las dos hipótesis de la inscripción simplemente obligatoria y la propiamente constitutiva³⁴¹, pero, sin necesidad de detenernos en tal dificultad, creemos que podemos mantenerla remitiéndonos de nuevo a la distinción que aquí venimos manteniendo entre la inscripción impuesta como extrínsecamente necesaria y la legalmente introducida como rigurosamente constitutiva, *loco traditionis*, del derecho publicable.

Pasando ya separadamente y más a fondo al examen de las razones que abogarían por la inscripción constitutiva, debemos ocuparnos ya de la primera: no es verdadero derecho real el que se oculta;

³⁴¹ Cfr. al respecto los siguientes textos: LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 128 (ed. 1968): «Una inscripción meramente obligatoria no puede ser, por su propio concepto, presupuesto para la constitución del derecho real, el cual nace sin ella, aun cuando la falta de constancia registral pueda dar lugar a sanciones, todo lo graves que se quiera (pero no consistentes en la falta de eficacia del acto, porque entonces nos hallamos de nuevo en el campo de la inscripción constitutiva)». SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., pp. 264-266: «Se trata, pues, de la clasificación de las inscripciones en voluntarias y obligatorias, forzosas o necesarias, que en España ha sido excesivamente discutida, y normalmente involucrada con la de las inscripciones constitutivas y declarativas. La voluntariedad o necesidad de la inscripción presupone un sistema como el nuestro en que la fuerza constitutiva del derecho real se centra sobre los elementos extraregistrales de la adquisición: contrato o título y, en su caso, tradición. Supuesta la eficacia constitutiva de estos elementos, pueden añadirsele por el legislador determinados requisitos formales, sin los cuales no puede desenvolver su eficacia o dejar a los interesados en libertad para elegir la forma que estimen más conveniente. En este último caso, la forma tiene carácter voluntario *-ad probatōnem-*; en el primero, carácter necesario *-ad solemnitatem-*. Los elementos constitutivos en este último supuesto no se alteran y siguen siendo los mismos, sin perder su transcendencia a los efectos del nacimiento del derecho real. Así ocurre en todos los supuestos en que el Código Civil exige la forma de escritura pública, y así ocurrirá cuando en régimen de Derecho hipotecario se imponga como necesaria la forma de la inscripción, las cuales no tienen más trascendencia que la de *las formas ad solemnitatem* cuando son exigidas por las leyes. Tomando como ejemplo el caso de la hipoteca, supuesto típico de inscripción necesaria en nuestro sistema [...]. La omisión de la inscripción no priva al contrato formalizado en escritura pública de su virtualidad constitutiva del derecho; pero sí impide la efectividad y ejercicio del mismo hasta tanto que se obtiene. Es decir, que así como la omisión de la escritura impide el nacimiento del derecho, la falta de inscripción suspende la eficacia del mismo. El carácter necesario de la forma –escritura pública o inscripción– produce consecuencias muy análogas al constitutivo; por ello es perfectamente explicable que generalmente se identifiquen en la doctrina estas cuestiones; sin embargo, no son idénticas y deben estudiarse separadamente. Conceptualmente, en el caso de inscripción constitutiva, el derecho no inscrito no existe en absoluto. En cambio, en el caso de inscripción necesaria, aparece ésta como un requisito más para la perfecta eficacia del derecho, que hasta la inscripción existe, pero teniendo su eficacia pendiente del requisito formal que operará a modo de *conditio juris* del mismo, permitiéndole desenvolver sus efectos».

derecho real y ocultación son realidades contradictorias. Como metáfora, o como proposición lógica, parece indicarse que la proyección exterior reveladora del derecho real es nota esencial al concepto de éste; pero la afirmación –que, a lo sumo, llevaría a exigir para la esencia del derecho real una forma de manifestación que no tendría por qué ser necesariamente la publicidad registral– ni metafórica ni lógicamente es admisible. La elementalidad de las razones que nos llevan a mantenerlo excusa entrar detalladamente en su argumentación. Sea la primera de ellas la propia esencia de derecho subjetivo, tanto real como personal. Constituyendo éste una realidad perteneciente al mundo ideal orbitado por el *justum* y sus exigencias, necesariamente tiene que consistir en un ser nocial e incorpóreo, carente en sí mismo de materia que lo visibilice. Concretamente, el derecho real, aunque directamente referido a cosas corporales, no consiste en esas cosas, sino en el poder que, según justicia, corresponde directamente en ellas a su titular. Así es como histórica y tradicionalmente se ha concebido al derecho real: como un poder –jurídicamente fundado, debe entenderse– referido inmediatamente a una cosa, que, en razón de tal inmediatividad, se hace inherente a ella objetivando su situación jurídica en forma tal que la hace absoluta o, con tecnicismo también empleado en Derecho, valedera y oponible *erga omnes*³⁴².

¿Vale algo en contra de lo dicho el dato de la posesión? Es evidente que no. En primer lugar porque, como es pacíficamente admitido, existen variadas figuras de derechos y gravámenes reales no posesorios, y, además, porque cuando se trata de derechos que exigen la posesión, entonces ésta, por sí sola, no llega a constituir una inequívoca manifestación o demostración del derecho, sino que se limita a funcionar como instrumento de su apariencia³⁴³; importando mucho destacar que cuando ello ocurre y, transcendido el aspecto puramente posesorio, se quiere pasar a la indagación del derecho, no es sólo el escueto dato material o corpóreo de la posesión el que cuenta, sino que principalmente hay que atender al «concepto» en que éste se viene ejercitando. Supone ello,

³⁴² Aunque sin entrar a fondo en la polémica existente al respecto, nos hemos referido ya al concepto del derecho real en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 548-548, y en *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario...*, cit., pp. 433-438. En la nota 26 de este segundo trabajo proponíamos alguna bibliografía sobre aquella polémica. A ella debemos añadir ahora las obras que siguen: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: la naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 13-292 (todas ellas dedicadas al concepto del derecho real y su distinción respecto al derecho de crédito), y PEÑA LÓPEZ, José María: *Concepto del derecho real*, Tórculo ediciones, s/d sed 1998.

³⁴³ Por todos, en nuestra doctrina más reciente, HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, Madrid, 1980, y JORDANO BAREA, J. B.: «Una reelección sobre la posesión», *ADC* 1986, pp. 1035-1057.

obviamente, que a tal efecto, la posesión, más que por sí misma manifestativa, resulta serlo por su envoltura en el comportamiento del poseedor consistente en los que se consideran como actos de ejercicio de su derecho. No hay que seguir adelante en esta línea. La usucapación, de una parte, y la necesidad de la publicidad registral no obstante la existencia previa de la posesión, por otra, hablan a las claras de que el derecho real, íntegro en su esencia, puede existir conforme a ella sin ese elemento manifestador que los partidarios de la inscripción constitutiva quieren concretar en la inscripción registral para, así concretado, llevarlo a la entraña de su propio concepto definitorio.

Todo, pues, teoría e historia, conceptos y hechos, habla de un derecho real entre cuyas notas esenciales no se incluye su natural exteriorización manifestadora. También lo hace expresamente el Código Civil (art. 532, i. f.). ¿Habrá que seguir argumentando? Quizá se nos diga: es que, justamente, éste es el paso adelante que el Derecho moderno vendría a dar. Como el derecho real tiene vocación de oponibilidad *erga omnes*, y como la posesión no lo revela ni siempre ni inequívocamente, vamos a añadir ahora a su concepto el de la publicidad que artificialmente le proporciona su inscripción en el Registro de la Propiedad. La inscripción será así constitutiva. Sin ella, en poder inmediato en la cosa no llegará a ser derecho real.

Imposible convenir en este razonamiento que, partiendo de una clamorosa petición de principio, aboca además al absurdo de obligar a descomponer el concepto de derecho real, dentro incluso del particular sector de los derechos reales inmobiliarios. Parte el razonamiento de una petición de principio, porque, deseando para el derecho real una nota ajena a su esencia, hace supuesto de la cuestión para, a partir de la suposición, forzar a capricho el concepto esencial del derecho real. Es muy evidente que en buena lógica hay que proceder de otra forma: porque el derecho real no implica esencialmente corporeidad manifestadora –mucho menos ese remedio de la misma a que la opinión que criticamos reduce la publicidad registral–, su concepto y existencia no puede hacerse depender del dato de la inscripción. Pero, además, decíamos, aboca a la descomposición del concepto del derecho real: porque la inscripción constitutiva, allí donde se encuentra establecida o cuando doctrinalmente se la propugna, no se aplica al derecho real –inmobiliario– como tal, por el sólo hecho de serlo y para todas sus vicisitudes. Es sólo la adquisición negocial *inter vivos*, la sometida históricamente al sistema del título y el modo, la que ahora se sujeta al formalismo constitutivo de la inscripción regis-

tral³⁴⁴. El comentario a este punto corresponde a la crítica de la segunda de las razones anteriormente indicadas como sustentadoras de la bondad teórica de la inscripción constitutiva. En ella vamos a entrar inmediatamente. Antes tenemos que dejar formulada una pregunta, cuya respuesta, de puro evidente, no necesita tiempo ni declaración expresa: ¿varía la esencia del derecho real por la distinta manera de su adquisición? ¿Por qué, entonces, a veces se le puede adquirir y tener sin inscripción registral, y a veces, en cambio, dicha inscripción se entiende necesaria para poder adquirirlo y tenerlo?

La segunda de las razones sobre la que se asentaría la superioridad de la inscripción constitutiva es, según sus partidarios, que a través de ella se logra la armonía entre la realidad y el Registro de la Propiedad y, mediante ella, el pleno cumplimiento por el Registro de su función aseguradora del tráfico inmobiliario. La inscripción constitutiva corta de un tajo la posibilidad de derechos reales con existencia y vida extra-registral³⁴⁵.

Cuesta trabajo entender que esta idea, que como sugerión encandiladora se comprende que pudiera rondar la mente de quienes tuvieron que concebir y dar forma al régimen de la publicidad registral, o a quienes posteriormente lo cultivan y enjuician, haya llegado a obtener la consideración de proposición aceptada y expuesta como expresiva del funcionamiento real del Registro y de las ventajas resultantes del mismo. Consideradas las cosas con algún detenimiento, enseguida se advierte que la armonía entre la realidad y el Registro, inalcanzable en sí misma de modo absoluto³⁴⁶, desde

³⁴⁴ Como muestra de la doctrina que, entre nosotros, actualmente propugna la inscripción constitutiva, cfr. PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2204-2205: «El ámbito de la inscripción constitutiva ha de coincidir con el ámbito actual de la tradición respecto de los inmuebles [...]. Pero la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria [...]. Han de quedar por ello al margen de la inscripción, y desplegando por tanto eficacia real directa los títulos traslativos de carácter administrativo y judicial». Como escribió ROCA, «la inscripción debe ser constitutiva tratándose de adquisiciones o gravámenes derivados de negocio jurídico inter vivos, o sea, en los actos de tráfico jurídico, que son los que normalmente necesitan del complemento de la *traditio*. En los otros casos, es decir, en las adquisiciones hereditarias, o en virtud de la Ley (acepción y ocupación) o por decisión judicial o administrativa (sentencia, ejecución, expropiación forzosa), la inscripción del título correspondiente debe tener carácter meramente declarativo o exteriorizador». Le sigue VIDAL FRANCÉS, Pablo: «Inscripción y tradición. Inscripción constitutiva», *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1997, pp. 79-139.

³⁴⁵ Cfr. BAUR, Fritz: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13 Auflage, München, 1985, p. 167: «Erst Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Damit erreicht der Gesetzgeber –wie wir schon wiederholt sahen– daß wirkliche Rechtslage und Buchstand in aller Regel übereinstimmen».

³⁴⁶ STAUDINGER-GURSKY: § 891 Rz 2: «Die Verfasser des BGB haben sich insoweit klar gegen das sog Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung entscheiden, also gegen

luego no se obtiene por este corte traumático que tan artificial como groseramente introduce en la primera la inscripción constitutiva. Siendo ello así, como inmediatamente vamos a verlo, tampoco podrá sostenerse que por este expediente consiga cumplir el Registro la finalidad asegadora que se proponía.

La armonía entre la realidad y el Registro no se logra con la inscripción constitutiva. Esto es evidente, en primer lugar, porque allí donde ésta funciona, en los sistemas registrales que le dan acogida, siempre quedan, a pesar de ella, posibilidades abiertas a la inexactitud registral³⁴⁷, justificantes de que al tercero que va a lucrar las ventajas de la publicidad se le exija, como hace el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, la buena fe consistente en el desconocimiento de la divergencia que existe entre la realidad y lo que el Registro publica³⁴⁸, y determinante, sobre todo, del peculiar asiento de contradicción [*Widerspruch* (§ 892 BGB)] mediante el cual el interesado podrá defender su derecho contra lo que en sentido opuesto o distinto publique el Registro³⁴⁹. Pero, además, es evidente que la inscripción constitutiva no logra la armonía entre la realidad y el Registro porque ella misma no actúa respecto a la totalidad de las situaciones jurídico-inmobiliarias llamadas a figurar en el Registro de la Propiedad³⁵⁰. La inscripción constitutiva, como ya se ha advertido y resulta sobradamente conocido, actúa sólo en el

eine Ausgestaltung des Liegenschaftsrechts, bei der der Inhalt des Grundbuchs die dingliche Rechtslage unanfechtbar feststellt (vgl Mot III 153). Nach § 894 BGB kann vielmehr jederzeit geltend gemacht werden, daß das Gundbuch materiell unrichtig sei».

³⁴⁷ Cfr. WEIRICH: *op. cit.*, p. 182: «Zur Entstehung eines Rechts an einem Grundstück ist erforderlich, daß sich die Einigung und die Eintragung inhaltlich decken. Ist dies nicht der Fall, so tritt materiell keine Rechtsänderung ein, das Grundbuch wird mit der Eintragung unrichtig».

³⁴⁸ STAUDINGER-GURSKY: § 892 Rz 114: «Verkehrsschutz verdient nur der *redliche* rechtsgeschäftliche Erwerber. § 892 hat deshalb den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens von der subjektiven Voraussetzung der Redlichkeit abhängig gemacht. Dieses subjektive Regulativ wurde dabei jedoch –genauso wie das Erfordernis des guten Glaubens in § 932– negativ formuliert und damit zum Ausschlußgrund gemacht. Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens scheidet aus, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Erwerber im entscheidenden Zeitpunkt bekannt ist». *Vid.*, también WEIRICH: *op. cit.*, pp. 190-197.

³⁴⁹ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho inmobiliario alemán*, «Estudios...», I, cit., pp. 119-120: «Dentro de la categoría general de asientos preventivos, se dibuja con líneas precisas la *contradicción*, que, como hemos indicado, encuentra su fundamental justificación en la posibilidad de que las declaraciones registrales y la situación jurídica sean discordantes. Supuesto este conflicto, la ley se coloca de lado del verdadero titular (extrahipotecario) si el principio de publicidad no impone diversa solución [...]».

³⁵⁰ BAUR: *op. cit.* p. 123: «... schon die Beschränkung des zwingenden Eintragungsgrundsatzes auf *rechtsgeschäftliche* Rechtsänderungen bringt die Gefahr eines Auseinanderklaffens zwischen wahrer Rechtslage und Grundbuchstand mit sich»; WEIRICH: *op. cit.*, p. 180: «II. Die Ursachen der Unrichtigkeit. [...] Rechtsänderungen, die als gesetzliche Folge eines Rechtsvorgangs eintreten, werden wirksam ohne Eintragung im Grundbuch. Damit wird das Grunbuch unrichtig (nachträgliche Unrichtigkeit). Dies ist die wichtigste Gruppe».

campo de las adquisiciones negociales *inter vivos* antaño regidas por el sistema del título y el modo³⁵¹. Fuera quedan las demás, que, producidas sin intervención del Registro, sólo tienen que llegar a él por exigencias del trato sucesivo y de la legitimación registral: el titular que quiera disponer deberá tener inscrito su derecho³⁵².

La conclusión es muy clara: la inscripción constitutiva no puede aportar sus pretendidas ventajas en el sector donde no actúa; y en el que lo hace, no logra erradicar la posibilidad de la inexactitud registral. Además de ello, frustrada la virtud plenamente aseguradora que se le atribuía, lo que sí logra es descoyuntar el significado de la inscripción registral y romper la unidad de su genuina función. El principio de inscripción, propio de los sistemas que dan valor constitutivo a la toma de razón registral, se descompone admitiendo dos formas distintas de intensidad: con terminología utilizada en la doctrina suiza, el *principio absoluto de inscripción* hace referencia a la necesidad de la inscripción para que la mutación jurídico-real lleve a producirse; el *principio relativo de inscripción* abarca el campo donde la mutación se produce sin necesidad de inscripción registral, la cual, en tal caso, sólo tiene valor declarativo³⁵³.

A la vista de estos datos cuesta entender que se siga pensando en la superioridad del sistema de la inscripción constitutiva. El nuestro, dando a la inscripción valor publicador, no asume la meta imposible de la absoluta concordia entre la realidad y el Registro. A éste le basta con garantizar la seguridad de las adquisiciones e imposiciones de buena fe, tarea que, según su diseño, cumple a la perfección, salvando, de una parte, la unidad de significado y valor de la inscripción –igualmente publicadora en toda forma de transmisión-adquisición inmobiliaria³⁵⁴–, y sin involucrar ni confundir

³⁵¹ WEIRICH: *op. cit.*, pp. 38-39: «§ 873 BGB gilt nur für die Begründung, Übertragung, Belastung und Inhaltsänderung von Grundstückenrechten durch Rechtsgeschäfte. Eine Einigung ist nicht erforderlich, wenn die Rechtsänderung nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht, sonder kraft Gesetzes erfolgt: [...]. Eine Einigung nach § 873 BGB ist nicht erforderlich, wenn die Rechtsänderung durch einen Hoheitsakt erfolgt [...].»

³⁵² GBO § 39 (1): «Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen ist, als der Berechtigte eingetragen ist».

³⁵³ Sobre ello, en la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il en est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». Para la distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas en el Derecho alemán, *vid.*, e.c., WOLFF, en *Ennecerus-Kipp-Wolff*, III, 1, cit., pp. 177-178.

³⁵⁴ Cfr. ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861*, cit., pp. 603-604: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jurídicos

lo que en sí y lógicamente son realidades y momentos distintos: el de la existencia o adquisición del derecho y el de su publicidad registral. Véase si esto es técnicamente deficiente, y si, a su vista, quedan todavía razones para seguir considerando teóricamente superior el sistema de la inscripción constitutiva y anhelando su implantación en nuestro Derecho³⁵⁵.

Y así resuelta esta cuestión, queda por examinar la que anteriormente veíamos planteada y necesitada también de ser algo más detenida y profundamente reflexionada, a saber: si, al igual que ocurre en Francia, nuestra inscripción registral, aunque pretendida y presentada como simplemente declarativa, no vendría a funcionar en la realidad como constitutiva, tan pronto como se trate de calibrar la efectividad de su resultado en relación con los terceros: los genuinos destinatarios de la función protectora del Registro de la Propiedad. Hemos adelantado ya que tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en la explicación de los primeros hipotecaristas, señaladamente de Cárdenas, se encuentran a veces expresiones de marcada resonancia francesa³⁵⁶, que pueden prestarse a interpretaciones forzadas o erróneas y a alimentar la duda en la cuestión ahora propuesta³⁵⁷. Para entrar en ella y dejarla planteada en su

que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de transcendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte. [...] Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fue adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción constitutiva como tampoco la de tipo *obligatoria o forzosa*» (cva. del a.).

³⁵⁵ A la imposición de la inscripción constitutiva se refiere DÍEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 425, como «objetivo siempre deseado y siempre inalcanzado». Quizá la más significativa excepción en este punto sea ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario...*, I, cit., pp. 247-248: «La tendencia que propugna por la inscripción constitutiva en todo caso, es deleznable, sencillamente porque hay adquisiciones o mutaciones jurídico-reales, más o menos derivadas directamente de la ley, en que la fórmula pretendida sería absurda, tales como la ocupación, la accesión, la sucesión hereditaria y otras análogas. Por tanto hay que excluir de plano esta amplia dirección [...]»; también, CARRETERO, quien en *Retornos...*, II, cit., p. 137, califica la solución de la inscripción constitutiva como «más simplista y tosca» frente a la de la inscripción obligatoria, que considera «fruta madura, a digerir sin ningún trastorno», y DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., p. 14: «[...] dar valor a los pronunciamientos del Registro incluidos “inter partes”, son exageraciones a todas luces improcedentes, en pugna con nuestra tradición jurídica y nuestros hábitos contractuales».

³⁵⁶ Además de otros textos ya vistos de CÁRDENAS, puede traerse aquí a colación el siguiente, tomado de *Memoria histórica...*, cit., RGLJ 1871 (38), p. 147: «La primera de las bases concordadas fue, pues, la inscripción obligatoria en el registro público de todos los derechos que se adquirieran, transmitieran, extinguieran o modificaran sobre bienes inmuebles o derechos reales, por ser éste el único modo de realizar la publicidad necesaria de los mismos derechos. No se determinaba la sanción de este precepto; más bien podía inferirse de la circunstancia de ser indispensable la inscripción para atribuir carácter *real* al derecho, que su falta debería privar al mismo derecho de este carácter, al menos entre el adquirente y aquellos a quienes pudiera afectar, sin haber concurrido al acto inscribible»; o este otro de LUZURIAGA, en *Concordancias...*, cit., p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles [...]».

³⁵⁷ Algo de esto ocurre, a nuestro juicio, en PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2194-2195: «[...] si leyéramos la Exposición de Motivos sin conocer el contenido de la Ley, pensaría-

mayor crudeza, baste reproducir las siguientes palabras de la Exposición de Motivos³⁵⁸:

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

¿No parecen consagrarse para nuestro Derecho estas palabras el carácter constitutivo *quoad tertios*, «de hecho», de la inscripción registral³⁵⁹ y la atormentada y contradictoria figura de la propiedad

mos que había adoptado ese sistema de publicidad [se refiere al “sistema absoluto de publicidad”, que, al parecer, identifica con el de la inscripción constitutiva] en su articulado [...]. También induce a error otra afirmación de la Exposición de Motivos, en que se pone de manifiesto el propósito de sustituir la tradición por la inscripción [...]. Por tanto, aunque la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pone de manifiesto, por un lado, que es necesaria la inscripción para que los derechos reales inmobiliarios afecten a tercero, y por otro, que la inscripción completa por sí sola al título para producir los cambios reales, lo cierto es que ni una cosa ni la otra se introducen en nuestro sistema jurídico: caben derechos reales ocultos con eficacia frente a terceros, y es necesaria la tradición para poder inscribir en el Registro».

³⁵⁸ E. M., p. 237. Es significativo que un tan fiel intérprete de nuestro sistema registral como LACRUZ, admita, en *Inscripción y tradición*, RCDI 1957, p. 2, que tales palabras se prestan a interpretaciones diversas.

³⁵⁹ Así hemos visto que lo entendía PAU PEDRÓN en el lugar antes citado, al que ahora podemos añadir este otro (p. 2196): «La función de la publicidad registral en el Derecho vigente es por tanto [...] no constitutiva, sino declarativa. Declarativa no quiere decir sólo –como muchas veces se afirma– que la publicidad registral se limita a dar a conocer a la comunidad, o a la generalidad de las personas, un derecho real ya constituido por el sistema tradicional del título seguido de tradición, sino que determina también la existencia misma del derecho respecto de terceros». Anteriormente, e. c., HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 65: «En suma, por la simple convención se adquiere el derecho personal o a la cosa, *jus ad rem*; el dominio o derecho real, *jus in re*, se trasmite por la entrega o quasi entrega, pero sólo con relación al cedente; y por el registro del título de adquisición se constituye definitivamente y completamente para todos la propiedad, o los derechos impuestos sobre ella, desde la fecha de la inscripción»; MORELL: *op. cit.*, p. 140: «Sabemos que el Registro, y en él la inscripción, realiza un fin más importante: dar vida a todas las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles, marcar el momento de la adquisición de los derechos reales, realizar la verdadera transmisión de la propiedad [...]»; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de inscripción*, «Estudios...» I, cit., p. 375: «Pero nos basta en el actual momento con dar una fórmula general que oriente al lector. La inscripción completa o declara la existencia y características de una situación jurídica de naturaleza real o asimilable, cuyo objeto mediato es una finca. Es, por lo tanto, un asiento necesario, mas no suficiente por sí solo, para la perfecta (total) adquisición, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles»; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., p. 290: «Nosotros afirmamos que la inscripción en nuestro régimen hipotecario no sólo tiene valor constitutivo en

relativa³⁶⁰? Nosotros creemos que no, y nos fundamos para mantenerlo en las explicaciones de Gómez de la Serna. Hemos indicado ya varias veces que, como es fácilmente comprensible, su terminología acusa la influencia francesa, pero que su pensamiento, con autonomía y personalidad propia, responde fielmente a la peculiar inspiración del sistema registral fundado por nuestra Ley Hipotecaria. Dos lugares de su obra nos van a permitir comprobarlo.

En el comentario al artículo 20 de la Ley, y justificando la necesidad de la previa inscripción, tendrá que salir Gómez de la Serna³⁶¹ al paso de la interpretación que aquí venimos combatiendo, que, a lo que se ve, había sido ya mantenida en los primeros momentos, favorecida, sin duda, por el afrancesamiento conceptual y terminológico en que se desenvolvió la construcción e interpretación de nuestro sistema. Estas son sus palabras:

No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever y evitar...

El texto es claro y suficientemente expresivo a nuestro propósito: no es que el derecho no inscrito no exista; es solamente que sin inscripción no puede perjudicar a tercero. Y termina el párrafo por ser definitivamente iluminador cuando añade que ese simplemente denominado «tercero» es el «adquirente de buena fe». Es que, como en otro lugar dirá De la Serna³⁶², «no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe». El no perjudicar a tercero no es, pues, la expresión de una especie de inanidad del derecho no inscrito –equivalente de hecho a su inexistencia– que absolutamente

los derechos de hipoteca, arrendamiento y opción, sino que lo tiene siempre en cuanto a tercero en la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

³⁶⁰ Consecuencia inevitable de la concepción que interpreta a la inscripción registral como constitutiva *quoad tertios*, que puede verse implicada en su misma expresión en el texto de Hernández de Ariza citado en la nota anterior, y que ha venido atormentando especialmente a la doctrina italiana. Con cierto afán de originalidad intentó fundamentarla FUNAIOLI: *La c. d. Proprietà relativa*, Riv. Dir. Comm. 1950, pp. 287-300, obteniendo inmediata réplica de CARNELUTTI: *Occhio ai concetti!*, Riv. Dir. Comm. 1950, p. 450-452. Dice, concretamente, en p. 452: «E il rischio è, questa volta, che chi deve imparare il diritto finisca per credere che vi sia, accanto a una proprietà assoluta una proprietà relativa, ch'è, come ognuno intende, rischio grave assai. Dove si vede quanto gioverebbe anche ai civilisti... una cura rocostitutiva di teoria generale».

³⁶¹ SERNA: *op. cit.*, p. 548.

³⁶² SERNA: *op. cit.*, p. 634.

se dé respecto de todo tercero por el solo hecho de serlo. Sin inscripción, el derecho puede existir y valer frente a todo tercero que, por conocerlo, no pueda ser considerado a tal efecto tercero de buena fe.

El segundo lugar en que Gómez de la Serna ilumina sobre el verdadero alcance de la inscripción registral se encuentra en el comentario al originario artículo 23 de la Ley (hoy 32, como es sabido), y por encima de su literalidad –también a través de ella– consiste en la explicación que propone a la protección registral del tercero. Obtiene esta explicación su más pleno valor esclarecedor cuando se la compara con la que en Francia proponía Troplong. Estamos ante la doble venta y en la protección dispensada por el Registro al comprador que inscribe contra el que deja de hacerlo. Para Troplong dicha protección no era sino el resultado de que, tratándose de terceros, deja de actuar el sistema de transmisión contractual *solo consensu*, dando paso al instaurado en la Ley de Transcripción. En razón de ello, mientras no haya un comprador que inscriba, el vendedor conserva la propiedad de la cosa que, derivativamente de él, como dueño que sigue siendo, adquiere por la transcripción el comprador que primero lleva la operación al Registro³⁶³. Las cosas son muy distintas para Gómez de la Serna: el vendedor perdió la propiedad de la cosa vendida cuando por primera vez la vendió, y el tercero que, habiéndola comprado después al mismo vendedor, resulta legalmente protegido en su adquisición por haberla inscrito, la adquiere *a non domino*.

Desde que el enajenante en virtud del contrato que celebra tras-pasa la finca a otro, poniéndole en posesión de ella –dice Gómez de la Serna³⁶⁴– *éste adquiere su dominio y aquel que ha perdido el que tenía, no puede hacer segunda enajenación a favor de un tercero: separarse de esta línea de conducta es faltar a la buena fe, es cometer un estelionato, una estafa para emplear la denominación que a este delito contra la propiedad da el Código penal ...*

Establecido el principio, sólo queda aplicarlo al caso cuya solución decide la protección registral del primero que inscribe:

³⁶³ Cfr. el texto ya visto de TROPLONG: *op. cit.*, p. 355: «Il est vrai qu'elle protége un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contre celui qui a acheté *a non domino*. Mais dela n'a rien de contraire à la règle que nous possions ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*». Significativamente, comparte esta misma explicación, en nuestra doctrina, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «[...] el comprador, en el caso de doble venta no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* –no se ha producido una transmisión de dominio anterior, sino sólo un contrato de compraventa anterior–».

³⁶⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 566.

La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro³⁶⁵.

Y algo más adelante, a propósito del antiguo supuesto romano de la acción publiciana:

No habrá pues necesidad de buscarse la entrega o la posesión para calificar quién es aquel que por falta del dominio que creyó adquirir y no adquirió a causa de no tenerlo el enajenante, debe ser protegido [...] sino que sólo habrá de estarse al Registro, y la inscripción será la que decida. No se hace en esta caso más que aplicar a la posesión de buena fe que tiene el que ha adquirido la cosa del que creía que era dueño, la misma regla que se aplica al dominio cuando la cosa está traspasada por el que lo tiene en realidad³⁶⁶.

En todos los textos, una idea común: la adquisición legalmente decidida a favor del comprador que inscribe contra el anterior que no lo hace, no se explica como una adquisición derivativa *a dominio* porque hasta el momento de la inscripción el vendedor conserve su derecho. Si así ocurriera, la inscripción funcionaría en la realidad como si fuera constitutiva, aunque no se la califique de ese modo, ya que sólo por ella y a partir de ella, pasaría del vendedor al comprador la propiedad de la cosa transmitida. No siendo así, justificada la adquisición registral como *a non dominio*, es muy claro que la inscripción será elemento determinante del favor dispensado por la ley al comprador que inscribe; pero es también evidente que sin necesidad de dicha inscripción, y con anterioridad a ella, se entiende perdido por el vendedor su derecho, lo que obviamente implica que de él derivó –es verdad que de forma que por otra razón no resulta definitivamente eficaz– al anterior comprador que no lo inscribió.

En razón de lo indicado, y para dejar clara e inequívocamente expresado el valor atribuido a la inscripción registral en nuestro Derecho, y, simultáneamente, el sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales en él establecido, procede fijar a modo de conclusiones las siguientes afirmaciones:

³⁶⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 568.

³⁶⁶ SERNA: *op. cit.*, p. 570.

1.^º Que cuando se dice, como lo hacía la Exposición de Motivos de 1861, que «para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro», tal expresión, concretamente al referirse a «un tercero» –o a «los terceros», como más generalmente se hace–, no debe entenderse de forma absoluta, como comprensiva necesariamente de todo tercero y justificada objetivamente en la condición de tal revestida por el beneficiario de la acción protectora del Registro³⁶⁷. El sistema obliga a sobreentender que tal tercero, aunque se hable con mayor generalidad omitiendo una distinción que el propio sistema obliga a introducir, es sólo el tercero de buena fe; esto es: el que no pudiendo obtener del Registro noticia del derecho de que en concreto se trate, tampoco extra-registralmente tenga conocimiento del mismo. A un tal tercero, el derecho no inscrito, pero para él conocido, no puede dejar de perjudicarle.

2.^º Que ocurriendo ello así, resulta ya muy patente que, en nuestro Derecho, no es que la inscripción atribuya positivamente al derecho inscrito, o simplemente inscribible, una absolutividad u oponibilidad *erga omnes* de la que sin ella necesariamente hubiera de carecer. Se trata, mucho más llanamente, de que la finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario, es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea, pueda sorprender perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de negligencia, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad. Como con encomiable precisión y exactitud se ha destacado en alguna doctrina extranjera³⁶⁸, hay que soste-

³⁶⁷ Así, sin los necesarios matices, se la encuentra en HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 59, a propósito de la obligatoriedad o voluntariedad de la inscripción: «[...] se declara que los títulos, careciendo de inscripción, no pueden admitirse en los Tribunales, ni pueden oponerse a tercero, es decir, que son nulos para perjudicar a toda persona que no haya intervenido en su otorgamiento [...].» La misma Exposición de Motivos de 1861, en texto invocado en el mismo contexto por GÓMEZ DE LA SERNA –*op. cit.*, p. 248– había matizado mucho más las consecuencias de la omisión de la inscripción: «En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término, dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero, necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente».

³⁶⁸ En la francesa, recientemente, LEVIS, Marc: *L'opposabilité du droit réel*, Paris 1989, pp., esp., 186-187: «Ainsi, ce n'est pas la publication qui apparaît comme un élément nécessaire, voire constitutif, de l'opposabilité au tiers: c'est l'inopposabilité qui apparaît comme la sanction du défaut de publicité» (sub. del a); 206: «Ce n'est qu'apparence si l'opposabilité du droit semble renforcée par la publication –il suffit de dire que, du fait de cette précaution, elle n'est pas diminuée». En la italiana, NATUCCI, A.: *La tipicità dei diritti reali*, 2.^a ed. Padova 1988, pp. 138-142, esp., p. 142: «La trascrizione non serve dunque ad attribuire l'opponibilità ai diritti reali, che è loro caratteristica intrinseca [...].» La nitidez de esta distinción queda fuera de la perspectiva de la obra de RAGEL SÁNCHEZ: *Protección del*

ner en la nuestra que la inscripción registral no da al derecho real una oponibilidad de la que él no disponga por sí mismo antes de ella. Bien comprendidas las cosas, se verá que es al contrario: la omisión de la inscripción impide al derecho real funcionar desplegando su natural absolutividad frente a quienes actuaron desconociendo, registral y extra-registralmente, su existencia.

3.^º Implica todo lo dicho que en nuestro sistema, los derechos reales se constituyen, transmiten y adquieren de acuerdo con los mecanismos legalmente previstos al efecto (art. 609 CC), sin interferencia alguna del Registro ni de la inscripción registral. Propio de aquellos mecanismos es producir la mutación jurídico-real; propio del Registro y de la inscripción, publicarla.

4.^º Cuando en nuestra doctrina y para nuestro Derecho se habla de que alguien, según haya inscrito u omitido la inscripción, es propietario «respecto a todos» o sólo «en relación con el vendedor», se incurre más que en una grosera simplificación, excusable como forma pedagógica aunque impropias de describir el resultado efectual de la práctica o de la omisión de la inscripción, se incurre, decíamos, en un grave error: el que admite la posibilidad de un derecho real sin absolutividad u oponibilidad *erga omnes* –la ya aludida propiedad relativa–, y el que considera esta oponibilidad atributo llegado extrínsecamente al derecho real por obra de la inscripción registral en vez de manifestación y consecuencia necesaria de su intrínseca absolutividad.

Sin embargo, siendo todo lo anterior tan claro –al menos a nuestro juicio–, y encontrando en nuestras fuentes una fundamentación tan sólida que con su apoyo hemos podido formularlo como conclusiones en los cuatro puntos que acabamos de exponer, tenemos que reconocer inmediatamente que, en el planteamiento doctrinal más extendido, la materia aquí expuesta suele considerarse confusa y problemática, cargada de una dificultad que arrancaría nada menos que de lo más básico y central del dato legal que la gobierna: el establecimiento del sistema del título y el modo y, simultáneamente, la instauración de la publicidad registral y la determinación de los efectos de la inscripción y las consecuencias de su omisión. De esta forma, ha tomado cuerpo en la obra de los autores el problema de la relación entre tradición o entrega e inscripción registral, considerado alguna vez como «el más absorbente motivo de

tercer frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad, Valencia 1994, al centrarse en ella la inoponibilidad en los actos jurídicos, más que en las situaciones o derechos derivados de ellos (pp. 14-17), y relativizarse la diferencia entre los derechos personales y los derechos reales «en cuanto a su eficacia indirecta» (pp. 156-164).

preocupación para los hipotecaristas»³⁶⁹. Desde luego, no puede negarse que en nuestra doctrina están extendidas las ideas de que el sistema del título y el modo no encajan con un régimen moderno y efectivo de publicidad registral³⁷⁰, que resultaría inútil un sistema de publicidad registral en el que la inscripción no pasara a desempeñar el papel asignado a la tradición en la teoría del título y el modo³⁷¹; y que, en la pugna entre esta teoría y el régimen de la publicidad, aquella —que llevaba de antemano las de perder, como lo arcaico o anticuado pierde ante la novedad que viene a superar-

³⁶⁹ Así arranca la *Revisión de ideas III*, (RCDI, 1950, p. 239) de URIARTE BERASÁTEGUI, planteando el problema de la tradición en el sistema inmobiliario español. En igual sentido, HERMIDA LINARES, M.: *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*, RCDI, 1961, pp. 1401-1507; he aquí el preámbulo de su trabajo (pp. 1401-1402): «La relación que guardan entre sí la tradición y la inscripción en el Registro, es, sin duda, uno de los problemas más difíciles de nuestro Derecho civil y el más importante del Derecho hipotecario. Claramente los vio don Jerónimo González cuando dijo, en 1943, en la Academia Matritense del Notariado, que todavía no se ha puesto de relieve en el campo inmobiliario las relaciones entre sí de las dos leyes fundamentales, el Código civil y la Ley Hipotecaria, e ignoramos hasta qué punto se influyen, recíprocamente, tradición, posesión e inscripción».

³⁷⁰ Así lo sostienen, entre otros, DE LA RICA y ARENAL: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 626, 632-633, 637; concretamente, en este último lugar: «Todo esto nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el derecho real sobre las fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobre la tradición»; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit. (7.^a ed.), p. 247: «Están en lo cierto quienes muestran su disconformidad con la persistencia de la teoría del título y el modo, no en su juego causal, sino en lo que se refiere al modo o tradición, y postulan por su eliminación, sustitución, etc.». GARCÍA GARCÍA, que no admite la contraposición entre título y modo y publicidad registral, admite —*op. cit.* p. 639— que «aparecen [...] en paralelismo contrapuesto —de forma que parece imposible que vayan a juntarse las dos vías, la tradición posesoria, como medio rudimentario e impreciso de publicidad de los derechos reales, y la inscripción, como medio técnico de publicidad y de cognoscibilidad general *erga omnes*» (cva. del a.).

³⁷¹ CASSO: *op. cit.*, p. 65: «[...] es lo cierto que el “sistema” [...] de la nueva Ley fue un híbrido anticientífico, que, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y la especialidad germánicas, rechazaba la necesidad de la inscripción para la *eficacia* de los derechos reales, introduciendo ese confusionismo perturbador que aleja del Registro y hace todavía casi inútil su existencia»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 136: «Sólo en España hay un Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material, hecho fáctico, equívoco, casi siempre imposible, que pertenece al terciario de la publicidad y sólo valió en los círculos sociales mínimos y cerrados al exterior, cual el villorrio medieval»; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., p. 2193: «El único ordenamiento europeo que mantiene la tradición como forma exclusiva de cumplimiento del modo, y que establece a la vez la inscripción registral voluntaria, es el español. De estas particularidades de nuestro sistema derivan dos consecuencias fundamentales: 1. Que se exija el cumplimiento de un tipo de publicidad inoperante —la tradición— antes de llevarse a cabo el tipo de publicidad eficaz —la inscripción registral—. 2. Que el tipo eficaz de publicidad —la inscripción registral— despliegue una utilidad social reducida, al verse afectada por dos graves perturbaciones derivadas de la voluntariedad —o, más exactamente, de que no se le atribuya a la inscripción la función que le corresponde—: la falta de inmatriculación y la interrupción del trácto».

lo³⁷²— ha terminado por resultar efectiva y definitivamente desbanizada por éste³⁷³.

Sin llegar siempre tan lejos, lo que sí se ha mantenido con mucha frecuencia, y también con diversidad de matices³⁷⁴, es que, en su propio sector, el Registro de la Propiedad, como Registro de títulos, se desentiende del modo: la tradición o entrega³⁷⁵, y, sin necesidad de atender a él, asumiendo la inscripción su significado y función,

³⁷² VILLARES PICÓ: *La inscripción...*, cit., p. 315: «[...] habiendo inscripción no hace falta tradición, que es una institución arcaica que tuvo su origen y razón de ser cuando no había otros medios de publicidad en las transmisiones de la propiedad [...]»; DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 634: «Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antiguallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puros sutiles!»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 136-137: «Sólo podemos salir de este callejón olvidándonos de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo 1.^º del 1462 del Código en materia de inmuebles y centrando el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (606 del Código) en el capítulo del Derecho comparado dedicado al principio de inscripción y de inoponibilidad superadores de la *traditio* [...]».

³⁷³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Desde la teoría del título y el modo al llamado «principio del consentimiento»*, «Estudios...», I, cit., p. 320: «Pero hay más. Frente a esta técnica inservible y deficiente [se refiere a la del título y el modo], se había levantado ya en el articulado de nuestra ley Hipotecaria la bandera del *consentimiento*, y el negocio jurídico de transferencia aparece en nuestro Derecho anclado sobre el acuerdo del transmítente y del adquirente».

³⁷⁴ Vid. para tales matices y para su justificación por los distintos autores, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 222-230; HERMIDA LINARES, M.: *La tradición y la inscripción...*, cit., pp. 1402-1431; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 639-667.

³⁷⁵ Aunque extrayendo de ella consecuencias diferentes, coinciden en esta afirmación autores como SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, cit., pp. 251-252: «En primer lugar es preciso recordar que nuestras leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil. En segundo término, es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.^º y 2.^º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas»; DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., pp. 635-636: «Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria [...] desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente. [...] Nuestro Registro, como ha sostenido recientemente el admirado Núñez Lagos, no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos. Es un Registro de títulos, sí; pero no un Registro de *títulos y modos*. Desde la primitiva Ley Hipotecaria hasta la vigente de 1946, o sea antes y después del Código, lo que se sujeta a inscripción son los títulos traslativos o declarativos del dominio o de los derechos reales, los títulos de constitución, reconocimiento, modificación o extinción de tales derechos, los actos y contratos de adjudicación de inmuebles... Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición»; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), p. 94: «Nuestro Registro no recibe derechos puros, sino los actos que los crean, modifican o extinguén, o, mejor dicho, que sirven de título para ello [...]. En tal sentido es exacto calificar al nuestro de *Registro de actos o de títulos* (título, en la terminología del art. 2 LH, equivale a *acto o contrato*)»; Id., p. 97: «El Registro español recibe, ciertamente, *títulos* en sentido material; la compraventa; la donación; el testamento, etc., y de esta forma, lo que en él se inscribe es, en cada cambio real, el *título*, pero no el *modo* que lo perfecciona en ocasiones. El Registro no se ocupa de este requisito; ni exige su cumplimiento, ni lo sustituye por la inscripción, ni lo constata».

actúa decisivamente en materia de mutaciones jurídico-inmobiliarias desplazando o completando el viejo sistema que el artículo 609 del Código Civil continúa proclamando vigente en su prístina generalidad y amplitud³⁷⁶. Si esto pudiera concederse no habría más remedio que concluir concediendo valor constitutivo a la inscripción en su propio campo³⁷⁷, y entender que en materia inmobiliaria el tradicional sistema del título y el modo no sería más que un meca-

³⁷⁶ VILLARES PICÓ: *op. cit.*, pp. 312-313: «[...] la inscripción dará fuerza preferente respecto de tercero a los actos y contratos que no sean nulos, por cuanto actúa como condición o modo de adquirir para dar eficacia preferida a la adquisición frente a los terceros que no inscriban. Es decir, que el artículo 32 establece un modo de adquirir de más valor que la tradición. La adquisición contractual requiere en nuestro régimen título y modo; dos elementos que tienen que ser válidos con arreglo a las leyes para que haya adquisición; la inscripción es el modo y el título es el acto o contrato [...].» DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 642: «La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria. [...] La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito»; RAMOS FOLQUÉS: «La tradición y el modo», en CNRP, «Curso de Conferencias de 1951», Madrid 1951, pp. 39-40, comentando las palabras de la E. M. de 1861: «Este tercer apartado apunta con toda precisión la existencia de dos categorías del modo de adquirir: una para los terceros, esto es, para la convivencia jurídica, revestido de la eficacia *erga omnes*; este modo es la inscripción. Según la terminología del legislador de la época, a partir del momento o requisito cumplido de la inscripción, la propiedad se reputa traspasada *erga omnes*; antes no. Es decir, que mientras no haya inscripción, la propiedad de las cosas sólo se entenderá traspasada respecto de las partes, y esto, a tenor de las normas tradicionales del Derecho civil. [...] Este párrafo [...] pone más de relieve que el supuesto a que alude no es de dobles propietarios, sino el de doble modo de adquirir en cuanto a sus efectos, declarando sustancialmente que la tradición es un modo *inter partes*, y la inscripción e inmatriculación el modo *erga omnes*»; HERMIDA LINARES: *La tradición...*, cit., p. 1503: «Esos efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son los efectos *erga omnes* propios de la adquisición del derecho real, pero incomparablemente más eficaces que en la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. Y no es posible que un derecho real que no existe produzca unos efectos *erga omnes* tan eficaces que dejen sin efecto la adquisición del derecho real hecha por tradición. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior».

³⁷⁷ Se niega a reconocerlo DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 638: «Mas no es necesario descentrar las cosas, sacándolas de quicio, ni asimilar la inscripción a un modo de adquirir, ni hacerla constitutiva. Basta diferenciar la propiedad inscrita de la no inscrita; y, dentro de aquella, las relaciones *inter partes* de las relaciones respecto a tercero». Nosotros compartimos el criterio de LACRUZ: *Inscripción y tradición*, RCDI 1957, p. 16: «La tesis que defiendo aquí, y a la que se habían referido ya anteriormente algunos autores (Sanz Fernández, entre otros), llega al mismo resultado que la que podríamos llamar hipotecarista, si bien por caminos muy diferentes. Pues en las dos se llega a prescindir del desplazamiento posesorio en la transmisión de inmuebles, pero en ésta sustituyéndolo por la inscripción, que adquiere carácter constitutivo, y en aquella, admitiendo que puede existir tradición sin traspaso posesorio, a efectos del artículo 609; con ello sigue la inscripción reducida a su papel meramente declarativo, puesto que, como he dicho, al practicarse a virtud de la presentación de instrumentos públicos, no se llevará al Registro más instrumento sin tradición que aquel en que se exprese la voluntad de que ésta no tenga lugar, y entonces será *per se* ininscribible».

nismo subsidiario, al que sólo se podría acudir en defecto de inscripción registral.

Es verdad que, aunque extendido, este tipo de planteamientos siempre ha encontrado alguna forma de protesta en nuestros autores³⁷⁸. De todas formas, y a la vista de los hechos, habrá que conceder que la compatibilidad entre la instauración del Registro de la Propiedad y el mantenimiento del anterior sistema del título y el modo suscita problemas, al menos a primera vista. El debate entre Azcárate y Gamazo en la discusión parlamentaria del Código Civil, a más de veinticinco años de la publicación de la Ley Hipotecaria, es –aunque todavía, se podría decir– una de sus más tempranas manifestaciones. Aunque la cita sea larga, merece la pena desempolvarla y rescatar del olvido las razones que entonces se esgrimieron a favor y en contra de la unidad y coherencia de nuestro sistema legal. No abundan hoy, menos en materias tan técnicas, piezas parlamentarias de tanto valor material y de forma.

Tras la lectura de los artículos 609, 1462 a 1464, y 1095, protrumpe apasionadamente Azcárate³⁷⁹:

«Señores, este es un verdadero galimatías; y prueba el modo como se ha hecho el Código, que este artículo último que he leído está tomado, si no me equivoco, del Código argentino, en el cual está muy en su lugar, porque una de las singularidades de aquel Código es que no admite el Registro de la propiedad. Pero, señores, habiendo hoy el régimen hipotecario, ¿se puede decir que la propiedad se transmite por la tradición? ¿Pues no conocéis que sólo por estar inscrita en el Registro se transmite? Pues entonces, ¿a qué este formalismo, que tiene su razón de ser en el Derecho romano, pero no dentro de nuestro régimen hipotecario? Quizás esté yo ofuscado, porque veo que el Sr. Gamazo hace signos de sorpresa al oír mis observaciones; es posible que lo esté, y S.S. lo aclarará; pero encuentro que los términos de este problema son muy sencillos.

Había una doctrina universalmente admitida, que era la romana: del título y del modo de adquirir; título era, por ejemplo, la venta; y modo era la tradición; tradición que era esencial, no por las razones que han dado ciertos escritores, al suponerla unos producto de una concepción espiritualista, y otros, de una concepción

³⁷⁸ Cfr., e. c., como defensores de la compatibilidad entre el sistema del título y el modo y el de la publicidad registral, aunque puedan discrepar en la concreta forma de interpretar su mutua articulación, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 219-230; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 247-262; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), pp. 140-145; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 669-671; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pp. 799-802.

³⁷⁹ Cfr. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, Madrid 1989, II, pp. 1674-1675 (Congreso 6 de abril de 1889).

materialista, sino porque la tradición era la forma que había sustituido a la “mancipatio”.

Viene el Código Napoleón, y sienta el principio de que la propiedad se transmite por virtud de las obligaciones, sin que sea precisa la tradición, y más tarde, el valor dado a la inscripción en el Registro de la propiedad sustituye a ambos principios, o se combina con ellos, según los países.

Pues qué, ¿puede ofrecer dudas que mediante el contrato, y sin que intervenga la tradición, se transmite entre nosotros la propiedad? De otro modo, ¿no dice el Código que para el caso basta el otorgamiento de la escritura? ¿No adjudica el Código la propiedad, en uno de los casos del artículo 1473, a quien presente título de fecha más antigua, sin tradición? ¿No dice, como no podía ser menos, en ese mismo artículo, que la propiedad del inmueble pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro? ¿Cómo se armonizan todas estas prescripciones con la declaración extraña que se hace en el artículo 609 al decir que la propiedad se adquiere y transmite por consecuencia de ciertos contratos, “mediante la tradición”? Cuando contestéis a estas preguntas, veré si debo insistir en ellas o rectificar lo que acaso sea un error por mi parte; porque repito que recelo estar ofuscado, cuando persona tan perita e ilustrada como el Sr. Gamazo recibe con cierta extrañeza estas observaciones.»

Y esta es, mucho más serena y fundamentada, la contestación de Gamazo³⁸⁰:

«... Pero donde verdaderamente encontraba a S.S. poseído de una pasión inexplicable, dado el criterio sereno y seguro de S.S., fue en el punto de la tradición.

El Código, Sres. Diputados, respetando una de las bases de la ley de 1888, tenía que desenvolver esta doctrina: las convenciones crean el título; el derecho real no se adquiere más que por la tradición. A esto estaba comprometida la Comisión de Códigos. Yo, en realidad, no necesitaría defender la base; no fue en su tiempo discutida, y no tendría para qué defenderla; pero estoy de tal suerte conforme con ella, constituye uno de los dogmas, a mi juicio tan inexcusable del derecho privado, que no renuncio a oponer a las doctrinas del Sr. Azcárate algunas leves consideraciones sobre este particular.

El proyecto de 1851 había seguido fidelísimamente a su modelo el Código francés, que había declarado sobre esto que el dominio se transfería por la simple convención, y otros Códigos

³⁸⁰ *Ib.*, pp. 1705-1706 (Congreso 10 de abril de 1889).

de Europa y de América copiaron también lo que se consignaba en el Código francés.

Pero ¿era verdad, Sres. Diputados, que el Código de Napoleón desenvolviese con lógica la doctrina de que el dominio se transfiere por la mera convención? No lo era de ningún modo; y quien quiera que haya meditado y estudiado sobre el texto del Código de Napoleón, habrá encontrado tres excepciones, pero sobre todo dos, que explican perfectamente por qué los autores del Código pudieron decir aquello sin apercibirse de las consecuencias que pudiera traer. Hay dos artículos del Código de Napoleón, que, no obstante ese principio, declaran que para que se pueda transferir un derecho real en aquellos casos en que la finca transmitida está sujeta a condiciones de reversión o sea susceptible de hipoteca, se necesita la publicidad. Lo dice en dos casos, y también en el título de la prelación de créditos. ¿Por qué? Porque el consignar en el Código de Napoleón ese principio a que he aludido, fue una verdadera enormidad, y los más ilustres escritores franceses lo han condenado severamente.

¿Cómo, Sres. Diputados, un derecho real tan esencial como el dominio, el que tiene menos carácter de personal, el que se impone a todos, conózcanlo o no lo conozcan, el que demanda el respeto de todos, notificado o no notificado, se puede transferir secretamente sin que la sociedad se aperciba, y por esta transferencia crear un delito público como el hurto, como la detención, como la usurpación, y hasta la estafa? Esto no puede ser. Se concibe la perfección de los derechos civiles por puro consentimiento cuando no engendran otras relaciones que las personales; pero cuando las relaciones nacidas del consentimiento de dos personas obligan a todos y crean ese derecho absoluto, real y típico que se llama dominio, es menester la formalidad de la publicación; de tal suerte que yo espero que en el desenvolvimiento racional de esta doctrina se llegará al Registro de la propiedad mueble (como se ha llegado al Registro de la propiedad inmueble), a medida que lo exija la necesidad de garantir la riqueza pública mobiliaria, cada día más importante, representada por los valores del Estado, de crédito, y demás signos o manifestaciones que esa riqueza tiene.

Así es, Sres. Diputados, que desde que se publicó el Código Napoleón, principió la sorpresa; y el mismo Toullie que lo defendía, lo hizo tan sobriamente, con tal tibieza, que no necesitó hacer grandes esfuerzos para rebatir sus argumentos el ilustre Troplong.

Era, por tanto, una exigencia de los principios de derecho y de justicia el que se declarase que la transmisión de la propiedad constituía un acto diferente de la convención, y que se necesitaba otra cosa: ¿qué era lo que podía exigirse? Faltando un Registro de la propiedad mobiliaria, siendo difícil la constitución de este Registro, no estando todavía nuestro país connatu-

ralizado con las instituciones creadas por la legislación hipotecaria, cuyos artículos para una gran parte de España están incumplidos, no obstante lo cual el Sr. Azcárate no ha tenido, y con razón, protesta ninguna contra esa Ley, ¿qué menos podía exigirse que una forma exterior, una forma solemne, alguna demostración de que había dejado de pertenecer la propiedad al transmitente y empezaba a pertenecer al adquirente? Pues no hemos encontrado en el Derecho una institución mejor para este fin que la tradición. Lo que hay es que en mi opinión, y salvo el respeto con que debo oír estas cosas a una persona tan ilustrada y sabia como el Sr. Azcárate, de quien aprendo y de quien no puedo tener la pretensión de ser contradictor, lo que hay es que S.S. ha entendido por tradición una cosa que en mi concepto no lo es.

La tradición no es la entrega; la tradición es y ha sido en todo el curso del Derecho el acto de poner a la disposición, de colocar bajo la disponibilidad de una persona la cosa que se le quiere entregar; y porque S.S. confundía la tradición con la entrega, por eso hizo aquellos argumentos que en su clarísimo juicio no hubiera hecho en otro caso; por eso únicamente pudo decir que era un galimatías el tratado de tradición desenvuelto en el lib. 2.^º y en el lib. 4.^º al tratar de los contratos de compra-venta; porque no se fijaba su señoría en que las distintas formas de tradición, incluso aquella del consentimiento de las partes que su señoría traducía equivocadamente, están todas comprendidas dentro de los artículos del título que trata de la compra-venta, y si bien no se llama tradición simbólica, ni tradición "brevi manu" o tradición "longa manu", ni "constitutum possessorium", son todas ellas, y no pueden ser otras, porque responden a la idea del legislador de dar a entender que lo que se requiere es la demostración pública y solemne de que se ha puesto a disposición del adquirente la cosa que por el contrato de compra-venta se había intentado transmitir. Y hecha esta aclaración, resultan perfectamente inteligibles todos aquellos artículos que a S.S. le parecían un verdadero embrollo, como decía: pues si hay inscripción, ¿para qué la tradición?

JAh, Sr. Azcárate! La inscripción es ya un acto de dominio, al cual precede la tradición. Cuando aquella tiene lugar, ésta se ha realizado por el otorgamiento de la escritura pública y por la entrega de esta escritura; forma que no tiene nada de original, que era de nuestro Derecho antiguo, que era del Derecho romano y de otros Derechos, y de aquí la tradición simbólica que se hace de las cosas inmuebles y de aquellas que no se pueden poner materialmente a la disposición del adquirente; pero después de la tradición viene la inscripción, que es el primer acto del adquirente para asegurar respecto a la propiedad inmueble la efectividad del contrato por el cual se le ha transmitido; y así se explica muy bien el artículo siguiente, 1473, que define cómo debe considerarse transmitida la propiedad, y a favor de quién

en el caso de distintas enajenaciones, porque la inscripción es la notificación más solemne y más perfecta. Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudirse? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota. Esto demuestra la perfecta conformidad en que se halla lo hecho por el Código con la base, con el Derecho tradicional español y con el verdadero derecho filosófico de todas partes. Porque, no me cansaré de repetirlo: S.S. pretende que esto se ha tomado del Código argentino, y no era menester, antes al contrario, el Código argentino lo ha tomado de nuestras Leyes de Partida y de la Instituta.

El Sr. Azcárate añadía más: esto en el Código argentino lo comprendo bien, porque allí no hay Registro de la propiedad. Pero S.S. olvidaba que si no hay Registro de la propiedad, hay Contaduría de hipotecas, y que la tradición es aplicable igualmente a muebles que a los inmuebles; y por lo mismo, si el no haber Registro de la propiedad podía ser argumento tratándose de lo inmueble, dejaría de serlo ciertamente y no se explicaría la consignación de la tradición para la transmisión de los bienes muebles.»

Lo que más sorprenderá, seguramente, al lector actual de estas intervenciones es su sustancial similitud, en materia y argumentación, con el debate todavía vivo en nuestra doctrina sobre la relación entre tradición e inscripción o, más ampliamente, sobre la articulación en la unidad de nuestro sistema de la tradicional teoría del título y el modo y el moderno ordenamiento de la publicidad registral de los derechos reales inmobiliarios. ¿Tan inextricable es el problema que su solución no puede argumentarse con fuerza de convicción suficiente como para persuadir al común de la doctrina? Nosotros no lo creemos así.

Volvamos, para explicar nuestra convicción, al núcleo de la discusión entre Azcárate y Gamazo, lo que es igual que atender a los argumentos que hoy se siguen enfrentando en el tratamiento del problema. Para Azcárate, el régimen de la publicidad registral es incompatible con el mantenimiento de la teoría del título y el modo; la inscripción, y no la tradición, es la que consuma la mutación jurídico-real. Para Gamazo, la transmisión de la propiedad exige algo más que el contrato; requiere la puesta de la cosa a disposición del adquirente. Lo que, además de por la entrega de la posesión material, se logra normalmente por la tradición instrumental de la cosa cuando se trata de bienes inmuebles. Cumplido este requisito —como tal, necesario, pero también suficiente—, la inscripción registral no puede ser ya presupuesto de la adquisición sino acto de ejercicio del derecho ya adquirido, tendente a su aseguramiento

por medio de la publicidad. Para Gamazo, pues, sistema adquisitivo de título y modo y publicidad registral –en sí y con el carácter y efectos que nuestra ley le atribuye– son cosas perfectamente distintas y compatibles. Por el primero se opera la transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales; por la segunda se pone al derecho transmitido en la posición ventajosa que le proporciona el Registro de la Propiedad. Pues bien, del enfrentamiento entre estas dos concepciones, lo que ahora nos interesa más destacar es que la de Gamazo es la que plenamente concuerda con las explicaciones de Gómez de la Serna a la Ley Hipotecaria. En la exégesis al artículo 2.^º de la Ley dejó éste claramente establecido que, contra lo que hoy comúnmente se entiende, lo que dicho precepto denomina como «títulos» no es la *causa* que en el sistema del título y el modo contribuye con la entrega a la constitución o transmisión del derecho real, sino «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble»³⁸¹. El recurso tipográfico usado por De la Serna al subrayar el «*en*» la cosa para llamar la atención sobre la contraposición entre el derecho personal a ella y el derecho real en la misma, impide aquí toda posibilidad de duda: lo que en el Registro se inscribe no es el título fundamento de la adquisición del derecho –mejor, no es sólo ese título– sino la adquisición misma de dicho derecho, o, lo que es igual, el derecho como perteneciente ya al titular que lo inscribe. Ello, naturalmente, es posible porque, habiéndose mantenido entre nosotros, contra el ejemplo francés, el sistema del título y el modo, la misma escritura pública que como «título» va a servir para la inscripción, previamente, y a modo de tradición, ha producido la mutación jurídico-real que, como ya consumada, se lleva al Registro³⁸². Tan así debe ello entenderse que, con la ley y con sus más

³⁸¹ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 249-250: «La palabra *título*, cuando se trata de la adquisición de bienes, en su sentido rigurosamente jurídico quiere decir el motivo lícito de la adquisición [...]. En esta acepción se opone el *título* al *modo* [...]. La significación que hasta aquí hemos dado a la palabra *título*, no es la que tiene en el texto [del art. 2.^º de la Ley]. En éste se toma por la escritura en que se hace constar el acto o contrato, en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble. Se aplica a lo que es efecto la palabra con que se significa la causa; y esta locución, vulgar en un principio, ha venido a ser jurídica, por haberse empleado por diversas leyes en el mismo sentido que en el artículo que comentamos». Más adelante, en la p. 255, dirá DE LA SERNA que los que aquí llama la ley «títulos» *traslativos de dominio*, son «el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble» (cva. del a.). Igual interpretación, en HERNÁNDEZ DE ARIZA: *op. cit.*, p. 234: «En el artículo 2 se usa la palabra *título* como sinónima de instrumento [...]».

³⁸² SERNA: *op. cit.*, pp. 318-319: «Al paso que muchos Estados que han admitido el principio del Código francés, de que el dominio y los demás derechos *en* la cosa se transfieren por el consentimiento, lo conservan, limitando los efectos de la falta de publicidad en el registro a las personas que no han sido parte en el acto o contrato que los perjudica, y

fieles intérpretes, hay que mantener que si en la escritura presentada al Registro los otorgantes excluyen su normal virtualidad traditoria (cfr. art. 1462, II CC), la inscripción habrá de ser denegada³⁸³.

Sabemos que la línea argumental aquí expuesta podría ser objetada. ¿Para qué –se dirá– esa duplicidad de tradición e inscripción, cuando la primera se justifica por su dimensión manifestadora o publicadora del derecho real³⁸⁴, y esa misma función la desempeña incomparablemente mejor la inscripción registral³⁸⁵? La objeción tendría fundamento si la tradición fuera sólo exteriorización o rudimentaria publicidad del derecho obtenido en la cosa entregada. Deja de tenerlo cuando se advierte que, además de eso y con mayor interés, la *traditio* es el medio para obtener la inmediatividad del poder en la cosa³⁸⁶ que constituye la esencia del derecho real y la raíz de su absolutividad³⁸⁷. Por la tradición o entrega, el hasta entonces derecho *a* la cosa pasa a ser derecho *en* la cosa, configurador, por inherente a la misma, de una situación jurídica en ella que la acompaña donde quiera que vaya y resulta de suyo oponible *erga*

que otros, como nosotros, mantienen con esta misma limitación el principio romano de que por la tradición y quasi-tradición, o por la posesión y quasi-posesión se transmite el dominio de las cosas, no faltan algunos...». Antes –p. 249– había dicho que «el modo es la posesión, la quasi-posesión, la tradición y la quasi-tradición» (cva. del a.).

³⁸³ Esta afirmación es coherente con lo dispuesto en los artículos 9 y 51, 6 del RH. (para el comentario de sus precedentes en 1861, *vid.* SERNA: *op. cit.*, pp. 255-256). En el sentido del texto, e. c., : ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 224 y 230; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 10; DÍEZ-PICAZO: *op. cit.*, p. 801; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 670. En contra: DE LA RICA: *Dualidad...*, cit., p. 637. No es óbice a lo aquí mantenido la admisión a inscripción de las transmisiones sometidas a condición suspensiva, posibilidad que doctrinalmente a veces se ha traído polémicamente –cfr. HERMIDA: *op. cit.*, pp. 1410-1411, polemizando con Roca Sastre– a este *topos* problemático. El pacto de sometimiento a condición, en cuanto que configurador del dominio o del derecho real inscrito, es un pacto de transcendencia real, admisible como tal a inscripción (art. 7 RH). Nos remitimos aquí a lo ya dicho al respecto en nuestro trabajo anterior: *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 487-496.

³⁸⁴ Así aparecía la tradición en la Exposición de Motivos de 1861 (p. 237): «Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble») e, incluso, en la intervención de Gamazo, antes transcrita.

³⁸⁵ Una reciente muestra de este planteamiento, en PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2192-2193.

³⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral*, «Estudios sobre derechos de cosas» I, Madrid 1985, p. 428: «La tradición es una institución que, a través de la Historia del Derecho, ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes. Dos han sido y son sus funciones: dar *efectividad* a la transmisión y darle *publicidad*»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 560: «La inmediatividad la tiene el derecho real con la tradición [...]».

³⁸⁷ Para la conexión entre inmediatividad y absolutividad en la configuración de la esencia del derecho real, nos remitimos a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 546-547. En razón de ello tenemos que discrepar de lo mantenido por García García –*op. et loc. ant. cit.*– cuando separa la inmediatividad de la absolutividad, estableciendo que aunque la primera llegue al derecho real por obra de la tradición, la plenitud de la segunda exige la inscripción registral, justificando y explicando esta exigencia la necesidad del principio de inscripción.

omnes. ¿Perderá esta su propia virtualidad la *traditio* cuando, sin mutación material posesoria, se la realice instrumentalmente? A nuestro juicio, no. Otorgar la escritura es tanto como poner la finca vendida en manos del adquirente, dejándola a su poder y disposición³⁸⁸. Es muy obvio que esta misma función podría –igualmente, al menos– cumplirla la inscripción registral, que, desde tal punto de vista, reuniría también condiciones para jugar en abstracto como modo o entrega *loco traditionis*. El caso es que concretamente en nuestro Derecho no lo hace. Y con razón. Principalmente³⁸⁹, porque antes de que se llegue a la inscripción, la puesta de la cosa a transmitir en poder y disposición del transmisor ha convertido a éste en adquirente. Su derecho *a* la cosa es ya un derecho *en* la cosa: la inscriba o no la inscriba. No exigiendo otra cosa la protección de las adquisiciones de buena fe, la ley no debe desconocer esa realidad ni tratar de sofocarla. Se entiende por ello que en nuestro Derecho la inscripción registral no sea –porque de suyo no debe serlo– requisito necesario para adquirir, sino, como decía Gamazo, acto de ejercicio del dominio ya adquirido por obra de la tradición. La conclusión, pues, se impone por sí misma: no es cierto que nuestro Registro de la Propiedad sea un Registro de títulos, que, en cuanto tal, prescinda de la tradición y sólo mediante un juego de prestidigitación, habiendo recibido únicamente el título necesario para la constitución del derecho real, pueda sorprendentemente terminar publicando éste como ya existente y plenamente constituido mediante el dato registralmente irrelevante de la tradición³⁹⁰. Muy al contrario, nuestro Registro, a través de la documentación pública del acto o contrato constitutivo o transmisivo, recibe derechos reales ya constituidos³⁹¹, y porque así los recibe, en línea de completa

³⁸⁸ Cfr. LÓPEZ BURNIOL: *Valor de la escritura y de la inscripción...*, cit., p. 197: «La *traditio* instrumental no es, por consiguiente, una *traditio ficta*, sino una puesta a disposición real, después de la última comprobación [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal y natural simultaneidad [...] entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del comprador de la cosa vendida, en concepto de nuevo dueño de la misma».

³⁸⁹ Principalmente, decimos, porque además de la que se indica a continuación en el texto, tampoco es para desatender la que en el comentario al artículo 1385 del Proyecto de 1851, aducía GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 738: «El artículo holandés [art. 671: «La entrega de los inmuebles se hace por la inscripción en los registros públicos»] pareció desde luego inadmisible: la inscripción, que es toda del cargo e interés del comprador, nada tiene que ver con la entrega, que es obligación del vendedor».

³⁹⁰ La metáfora del juego de prestidigitación es, como resulta conocido, de Lacruz, cfr. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario...*, (1968) cit., p. 144: «Esta publicidad sólo desarrolla sus efectos frente a terceros adquirentes de buena fe, a beneficio de los cuales, sobre todo, hace el Registro ese juego de prestidigitación, consistente en recibir contratos y publicar derechos como ya adquiridos, aunque no lo estén».

³⁹¹ Cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 224: «[...] opinamos que en el sistema español no cabe inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición [...]» y 229-230; AMORÓS: *Comenta-*

y absoluta continuidad, así, como efectivamente constituidos y ya existentes los publica. La peculiaridad de nuestro sistema registral en este punto reside, desde este punto de vista, en que, por exigencia del causalismo transmisible y de la admisión del *numerus aper-tus* en nuestro Derecho de Cosas, la entrada del derecho publicable en el Registro no puede hacerse a través del mero y escueto acuerdo transmisible, sino mediante el reflejo del acto completo de su constitución o transmisión; esto es: a través de nuestro particular asiento de «inscripción», en el que necesariamente debe comprenderse no sólo la sustancia constitutiva o transmisiva de aquel acto, sino también las determinaciones de transcendencia real en él contenidas para la concreta configuración del derecho constituido o transmitido (arts. 9, 2.^a LH y 7 y 51, 6.^a RH)³⁹².

La inscripción registral, pues, para cumplir su función publicadora, no necesita adentrarse en el mecanismo constitutivo y transmisible de los derechos reales. Ni hace de tradición, ni permite prescindir de ella, sino que la supone realizada en el otorgamiento de la escritura pública si de ella no resulta o se deduce lo contrario. Aquí podría quedar nuestro tratamiento de la relación entre inscripción y tradición, o, más ampliamente, nuestra indagación sobre la compatibilidad y conjugación del sistema del título y el modo con el de la publicidad registral, si no fuera porque todavía en relación con él suele suscitarse un problema al que nosotros todavía no hemos prestado atención. Pensamos –ya se habrá adivinado– en el caso de que el *tradens*, aun siendo dueño, por carecer de toda forma de posesión, no pueda en ningún modo traspasar ésta al adquirente. ¿*Quid juris* cuando sin posesión, ni inmediata ni mediata, se emplea alguna de las formas simbólicas o fingidas de tradición?; ¿*quid* –trayendo ya el caso a nuestro terreno– cuando en la transmisión documentada e inscrita se comprueba que el *tradens* resultó ser un titular no poseedor?

Todo lo que hasta ahora hemos venido diciendo y manteniendo no permite dar por resuelto, al menos expresamente, el concreto problema ahora planteado. La tradición instrumental, que puede valer como forma simbólica de entrega, podría quedar sin valor si se constata la inexistencia o imposibilidad de la realidad simboliza-

rios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.^º, Madrid 1978, VII, 2, p. 266, nota 8: «Soy partidario de considerar que se inscribe el título junto con el derecho resultante del mismo. Tesis que incide entonces sobre el planteamiento de otros problemas conexos, que hacen referencia a las conexiones entre inscripción y tradición (necesidad de haberse realizado la previa tradición, cuando ésta es necesaria, para que se inscriba la situación jurídica ya creada; y calificación registral del acto traslativo, facilitada por el cumplimiento de la tradición instrumental) [...].»

³⁹² Hemos tratado con mayor amplitud y detalle este punto en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 521-544.

da. Si, de acuerdo con el curso ordinario de la adquisición derivativa, el adquirente debía obtener del *tradens* la propiedad de la cosa mediante la entrega de la posesión de la misma, ¿nada tiene que decir el *nemo dat quod non habet* cuando dicho transmitente no puede entregar la posesión, por no tenerla³⁹³? El problema, insoslayable para nosotros, pero de una complejidad cuyos detalles no caben en el presente contexto, no ha obtenido una solución pacífica en nuestra doctrina³⁹⁴. Nos limitaremos a examinar *grosso modo* los diferentes intentos de solución que se han propuesto, y a enjuiciarlos en la medida necesaria para poder fundamentar nuestra preferencia por el que nos parezca que mejor responde a la articulación de nuestro sistema registral en nuestro Derecho de Cosas, una de cuyas bases (cfr. Base 20 de las de la Ley de 11 de mayo de 1888, y arts. 609 y 1095 CC) es el mantenimiento de la tradicional teoría del título y el modo.

Una primera propuesta de solución es la que, con variantes, sostiene el desplazamiento de la tradición por la inscripción cuando se trata de la propiedad inscrita. No llegará a decirse que en relación con dicha propiedad las cosas funcionan entre nosotros como en el Derecho suizo. Aunque a veces se roce esa idea³⁹⁵, el discurso detendrá su tendencia limitándose a la afirmación de que nuestro Registro, como Registro de títulos, prescinde de la tradición³⁹⁶, y que, de puro prescindir de ella, ni la exige, ni la sustituye, ni suple

³⁹³ POTHIER: *Traité du contrat de vente*, en *Oeuvres de R. J. Pothier*, Bruselas 1831, p. 361: «Lorsque le vendeur n'est pas lui-même en possession de la chose qu'il vend, il est évident qu'il ne peut faire aucune tradition réelle ni feinte de cette chose; car la tradition étant *datio possessionis*, le vendeur, qui n'a pas lui-même la possession de la chose qu'il vend, ne peut la donner à l'acheteur: *nemo dat quod non habet*»; la consecuencia, desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad, pp. antes (p. 325): «Vous n'avez pas pu lui transférer la propriété; la propriété ne pouvant se transférer que par la tradition de la chose, que vous ne pouviez lui faire, n'étant pas le possesseur». Entre nosotros, citando a Cujacio, GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 737: «Cujacio define la entrega, según la ley 3 Romana, *datio vel traslatio possessionis*, por consiguiente, debe tenerla el vendedor, *quia nemo dat quod non habet*».

³⁹⁴ Un estudio reciente, doctrinal y jurisprudencial, del problema y de sus intentos de solución, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Tradición instrumental y posesión*, Pamplona 1999.

³⁹⁵ Cfr. DE LA RICA: *op. cit.*, p. 636: «[...] Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición. Y, sin embargo, todos los privilegiados efectos de la inscripción –efectos que regula la legislación hipotecaria y que sumiso respeta el artículo 608 del Código Civil– se producen por la inscripción de esos títulos, sin más aditamento [...]. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de calificación».

³⁹⁶ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 635: «Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria [...] desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente [...] prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de su sistema»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 251-252: «[...] es preciso recordar que nuestras leyes Hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil [...]. Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamen-

su inexistencia³⁹⁷. Sea lo que fuere de la tradición, el derecho real inscrito será válido y eficaz frente a todos³⁹⁸. Ya sabemos cuál es en el pensamiento de De la Rica el fundamento de esta primera interpretación: la inadecuación de la teoría del título y el modo para el aseguramiento del tráfico inmobiliario, y la incompatibilidad de la función aseguradora del Registro con el mantenimiento de aquella teoría. En Sanz Fernández aparece como la manifestación o el resultado del valor convalidante de la inscripción registral. En ambos casos se apunta en una misma dirección: si la inscripción puede desplegar su propia eficacia prescindiendo de la tradición, lo lógico sería concluir que la inscripción subsana la falta de tradición: concretamente –por mantenernos en el problema ahora planteado–, su defecto por carecer el vendedor de la posesión de la finca cuya enajenación se ha llevado al Registro.

En el polo opuesto a esta interpretación, propondría la que como segunda podríamos hipotizar ahora –Lacruz la considera dominante en cuanto a su punto de partida, aunque evitada siempre en su consecuencia³⁹⁹–: que la falta de posesión en el *tradens* impide la transmisión por defecto de modo. Las formas simbólicas o ficticias de tradición podrán valer en cuanto adelanten, representándola, una realidad que efectivamente va a producirse. Si esta realidad resultara imposible, ni valdría la tradición simbólica, ni la transmisión se habría producido⁴⁰⁰, ni su inscripción en el Regis-

te la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

³⁹⁷ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 642: «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 248: «[...] la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos» y 250-251: «la inscripción no excluye ni suple en nuestro Derecho a la tradición».

³⁹⁸ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 634: «Y por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antigüallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puro sutiles!»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquélla».

³⁹⁹ LACRUZ: *Inscripción...*, cit., p. 16: «Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma, por falta de tradición [...], sin embargo, p. 7: «En último análisis, todos los autores tratan de superar la misma dificultad, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por faltar una *traditio* válida en el proceso transmisor; y todos llegan, a través de razonamientos dispares, a un mismo resultado práctico: el mantenimiento del titular que inscribe en el Registro, aunque la *traditio ficta* no le haya transmitido la posesión, por faltar ésta en el *tradens*».

⁴⁰⁰ CASTÁN: *Derecho Civil*, I, 3.^a ed. Madrid 1941, pp. 404-405, tras una referencia al tratamiento inseguro y difícilmente coordinable del problema en la jurisprudencia: «Con

tro podría venir a salvarla. Esto último, porque en nuestro Derecho la inscripción no está llamada a hacer de modo, *loco traditionis*, y porque en la transmisión nula por defecto de modo el adquirente es parte y no tercero⁴⁰¹. En esta interpretación, el mantenimiento del sistema del título y el modo, entendido en su forma más material y más dura, arrinconaría la posibilidad de cualquier efecto sanante de la publicidad registral a los estrictos límites del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: el subadquirente, esto es, quien adquirió de quien previamente lo hizo del propietario no poseedor, será protegido en su adquisición. Lo que en su favor suple el Registro es, *sólito more*, la falta de titularidad de su inmediato *causam dans*; no la falta de posesión del anterior transmitente.

La tercera corregiría el exceso de la anterior. Se admitiría su punto de partida: la tradición por no poseedor no transmite; se admitiría, igualmente, que la inscripción registral no puede considerarse en nuestro Derecho como un sustitutivo ortopédico de la

fórmula general, y manteniendo el criterio en que en esta materia se inspira la jurisprudencia, dice la sentencia de 22 de marzo de 1930 que “la presunción que establece el artículo 1462 del Código civil, no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición ficta tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada”; GULLÓN BALLESTERO, A.: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1968, p. 28: «El artículo 1462-2.^º sienta una presunción *juris tantum*: se entiende por el otorgamiento de la escritura pública entregada la cosa, salvo: a) que de la misma escritura se dedujere lo contrario; b) que se esté en presencia de múltiples supuestos como los contemplados por el Tribunal Supremo, en que la posesión ficta cede ante el hecho de estar poseyendo (como dueño) lo vendido un tercero y no el vendedor»; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Ennecerus*, III, 1, Barcelona 1971, p. 446: «b) Que el adquirente obtenga la posesión mediata. Nada se dice en nuestros textos, pero se trata de una consecuencia lógica ineludible de la naturaleza misma del negocio, pues si el adquirente nada obtiene, el requisito general de la tradición quedaría totalmente destruido y recaeríamos en el sistema de la adquisición de la propiedad por el solo consentimiento, que con tanto empeño ha rehuído el C. c.»; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 1, Barcelona 1971, p. 347: «Sobre el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la sentencia de 18 de febrero de 1965 [...], que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y posesión en quien hace la entrega, y la intención de las partes de transmitir y adquirir»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Curso de derechos reales*, I, Madrid 1986, p. 170: «A mi juicio, la propia exigencia de sobrevivencia de la teoría del título y el modo y la función jurídica de la *traditio* material [...] exige interpretar la *traditio* instrumental como una mera presunción de entrega material»; RUBIO GARRIDO, T.: *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona 1994, p. 103: «Y, además, si quien otorga la escritura pública como transmitente tampoco tiene la posesión ni de hecho ni de derecho, tampoco ésta puede ser adquirida por el alienatario».

⁴⁰¹ Así, aun cuando militando en posición distinta respecto al tratamiento del problema central planteado, LACRUZ: *op. cit.*, p. 9: «[...] la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral» y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 644: «[...] el artículo 34 tampoco soluciona el problema, pues sabido es que se refiere al “tercero *subadquirente*” y *no al comprador que es parte en el contrato de compraventa en el que por hipótesis falta la posesión real de “tradens”*» (cva. del a.). En el mismo sentido, p. 650.

entrega, en función de «modo»; pero se consideraría ahora que es incongruente que la eficacia sanante de la fe pública registral, capaz de superar el defecto de titularidad del *tradens*, tuviera que detenerse, impotente, ante la sola falta de posesión del mismo⁴⁰². En definitiva: que la tradición por dueño no poseedor no es de por sí bastante para transmitir el dominio, pero que la fe pública registral puede suplir tal insuficiencia en beneficio de adquirente inmediato de buena fe⁴⁰³.

En la cuarta propuesta de solución se mantiene que la tradición instrumental, en las condiciones previstas en el artículo 1462 II del

⁴⁰² ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 242-243: «La falta de posesión real o efectiva por parte del *tradens*, titular inscrito, no ha de poder perjudicar al *accipiens* que adquiere confiado en que es verdad el contenido del Registro en cuanto publica un dominio completo o en pleno dinamismo. Sería absurdo que las adquisiciones *a non domino* fuesen mantenidas por la fe pública registral, y que en cambio un tercero que reúna las circunstancias necesarias para la protección de la fe pública del Registro no fuera mantenido en su adquisición, que precisamente la verifica en condiciones superiores, ya que al menos el *tradens* es el verdadero dueño. ¿Es que es más grave ser dueño pero no poseedor, que no ser ni una cosa ni otra?».

⁴⁰³ Aunque polemizando con Roca Sastre en otros puntos, coincidente con él en la suplencia de la *traditio* por la fe pública registral, HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 1502-1505: «[...] Y es indiferente que el titular haya obtenido, o no, la tradición. El título no inscrito, con tradición o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral [...]. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior [...]. Por lo demás, entendemos que el legislador hizo muy bien en no decir que mediante la inscripción se adquiere el derecho real, puesto que si lo dijese, habría que entender que, también, mediante la inscripción de inmatriculación se adquiría el derecho real, lo cual sería dar a las inscripciones de inmatriculación más valor del que realmente deben tener, salvo que se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro [...]. No se pueden englobar, por tanto, en una misma doctrina todas las inscripciones, como se hace generalmente al estudiar la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles. Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1473 del Código civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmisor no fuese dueño en el momento de la inscripción [...]. Por consiguiente, la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino* (*sic!*), sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente». También, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, III, cit., p. 802: «El tercer problema es la falta de tradición por falta de posesión en el *tradens*. Si de la escritura no resulta o se deduce, la inscripción se practicará. Mas ¿con qué efecto, si el nuevo titular, al no haber recibido por *traditio*, no ha llegado a ser propietario? Si el adquirente está protegido por el artículo 34 su adquisición se consolida, sin *traditio*, siempre que él inscriba [...]. En los demás casos, no parece que la pura inscripción sin *traditio* convierta el *accipiens* en propietario»; MONTÉS, en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, (Coords. López López y Montés Penadés), Valencia 1994, p. 113: «La falta de posesión en el *tradens* conducirá a una cuestión que se ha de resolver según el adquirente esté o no protegido por el artículo 34 LH. Si lo está, y ha inscrito, la adquisición se consolida, aun sin *traditio*. Si no lo está, no llega a ser propietario y cabrá impugnar la inscripción por inexacta [...]»; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en la voz «Tradición (Derecho Civil)», *Encyclopedie Jurídica Básica*, IV, Madrid 1995, p. 6606: «Si el tradente, por ejemplo, no es poseedor en concepto de dueño, la escritura pública no puede, según la jurisprudencia y la opinión que parece dominante, tener valor traditorio. Ahora bien, en beneficio de un tercero protegido por el artículo 34 LH y que proceda en la forma que establece el artículo 36 (por analogía), la fe pública registral subsana también este presupuesto de su adquisición. En este supuesto la inscripción sí suple a la tradición».

Código Civil, y de acuerdo con dicho precepto, vale por sí sola como «modo» o tradición que traspasa la propiedad al adquirente. No es obstáculo, pues, para ello que el *tradens* no posea ni siquiera mediamente⁴⁰⁴. Gozando éste de alguna forma de posesión, la tradición instrumental, mientras no se produzca la efectiva entrada del adquirente en la posesión, llevaría a un supuesto de constituto posesorio⁴⁰⁵. Careciendo, en cambio, de toda forma de posesión, constituirá un caso de *traditio ficta*, que, como fingida, no supone entrega efectiva de la posesión, pero, como medio de *traditio* legalmente admitido, vale para transferir la propiedad⁴⁰⁶.

Finalmente, otra propuesta, quinta en el orden de nuestra exposición, mantiene que en el sistema del título y el modo la entrega traditoria exige ineludiblemente la posesión en el *tradens*, pero que el ámbito de su necesaria aplicación es el de la transmisión de cosas. Cuando lo que se transmite no es la cosa sino el derecho –incorporal, como tal derecho– de propiedad, la entrega, además de naturalmente imposible, tampoco sería legalmente necesaria. Habríamos salido del artículo 1464 del Código Civil para entrar en el 1526. En este último no se impone ninguna forma de tradición, y la inscripción registral se exige únicamente para que la transmisión de la propiedad surta efecto contra tercero. Es el caso de la figura histórica de la cesión de la acción reivindicatoria⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ LACRUZ: *op. cit.*, p. 10, enunciando su tesis: «[...] la tradición instrumental del artículo 1462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisor sin necesidad de posesión en el “*tradens*”»; más adelante, p. 13: «Esta tesis permite justificar –de acuerdo con evidentes imperativos económicos y sociales, y con varios textos legales– la transmisión realizada por un propietario no poseedor (ni siquiera mediato)».

⁴⁰⁵ ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, 1, 2.^a ed., Madrid 1976, pp. 148-152, esp. 151-152: «Normalmente la tradición instrumental es, en efecto, un caso de constituto posesorio porque el otorgamiento de la escritura pública transfiere al adquirente la posesión como derecho, ya que la tenencia material continúa estando en manos del enajenante hasta que dé la cosa efectivamente a aquél, que sólo en ese momento adquiere la posesión como hecho».

⁴⁰⁶ ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 161, tratando el caso entre los «supuestos de tradición fingida, sin absolutamente ningún traspaso posesorio»: «Luego, lo que hay que entender es que no es posible la tradición instrumental *transferente de la posesión mediata*, si no poseía el *tradens* (y en ese sentido es evidentemente acertada la jurisprudencia del T. S. que requiere que éste posea). Pero, aunque éste no posea ni como hecho ni como derecho, sí es posible la tradición instrumental por la que no se traspasa posesión alguna pero sí se transfiere la propiedad u otro derecho real. Y, sin duda, que, en el fondo se refiere el T. S. a este caso, cuando, en algunas sentencias, ha admitido la validez de la tradición instrumental sin ser poseedor el *tradens*».

⁴⁰⁷ Así, principalmente, GIMÉNEZ ROIG, Eusebio, autor de varios estudios relacionados con el tema y, finalmente, como coronación de todos ellos, de la obra *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción. Venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño*, CER, Madrid 1998, *passim*, con todo, esp. p. 33: «[...] Pero el que afirma ser verdadero propietario puede preferir no reivindicar sino, conforme al artículo 1526, vender o ceder su derecho de propiedad *incorporal*, su derecho de propiedad como lo tiene,

Varios intentos, pues, de solución que, tras su exposición, deberán ser contrastados en su adecuación a los principios conformadores de nuestro Derecho de Cosas y de la publicidad registral inmobiliaria. En nuestro concepto, el juicio sobre cada uno de ellos, expresado tan globalmente como se les ha expuesto, vendría a ser el siguiente:

El primer intento de solución tiene en su contra graves dificultades. La primera, por más próxima a nuestro problema: que, según ya advertimos, no llega a resolver decididamente *e in recto* la específica dificultad del caso propuesto. Tal es, según ella, la ajenidad e

sin la posesión de la cosa, que tiene un tercero poseedor, aunque con la correspondiente e *inseparable* acción reivindicatoria para recobrarla [...]. El comprador-cesionario será quien reivindique, en nombre propio, como propietario por compraventa-cesión del derecho *incorporal* del propietario desposeído, llamando en garantía al vendedor cedente. Al tiempo de la codificación se denominaba *cesión de la acción reivindicatoria*, o compraventa con cesión de la acción reivindicatoria, a la que mejor se denomina *contrato de compraventa-cesión del derecho incorporal del propietario desposeído*; p. 174, combatiendo la tesis que lleva la solución del caso al artículo 1462: «Contra esta interpretación he mantenido que el *efecto transmisor de la propiedad se fundamenta en el contrato o pacto escriturado*, no en la escritura que lo formaliza, por sí misma, y que la tradición incorporeal es una entelequia porque la tradición es siempre transmisión de la posesión y en el caso considerado la posesión la tiene un tercero, antes y después de la fecha de la escritura, no hay cambio de poseedor, ni en forma real ni en forma ficticia. Lo que hay es una *transmisión de la propiedad sin necesidad de tradición*, al amparo de una ley, de las aludidas por el artículo 609, 2, *al principio*, cuando dice “por la ley”, que en este caso es la ley del artículo 1526, procedente de otras leyes romanas invocadas en España hasta que entró en vigor el Código civil (D. 50, 17, 15), coordinada con otras normas a lo largo de una evolución histórica que la doctrina española ha olvidado»; p. 177: «Se trata de una opción instrumental por la que un normal contrato de compra-venta de cosa, con su correspondiente obligación de entregar una cosa (art. 1445), queda sustituido (art. 1462, 2) por un *especial* contrato de compraventa-cesión, propiamente dicho (art. 1526), que ontológicamente excluye la obligación de entregar porque no tiene por objeto una cosa poseída por el vendedor (una cosa corporal o derecho corporal) sino un derecho *incorporal*, pues concretamente el vendedor cedente no posee actualmente la cosa objeto del derecho de propiedad que se quiere resulte transmitido». Esta misma opinión, que según LACRUZ, *op. cit.*, p. 13, constituye «doctrina dominante», en PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *op. cit.*, p. 447: «[...] partiremos de la afirmación de ser a todas luces posible la cesión o transmisión de la acción reivindicatoria. Su cesibilidad no necesita apoyo positivo expreso, pero puede encontrarse en los artículos 1464 y 1526 [...]. Se ha de distinguir por tanto: 1. Si el enajenante es poseedor mediato, la tradición ficta implica cesión de esa misma posesión mediata. 2. Si no es poseedor mediato por haber una posesión contradictoria de su derecho a la posesión, le bastará con ceder este derecho a través de la acción reivindicatoria»; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, III, 6.^a ed. Madrid 1997, p. 69: «¿Rige esta regla [se refieren a la del art. 1462, 2] cuando el *tradens* no es poseedor de la cosa? Hay que hacer estas distinciones: [...] 2.^a El *tradens* no tiene ninguna clase de posesión, ni mediata ni inmediata. Si así lo ha manifestado en la escritura, se ha de considerar que ha dispuesto de su situación jurídica de propietario no poseedor y, en consecuencia, ha cedido la acción reivindicatoria contra el que posee indebidamente (acción que puede ser objeto de negocios jurídicos como lo demuestra el artículo 486) [...]»; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 104 (en nota): «A nuestro juicio, que el sentido del artículo 1462, 2 C. c. haya de ser éste, no impide a un propietario no poseedor transmitir su derecho (como erróneamente afirma Lacruz, *op. cit.*, III, 1, 1, p. 231), puesto que clásico es el supuesto de la cesión de la acción reivindicatoria, que otra cosa no es sino tal transmisión; ocurre tan sólo que, en este caso, para que opere la transmisión, no es precisa la *traditio*, sino exclusivamente que el cedente/transmitente fuese el *verus dominus*».

indiferencia del Registro a la tradición, que, en su puro prescindir de ella, no llegaría a garantizar –en alguna explicación, al menos, y en algún caso– la suplencia de su defecto cuando efectivamente falta del todo por carecer de posesión el disponente⁴⁰⁸; y si, por la propia dinámica de la propuesta, en la mayoría de los casos llega a lograr ese resultado, lo hace al precio de contradecir, simultáneamente, el mecanismo transmisor del título y el modo, impuesto en nuestro Derecho por los arts. 609 y 1095 del Código Civil⁴⁰⁹, y el mismo enunciado de aquella propuesta en su afirmación de que la inscripción no suple a la tradición⁴¹⁰. Además de ello, y más en general, tiene varios inconvenientes: uno, el de concebir a nuestro Registro de la Propiedad, en el más incorrecto sentido, como Registro de títulos⁴¹¹; otro, el del punto de partida de sus distintas varian-

⁴⁰⁸ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 260-261: «Conforme al artículo 1462 del Código civil, tal como lo interpreta la jurisprudencia, quien impugna la tradición instrumental sólo deberá probar que la escritura pública no pudo tener tal significación porque el transferente no estaba en la posesión real de la cosa o no tenía la posibilidad de transferir las acciones dominicales necesarias para recuperarla. En cambio, si el adquirente inscribió su título deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma posterior de tradición fingida eficaz. Al importantísimo papel de la tradición instrumental se añade el de la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir con aquélla una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan energética que difícilmente llegará a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita, salvo en casos excepcionalísimos, como el de la usucapión consumada fuera del Registro con anterioridad al acto de disposición».

⁴⁰⁹ Cfr., en textos ya vistos, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor que juega con independencia de aquélla»; DE LA RICA: *op. cit.*, p. 634: «Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho será válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante».

⁴¹⁰ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 635: «No es que [...] la inscripción sustituya en nuestro sistema a la tradición [...] Es que la legislación hipotecaria [...] prescindió deliberadamente de la *traditio*»; Id., p. 642: «La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 248: «La inscripción convalidante obedece a un sistema intermedio: en principio, la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición, de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos; pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición»; 250-251: «Aunque los efectos de estos tres elementos [se refiere al título, la tradición y la inscripción] se mueven en planos diferentes, y, por consiguiente, la inscripción no excluye ni suple en nuestro Derecho a la tradición [...]»; 253: «[...] De aquí que la fe pública sea completamente independiente de la tradición, y ni la supla ni la excluya en manera alguna».

⁴¹¹ DE LA RICA: *op. cit.*, pp. 635-636: «Nuestro Registro [...] no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 251-252: «[...] es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los arts. 1.^º y 2.^º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión,

tes, y, transcendiendo éstas, una especie de fondo común, distintamente acentuado en cada una de ellas. Parten, efectivamente, de la afirmación de una dualidad legislativa en nuestro ordenamiento de los derechos reales inmobiliarios⁴¹², que, a nuestro juicio y según veremos más adelante, carece de fundamento; y, sobre dicha base, concluyen atribuyendo a la inscripción registral una función directamente constitutiva, o constitutiva en cuanto «convalidante»⁴¹³, que –a nuestro juicio, de nuevo– excede a lo que es su función publicadora en nuestro Derecho.

El juicio de los intentos antes expuestos en segundo y tercer lugar puede exponerse conjuntamente para evitar la repetición de ideas. En ambos se sostiene que la tradición instrumental realizada por dueño no poseedor, no permite la transmisión del dominio. Creemos que esta afirmación es legalmente objetable. El artículo 36 LH, en el caso de la usucapión contra *tabulas* consumable en el año que sigue a la inscripción de la adquisición por ella amenazada, supone el caso de un transmitente, dueño no poseedor, y de un adquirente que, sin haber recibido la posesión, es considerado como dueño, en cuanto que es contra él contra quien corre la prescripción, y es él el que, si quiere evitarla, tendrá que interrumpirla. Contra la fuerza de esta objeción quizás se nos diga que la específica ayuda contra la usucapión que el artículo 36 concede al adquirente que inscribe no es sino una aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; esto es: una consecuencia de la fe pública registral, en cuyo caso, operando ésta una adquisición *a non domino* sostenida *ex lege* con fundamento y por mecanismo distinto al del título y el modo, carecería de todo valor esclarecedor en el caso propuesto. El inscribiente que adquirió de dueño en vías de perder su propiedad por consecuencia del curso de la usucapión a punto de consumarse es tan protegido como el que adquirió de quien, por haberse consumado ya la usucapión, dejó de ser dueño antes de disponer, y, en uno y otro caso, con

modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a las mismas».

⁴¹² La idea es tan central en el pensamiento de De la Rica que da título a su tan famoso trabajo que aquí venimos citando: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*; también la comparte SANZ FERNÁNDEZ, cfr. *op. cit.*, p. 270: «El carácter voluntario de la inscripción produce necesariamente una dualidad en el régimen jurídico inmobiliario. Esta es precisamente el mayor inconveniente del sistema».

⁴¹³ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 215-216: «Sanz habla de un tipo de inscripción que denomina convalidante, de la que según él deriva su carácter constitutivo, que puede dar lugar al nacimiento del derecho real en el momento que la protección del tráfico jurídico opera, excluyendo la aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, si bien ello no elimina la función de los demás elementos constitutivos [...]. Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

igual fundamento. El contra-argumento no sería decisivo. Primero, porque el hecho de que el adquirente de titular registral tras la consumación de la usucapición contraria al derecho de aquél, cuando resulta registralmente protegido contra la usucapión, sea efectivamente un adquirente *a non domino*, no impide que el que adquiere antes de la consumación de aquella usucapión sea considerado con toda razón como adquirente *a vero domino* de un derecho que, mientras dicha usucapión se consuma, el artículo 36 considera ya suyo, sin necesidad de interferencia del habitual efecto sanante de la fe pública registral. A este adquirente, al que el artículo 36 exige los requisitos que permitan reconocerle la condición de tercero con arreglo al 34, pero que no ha necesitado de este precepto para adquirir eficazmente su propio derecho, ni siquiera hay que protegerlo –al momento de su adquisición– contra el efecto de una usucapión que todavía no se ha producido. Cuando se produzca le perjudicará si hasta entonces no reaccionó contra ella, o si no lo hace, una vez consumada, en el año siguiente a la adquisición. Sólo en este último caso –también, obviamente, aunque allí más compleja, en el de la adquisición una vez consumada la usucapión– hay protección específicamente registral contra el efecto de la usucapión, pero tal protección no coincide con la que depara el artículo 34. El adquirente de titular registral, todavía dueño real, queda respecto del usucapiente en sentido contrario en posición análoga a la del poseedor despojado del artículo 460, 4.^º, del Código Civil⁴¹⁴. Pero –obsérvese, porque en ello estábamos– el derecho que la ley considera que tiene, lo tiene recibido del dueño no poseedor. Siendo ello así, falla el presupuesto de las teorías en cuya crítica nos encontramos. Contra lo que éstas mantienen, la ley cuenta con la eficaz transmisión del dueño no poseedor⁴¹⁵.

Bastando ello para el rechazo de toda línea de solución que parte del criterio contrario, hay todavía algunos otros aspectos, quizás menores pero también de cierto interés, donde la crítica puede proseguir en tono ya más particularizado.

⁴¹⁴ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe...*, cit., p. 448: «En efecto, vemos, como resultado del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que el tercer adquirente registral queda durante un año en la situación del poseedor despojado del número 4 del artículo 460 del Código civil, que conserva su posesión hasta que se cumpla un año a partir de su despojo. Sólo que aquí, por ser la situación análoga pero no idéntica, en lugar de poder ejercitar los interdictos durante dicho año, le cabe utilizar el procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria».

⁴¹⁵ LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 14: «[...] lo cual [que la propiedad de un no poseedor es intransmisible], si encuentra apoyo en la interpretación literal de algún texto del Código civil, va contra [...] el 36 de la Ley Hipotecaria, que entiende ser posible transmitir la propiedad de una cosa mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total (*ad interdicta* y *ad usucaptionem*)». En el mismo sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 133-134.

Contra la posibilidad de que la protección registral pudiera extenderse al defecto de tradición, según decíamos al hipotizar la segunda propuesta de solución al problema, se ha objetado que, respecto a tal defecto, el adquirente inmediato es parte y no tercero⁴¹⁶. La dificultad, a nuestro juicio, no podría venir por este camino. Es cierto que el adquirente inmediato de dueño no poseedor es parte en el contrato no seguido de tradición efectiva (como también lo es en el ineficaz, de suyo, por la falta de titularidad o legitimación en el *tradens* cuya sanación asume como su principal objetivo la fe pública registral); pero no lo es, en cambio, respecto al defecto de posesión del enajenante. Tal defecto remite necesariamente a una relación entre dueño no poseedor y poseedor no dueño a la que aquel adquirente es ajeno. De todas formas, si, según hemos dicho, la ley cuenta con la posibilidad de que transmita el dueño carente de posesión, no hay para qué continuar en la indagación de si el adquirente directo es o no es tercero para justificar el mantenimiento de su adquisición o para considerarla condenada a su ineficacia.

En cuanto al intento de Roca Sastre de salvarla acogiéndola a la fe pública registral, se alzan, a nuestro juicio, importantes obstáculos. Dígase, en todo caso, que a favor del intento juegan tanto la intuición de que la protección registral –de ser necesaria– no podría fallar en el caso propuesto, como la razón de congruencia de que si el Registro salva lo más (el defecto de titularidad y de posesión), resultaría extraño que no pudiera salvar lo menos (la falta sólo de posesión, siendo dueño el transmitente). Pero la explicación elegida resulta técnicamente objetable. La confianza en la exactitud registral protegida por la fe pública es la que se refiere a aquellos datos que el Registro publica comprometiéndose con su exactitud, y es bien sabido que respecto a la posesión no puede darse tal compromiso. Nuestro Registro tiene que limitarse a presumirla, pero no puede garantizarla ni suplir su efectividad⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Así, BÉRGAMO LLABRÉS: *La usucapión y el Registro de la Propiedad*, AAMN, III, pp. 290-291: «[...] Por tanto, si por no haber tradición no hubo adquisición efectiva, por no haber adquisición efectiva no pudo existir un tercero a favor del cual desarrollase su protección la *fides publica*»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 644: «[...] el artículo 34 tampoco soluciona el problema, pues sabido es que se refiere al «tercero subadquirente y no al comprador que es parte en el contrato de compraventa en el que por hipótesis falta la posesión real de tradens» (cva. del a.). En el mismo sentido, p. 650. Antes lo había dejado entender LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 9: «[...] la tradición es un requisito del acto de transferencia, en el cual interviene el propio adquirente (no simplemente un presupuesto de la legitimación para disponer del *tradens*), y la falta de uno de los elementos del acto nunca puede ser protegida por la publicidad registral».

⁴¹⁷ LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 8: «[...] el artículo 38 no arguye ninguna publicidad posesoria y sí sólo atribuye presuntivamente al titular inscrito la posesión del objeto de su derecho. El Registro entonces presume: no publica»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 386: «La circunstancia de moverse esta institución (se refiere a la posesión) sobre una situación de hecho impide aplicarle el juego de la fe pública registral».

Menos consistencia tendría la objeción de que si se admite la suplencia de la tradición por la protección registral, se estaría desmintiendo el carácter declarativo que de la inscripción se predica en nuestro Derecho. Como elemento necesario en la transmisión, se la habría elevado a la condición de constitutiva. Más infundada la objeción en la tesis de Roca, para quien la sanación de la falta de tradición no se plantea como una alternativa a ésta en el sistema normal de adquisición de los derechos reales, sino como una consecuencia de la adquisición *a non domino* (aquí, extrañamente, sería *a domino*, aunque no *a possessore*) por obra de la fe pública registral. Roca respondería que tal sanación no constituye una consecuencia del principio de inscripción, sino que se debe al principio de publicidad, concretamente al de fe pública registral⁴¹⁸. De todas formas –¡frecuente relatividad de las explicaciones jurídicas!–, no deja de ser sintomático que para Hermida, partidario como Roca Sastre de la suplencia de la tradición por las inscripciones amparadas por la fe pública registral, la inscripción, por tal motivo, se erija frente a la tradición en un modo de adquirir, cuando se trata, obviamente, de la propiedad inscrita⁴¹⁹.

La cuarta propuesta invoca en su favor antecedentes históricos de peso⁴²⁰, y en sí misma parece bien fundada. Lo único que en ella podría echarse de menos es que no entre directamente a justificar

⁴¹⁸ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 216, en el texto transscrito en nota anterior: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral». Mantiene la misma idea, dándole formulación diferente, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 104: «Error de óptica éste que late también en quienes manejan la alternativa “inscripción declarativa –presupone siempre la *traditio* / inscripción constitutiva– la suple”: en efecto, no se ha tenido en cuenta que es posible una inscripción declarativa que juegue como elemento fáctico integrado en el complejo supuesto de hecho de una adquisición legal a título originario. Frente a la falsa disyuntiva, *tertium datur*».

⁴¹⁹ HERMIDA LINARES: *op. cit.*, pp. 1505: «Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el 1473 del Código Civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmitente no fuese dueño en el momento de la inscripción»; ib.: «[...] la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino*, sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente»; 1506: «Absolutamente siempre que se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa esta última. Por eso la inscripción amparada en la fe pública registral es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición»; 1507: «La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción».

⁴²⁰ *Vide*, además de los precedentes habitualmente invocados en apoyo de la tradición instrumental (especialmente P. III, 30, 8), LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., pp. 11-12. Con extensión y rigor, sobre tales antecedentes en nuestro Derecho y en el Derecho Común, aunque extrayendo de ellos conclusiones distintas, MORALES MORENO: *Posesión y usufructo*, Madrid, 1972, pp. 250-263. Quizá pudiera plantearse aquí cuál puede ser el preciso

racionalmente por qué el mero símbolo de tradición⁴²¹ puede valer, suplantando a la realidad simbolizada, cuando se comprueba que ésta es imposible; o que no razone por qué puede valer la ficción de tradición⁴²² cuando la ley no establece claramente que ésta permita prescindir de la realidad fingida⁴²³. De todas formas, si este razonamiento o aquella justificación fueran posibles, y la siguiente propuesta no apareciese con fuerza como para imponerse indiscutiblemente sobre las demás, habría que inclinarse por esta cuarta⁴²⁴, en cuanto que en ella, respetándose en su esencia la teoría del título y el modo, y conjugándosela con nuestro sistema registral de inscripción declarativa o publicadora, se da explicación adecuada y suficiente al dato legal suministrado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria: que el adquirente inscrito de dueño no poseedor es propietario.

La quinta propuesta, por último, resuelve desde luego el problema en la forma más radical: mediante su eliminación. La falta de posesión del *tradens* no plantea dificultad alguna cuando de lo que se trata no es de transmitir una cosa sino el derecho incorporal de propiedad sobre ella. Puede invocar esta tesis en su favor, ciertamente, la autoridad de Gómez de la Serna, decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria⁴²⁵, y, en nuestra opinión, nada puede objetarse a aquella defensa ni, por consiguiente, a la bondad de la propuesta y al mecanismo que la misma brinda hoy al

valor de tales antecedentes. Sin poder entrar en ello, creemos que no puede excluirse de forma absoluta que en esta materia, como en tantas otras, la instauración del Registro de la Propiedad haya impuesto alguna novedad. No repugnaría, a nuestro juicio, que aunque tras dicha instauración se mantenga el sistema del título y el modo, su armonización con el Registro y su articulación con la inscripción registral llevara a atribuir a la tradición instrumental un valor superior al que hasta entonces pacíficamente se le reconociera.

⁴²¹ Como simbólica se presentaba la tradición instrumental, e. c., en HEINECIO: *Recitaciones del Derecho Civil*, trad. Por D. L. C. B., tomo I, Madrid, 1830, p. 334, y en JORDÁN DE ASSO Y DE MANUEL: *Instituciones del derecho Civil de Castilla*, Madrid 1792, p. 102.

⁴²² Como meramente fingida vimos que califica ALBALADEJO (*op. cit.*, p. 161) la tradición instrumental cuando el *tradens* carece de toda forma de posesión. Para CASTÁN: *Derecho Civil español común y foral*, II, 1 13.^a ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1987, p. 336, la tradición instrumental constituye, con la simbólica pero distinguiéndose de ella, una forma de tradición fingida.

⁴²³ Cfr. MORALES MORENO: *op. cit.*, p. 263: «El otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, nos dice el artículo 1462 y esta equivalencia, léxicamente, es cierto, puede significar dos cosas bien distintas: *equivalencia por el medio* transmisivo, lo que indica que la escritura es también una forma de entrega, y *equivalencia por el resultado*, lo cual quiere decir que la escritura, sin ser una forma de entrega, logra el mismo efecto que ésta, la transmisión del derecho. Como ambas soluciones son léxicamente mantenibles, no se puede resolver la cuestión atendiendo sólo a la letra de la ley».

⁴²⁴ Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 669-671. En contra, MORALES MORENO: *op. cit.*, pp. esp., 265-268 y 276-277, criticando la argumentación de esta propuesta por LACRUZ y ALBALADEJO.

⁴²⁵ Cfr. DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 259-261 y 553-554 (nota a).

dueño no poseedor para transmitir su derecho, y al adquirente para inscribirlo a su favor en el Registro⁴²⁶. Los reparos, por tanto, más que a la propuesta en sí, podrían oponerse a la invocación o aplicación de la fórmula que ella brinda cuando en la realidad de los casos litigiosos no fue ella la que consciente y expresamente se empleó. Puede haber quien deliberadamente quiera adquirir e inscribir su derecho de propietario no poseedor y para ello recurra a una cesión de tal derecho conceptuada como cesión de la propiedad o de la acción reivindicatoria y, en ambos casos, no necesitada de la entrega de la finca para su efectividad. Pero cuando no es ése el caso, cuando el comprador se había propuesto comprar la finca y es después de otorgada la escritura de venta cuando se descubre que ésta se encuentra poseída en concepto de dueño por persona distinta al vendedor, ¿también entonces se deberá entender que lo que en realidad escondía el contrato transmisor, que se consideró y quiso como compra-venta de cosa, era una cesión del derecho de propiedad o de la acción que sobre la base de tal derecho permite reclamar de un tercero la posesión? El comprador imaginado preferirá entender que el contrato que efectivamente celebró fue el que realmente concibió en su mente y declaró querer. Sólo él le da la posibilidad de reaccionar contra el vendedor al conocer su desposesión, impeditiva de la entrega en las circunstancias previstas. Pero, ¿y si prefiere a esa posibilidad hacer valer frente al poseedor su condición de propietario? ¿Se lo impide el no haber obtenido la entrega efectiva de la finca o podrá hacerlo por haber conseguido dicha condición por obra de aquel contrato y del otorgamiento de la escritura que lo documenta, y que el artículo 1462.II dice que equivale a la entrega de la cosa comprada?

Que pueda hacerlo, y sencillamente con el fundamento que acaba de indicarse, es lo que mantiene la cuarta propuesta sin tener que recurrir a las complicadas explicaciones que para llegar al mismo resultado se hacen necesarias en la quinta⁴²⁷. Ésta es la razón que nos lleva a preferir aquélla⁴²⁸, si en la misma se lograra explicar por qué una forma de *traditio* que no lleva efectivamente a la entrega puede servir como «modo» para transmitir el dominio. Y tal explicación, a nuestro juicio, es perfectamente posible.

Basta, en efecto, para conseguirla, tomar en consideración el dato de que la entrega reviste una doble significación. De una parte, es «modo de adquirir», presupuesto, como tal, para la adquisición en el sistema del título y el modo. De otra, y en cualquier sistema

⁴²⁶ *Vide*, con todo, los reparos que contra ella opone BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 101-106 y 184, conclusión 23.^a

⁴²⁷ Cfr. GIMÉNEZ ROIG: *Tráfico jurídico..., cit.*, pp. 168-172.

⁴²⁸ Es también la adoptada por BERCOVITZ ÁLVAREZ: *op. cit.*, pp. 131 ss.

transmisivo, la entrega es cumplimiento de la obligación nacida para el vendedor del contrato de compraventa para hacer efectivo el derecho que, sobre la base de tal contrato, se concede al comprador⁴²⁹. Es cierto que el causalismo de nuestro sistema transmisivo impide la completa desconexión de estos dos aspectos de la entrega; pero también es verdad que cada uno de ellos plantea en sí mismo exigencias diversas. El vendedor no habrá cumplido cabalmente en lo jurídico-obligacional si la entrega que realiza no da satisfacción al derecho del comprador, que, como propietario, querrá poder usar, gozar y disponer de lo adquirido, lo cual, obviamente, implica tener sobre ello alguna forma de posesión inmediata o mediata.

¿Ocurre lo mismo en el plano de lo jurídico-real? ¿Plantea la entrega-*modo* las mismas exigencias que la anterior? Aquí es donde el dato legal del artículo 36 de la Ley Hipotecaria –entre tantos otros posibles– y, por encima de él, la misma razón natural, intervienen para fundamentar la respuesta negativa. La *traditio*, que tantas veces se justifica exclusivamente como simple medio exterior de constancia de la adquisición, y que, como tal, se dice no ser ontológicamente necesario para que ésta se produzca⁴³⁰, puede y debería considerarse como verdadera necesidad en ese orden de lo ontológico, no en el aspecto que se acaba de indicar, sino como medio para la obtención de lo que constituye la esencia del derecho real: el poder inmediato en la cosa, en su contraposición al solo derecho a exigirlo, como *jus in personam* o *jus in rem*. Bajo este punto de vista habría que recordar otra vez las palabras de Gamazo, a las que plenamente responde el planteamiento de Lacruz⁴³¹: *la tra-*

⁴²⁹ Para la distinción de la doble significación indicada, cfr. MORALES MORENO: *op. cit.*, pp. 214-215, y RUBIO GARRIDO: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pp. 149-182.

⁴³⁰ La idea puede verse repetidamente expuesta en GIMÉNEZ ROIG: *op. cit.*, pp., e.c., 66 y 137: «[...] el requisito condicionante genéricamente, consistente en la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa (en particular de la cosa específica pero también de las otras cosas), por el vendedor poseedor (de la cosa específica, de la cosa especificada, de la cosa creada o de la cosa adquirida) no es un imperativo ontológico sino un imperativo legal por razones de conveniencia, histórica, coyuntural o circunstancial, que atiende originariamente a una finalidad probatoria y de defensa procesal del propietario poseedor, frente a reivindicaciones poco atendibles o arbitrarias; más allá de la defensa interdictal; aunque de la defensa al propietario poseedor se pudiera aprovechar el poseedor no propietario, que injustamente se atribuye la “verdadera” pertenencia de la propiedad» (cvas. del a.).

⁴³¹ LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 12: «El Código Civil español, que admite plenamente la posesión *solo animo* (la del despojado, la del heredero), no llega a este punto (a la abolición del requisito de la tradición colocando sólo en el contrato la fuerza transmisiva) y sigue requiriendo todavía, para la adquisición de la propiedad y de los derechos reales, la tradición (arts. 609 y 1095). Pero si llegó nuestro legislador, avanzando sobre la doctrina del Derecho común, a desvincular en algunas de sus formas la llamada *tradición* de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio. Tal ocurre, a mi modo de ver, en ciertos supuestos de la sección 2.^a, capítulo VI, título IV, del Libro IV del Código civil».

dición no es la entrega; la tradición es y ha sido en todo el curso del Derecho el acto de poner a la disposición, de colocar bajo la disponibilidad de una persona la cosa que se le quiere entregar. Así, efectivamente, se la describía en los «Elementos de Derecho Civil y Penal de España», de De la Serna y Montalbán: *consiste la tradición en poner la cosa a disposición de aquel a quien queremos traspasarla*⁴³². Vista en esta perspectiva la entrega, se comprende perfectamente que el otorgamiento de la escritura pública pueda equivaler a ella: la escritura, al dar fe de la titularidad del comprador, pone el derecho de éste a su disposición, no sólo para exigir del vendedor el comportamiento consiguiente a la obligación que asumió, sino también para hacerlo valer *erga omnes*, como dueño ya actual y efectivo.

Terminamos definitivamente en este punto haciendo una afirmación, mera conclusión de lo que antecede, y añadiendo una observación fundada también en lo ya dicho. La afirmación: que en la disyuntiva interpretativa del artículo 1462.II CC propuesta por Morales Moreno, nosotros nos decantamos por pensar que la equivalencia legalmente establecida entre escritura pública y entrega, lo es «por el resultado»; esto es: que para el precepto, «la escritura, sin ser forma de entrega, logra el mismo efecto que ésta, la transmisión del derecho»⁴³³. Y la observación: que, siendo inobjetable en la tesis de Giménez Roig que en la cesión o venta de la propiedad sin posesión es imposible –y, por tanto, inexigible– la entrega material de la cosa, no resulta ya tan claro que igualmente lo sea la tradición instrumental. La claridad, más bien, habla en sentido contrario. Pero es que incluso, legalmente, cabe tantear un paso adelante. Cuando lo que se vende o cede no es un crédito sino un derecho real (aunque incorporal, como tal derecho) habría que preguntarse si su transmisión no exigiría alguna forma de tradición⁴³⁴. El artículo 609 refiere literal-

⁴³² DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, I, 14.^a ed., Madrid, 1886, p. 603.

⁴³³ Los entrecerrillados reproducen el texto literal de MORALES MORENO: *op. cit.*, p. 263. A favor de esta equivalencia, el texto ya transscrito de Gamazo explicando la conformidad del artículo 1473 con el sistema del título y el modo: «Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudirse? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota». En la doctrina más reciente, LÓPEZ BURNOL: *Valor de la escritura y de la inscripción...*, cit., pp. 214-215: «En la tradición instrumental, que no es ni una tradición simbólica ni una tradición fingida [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal simultaneidad entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del adquirente de la cosa transmitida, en concepto de nuevo dueño de la misma [...]. La *traditio* instrumental, así entendida, trae consigo: la determinación del momento en que se produce el efecto jurídico-real de la transmisión del dominio».

⁴³⁴ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 667, responde afirmativamente a tal pregunta: «Pero, respecto a la transmisión de éste (se refiere al derecho de propiedad sin posesión), no se puede prescindir de la tradición instrumental, dado lo dispuesto en los artículos 609 y 1462. 2.^º del Código Civil».

mente el sistema del título y el modo a «la propiedad y los demás derechos reales», y, sin necesidad de entrar en la exégesis y acotamiento de esas palabras al hacer tal referencia, lo cierto es que en el contrato por el que el vendedor no poseedor cede su derecho de propiedad, es plenamente distinguible la obligación por la que el vendedor se compromete a poner tal derecho en poder del comprador y la efectiva puesta de tal derecho en manos y a disposición del mismo, de forma tal que pueda hacerlo valer acrediitándolo en el ámbito *erga omnes* que por su naturaleza le es propio. Desde luego, nada impide, y, por el contrario, todo recomienda, que el tránsito de la primera de estas situaciones a la segunda venga marcado por el otorgamiento de la escritura pública. Es verdad que lo que el artículo 1526.II CC requiere para que la cesión de un derecho real inmobiliario surta efecto contra tercero es su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero esta exigencia, que responde fielmente a la función publicadora de la inscripción en nuestro Derecho, nada prejuzga sobre el momento constitutivo de aquella cesión.

b') *La función excepcionalmente constitutiva de la inscripción en el caso de la doble venta (exégesis del art. 1473 CC) y de la adquisición registral a non domino*

Aunque la claridad del sistema imponga la aceptación del carácter declarativo asignado por la Ley Hipotecaria a la inscripción registral, no es infrecuente en nuestra doctrina el rebajamiento de tal aceptación mediante el recorte de su ámbito. Siendo normalmente declarativa –se dice–, llegaría a ser excepcionalmente constitutiva cuando permite al que inscribe lucrar los saludables efectos de la fe pública registral⁴³⁵ y, sobre todo, cuando le privilegia frente a anteriores adquirentes de su mismo causante, atribuyéndole, en detrimento de éstos, la propiedad de lo adquirido sólo por el hecho de haberla inscrito a su nombre (art. 1473.II CC)⁴³⁶. Si se tiene en

⁴³⁵ Vide, e. c., GARCÍA VALDECASAS, G.: *La Posesión*, Granada, 1987, pp. 93-94: «En términos más generales puede afirmarse que la inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH)»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales...*, cit., p. 612: «Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria [...].».

⁴³⁶ Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Fuentes del derecho Hipotecario español», *Estudios...*, cit., p. 206: «Momentos hay, sin embargo, en que puede creerse aceptada una orientación decisiva hacia la sustantividad de la inscripción, o mejor dicho, en que se le atribuye valor constitutivo, por ejemplo, en el artículo 1473 que, en caso de doble venta de un inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro [...]»; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema*, cit., p. 303: «El tercero hipotecario, en

cuenta el intrincado problema de la relación existente entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, se comprenderá fácilmente que la afirmación de la doble excepción señalada no se haga siempre viendo en ella la existencia de dos lugares distintos y separados, sino recíprocamente involucrados en la zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado: en el artículo 1473.II, como en su paralelo hipotecario (el artículo 32), actuaría la fe pública registral, porque en ellos se produciría uno de esos supuestos de inexactitud registral que no impide ser mantenido en su adquisición al tercero que adquiere e inscribe en las condiciones del artículo 34 LH⁴³⁷. A la vista de este estado de cosas, nos centra-

su amplio sentido según hemos expuesto, adquiere de modo absoluto, con acción *erga omnes*, por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro y del principio de prioridad en el ciclo de la adquisición»; CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 107: «[...] podemos sintetizar nuestro pensamiento sobre el supuesto de doble venta en los siguientes puntos: 1.º Que la inscripción puede ser declarativa o constitutiva, y que es constitutiva siempre que el segundo comprador inscriba antes, y declarativa en caso contrario»; GARCÍA VALDECASAS, G.: *op. cit.*, p. 93: «La fuerza constitutiva de la inscripción se revela, en primer lugar, en cuanto ella es título de preferencia entre distintos adquirentes de un mismo autor [...] (vid., CC, art. 1473, pár. 2.^o, que contempla el caso típico de la doble venta). En este supuesto la inscripción no sólo produce una adquisición que por medio de la tradición ya no podía alcanzarse, sino que, además, tiene la virtud de resolver la adquisición efectuada por medio de la tradición anterior»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «No puede olvidarse, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad no una función meramente declarativa, sino constitutiva [...]. Me refiero al caso de la doble venta [...]. Para el caso paralelo en el Derecho y en la doctrina italiana, desde su peculiar visión del problema, cfr., e. c., FUNAIOLI: *La c. d. proprietà relativa*, cit., p. 296: «Ho concluso che l'effetto della trascrizione, dunque, è soltanto quello di dirimere il conflitto fra i successivi acquirenti di diritti sulla cosa dallo stesso dante causa, stabilendo una preferenza tra due acquisti derivativi. Se ciò è vero, un effetto costitutivo della trascrizione non mi sembra negabile e cioè quello precisamente di risolvere il conflitto, rendendo opponibile l'acquisto trascritto anche agli acquirenti anteriori [...]».

⁴³⁷ Vide SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 257: «La preferencia dada a la venta primariamente inscrita sobre la anterior no inscrita es, pues, una consecuencia del precepto fundamental del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según el cual los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero, es decir, de la fe pública registral». Aunque sin elevar a constitutiva la inscripción origen de la preferencia en el artículo 1473, pero viendo en su efecto una aplicación de la fe pública registral, PETIT SEGURA, Miguel Ángel: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p., entre otras, 145: «El artículo 1473.2.^o CC no tiene como función otorgar a la inscripción un carácter de elemento esencial en el *iter adquisitivo* de la propiedad de los bienes inmuebles, ni como sustitutivo de la tradición [...] ni como aditivo necesario [...]; simplemente viene a recordar que en virtud de los principios hipotecarios de inoponibilidad (art. 32 LH) y fe pública (art. 34) puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que pierda la propiedad el comprador que recibió primero la tradición»; RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta...*, cit., p., entre otras, 93: «Por todo ello, en nuestra opinión, habiendo quedado inalterado el tenor literal del artículo 1473.2 CC y siendo *quoad effectum* idéntica la posición jurídica del que en su virtud es protegido (bajo ningún concepto podrá ser vencido por la acción reivindicadora del comprador preterido), han variado, empero, sus presupuestos de aplicación, e incluso la naturaleza jurídica del fenómeno que constituye el substratum de la preferencia que expresa. En concreto, tal preferencia se concederá tan sólo al comprador que ha adquirido *a non domino*, por obra del artículo 34 LH, es decir, merced al juego del principio de *fe pública*» (cva. del a.). Como muestra de la llegada de este criterio a la

mos ahora preferentemente en el problema del artículo 1473 del Código Civil, atendiendo sobre todo a la sustitución de la tradición por la inscripción que en él parece operarse, y que, de producirse efectivamente, elevaría a ésta –excepcional, extraña y algo confusamente– a la condición de constitutiva⁴³⁸. De la más general adquisición *a non domino* producida al amparo de la fe pública registral nos ocuparemos después y más brevemente, ya que en ella, lejos de lo que ocurre en la solución al problema de la doble venta inmobiliaria, es muy claro que la contribución de la inscripción registral al resultado final adquisitivo tiene poco que ver con la pretendida eventualidad de su carácter constitutivo.

I. Comenzando, pues, por el artículo 1473 del Código Civil, hay que partir reconociendo la sorpresa que inevitablemente provoca su simple, aunque atenta, lectura. No puede, en efecto, dejar de llamar la atención que, después de establecido en el Código el sistema del título y el modo, en este precepto el criterio de la posesión, inmediata secuela de la tradición, resulte desplazado como

jurisprudencia, Sentencia de 4 de marzo de 1988: «Si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión [...], pero habiendo inscripción, y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil, jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral [...].»

⁴³⁸ La extrañeza ante la norma puede verse en MORELL: *op. cit.*, p. 210, quien debatiéndose entre sus preferencias por la inscripción constitutiva y el mantenimiento en el Código Civil del sistema del título y el modo, dice: «En efecto, ante nuestro Derecho civil, la tradición de los bienes inmuebles, y con ella la adquisición y eficacia de todo derecho real sobre los mismos, se verifica con arreglo a los artículos 1462 y siguientes del Código [...]. La tranquilidad de este sistema, tan espiritual como clandestino, tan sencillo como peligroso, se altera con los principios de nuestra legislación hipotecaria que introducen el desconcierto en las relaciones jurídicas, precisamente por su carácter excepcional, puesto que si fuese general y uniforme la regla, si la tradición en los bienes inmuebles sólo se verificase por medio de la inscripción, sin perderse la sencillez del sistema espiritualista, desaparecerían sus peligros, se harían públicas las transmisiones, y no existiría ninguna perturbación. El artículo 1473 del Código es el que realiza la alteración en los principios generales». Las dudas respecto a la calificación de la inscripción en la disposición del 1473.II, visto desde el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, en ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, cit., pp. 592-598, esp. pp. 596-597 «Ciertamente, no es fácil especificar la índole de la protección que a favor del tercero que inscribe su título estableció por primera vez en España el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 que en pureza responde a la necesidad de tutelar a este tercero, porque con ello la ley tutela asimismo la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; pero no precisa llegar a reconocer a la inscripción que prevé dicho precepto, la consideración de *constitutiva*, aunque el confusionismo existente en la nomenclatura jurídica empleada en este aspecto no permita todavía producirse con mayor precisión. La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino *cualificada*, porque ella *robustece o consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente que se anticipó en la inscripción de su título, lo que origina la *ineficacia* de la primera adquisición y el *cese definitivo* de la propiedad del transferente. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición y, por repercusión, *impedirá o extinguirá*, según los casos, la del segundo o ulterior adquirente».

elemento determinante de la transferencia de la propiedad inmobiliaria por el de la inscripción registral. Si en el artículo 1473 el criterio de la posesión, decisivo en cuanto a la adquisición de bienes muebles, lo es sólo subsidiariamente, tras la inscripción, en cuanto a la de los inmuebles, todo haría pensar que, al menos en la hipótesis de la doble venta que el precepto regula, la inscripción desplaza a la tradición como elemento co-determinante, con el contrato, de la transmisión y adquisición de la propiedad⁴³⁹; es decir, que en tal hipótesis la inscripción obtiene valor constitutivo.

La misma impresión podría quizá reforzarse si, saliendo de nuestro Ordenamiento, la norma del artículo 1473 se pone en comparación con lo que para el mismo supuesto se dispone en Francia –a cuyo sistema de publicidad debería su inspiración nuestro artículo y su paralelo el 32 de la Ley Hipotecaria– y donde, en la hipótesis de la doble venta, de hecho al menos y en cuanto a terceros, se reconoce valor constitutivo a la inscripción, toda vez que hasta que ella no se produzca, el vendedor sigue siendo considerado dueño de lo que ya vendió pero todavía no se inscribió, según la explicación ya vista de Troplong⁴⁴⁰. Y nada digamos si la comparación se establece con lo que ocurre en Alemania o en Suiza, donde por ley general, como es bien sabido, la inscripción (*Eintragung*), en su condición de elemento de publicidad más técnico y refinado que la posesión, sustituye a ésta para seguir al acuerdo transmisivo abstracto (*Einigung*) o al contrato causal, respectivamente, en la co-causación de la transmisión inmobiliaria (§ 873, en comparación con el 929 BGB, y art. 656, en comparación con el 714.1 del Código Civil suizo). Interpretada y explicada a esta luz, la solución deparada por el artículo 1473 para la transmisión de inmuebles se erige en feliz avanzada del criterio que con valor general debería imponerse en nuestro Derecho: el de la inscripción constitutiva⁴⁴¹.

⁴³⁹ NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 159, nota 12: «El artículo 1473 del Código civil vigente, en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas, establece que “la propiedad pertenecerá al adquirente” que antes haya inscrito en el Registro. Es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es modo de adquirir el dominio (‘por ley’, art. 609) *in loco traditione* (sic).

⁴⁴⁰ TROPLONG: *op. cit.*, pp. 216, 299-300, 355. Igual explicación, en la doctrina italiana, en FUNAIOLI: *op. cit.*, p. 296.

⁴⁴¹ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2199: «No es necesario aducir grandes argumentos para sostener que estas peculiaridades del artículo 1473 Código Civil pueden –y deben– extenderse a toda transmisión del dominio y también a la constitución y transmisión de derechos reales limitados. El primer criterio preferencial del artículo 1473 acierta a atribuir a la publicidad registral su función determinante de la adquisición del dominio. Por otro lado, la razón que mueve al legislador a atribuir a la inscripción esa eficacia constitutiva es perfectamente generalizable. Si hay incertidumbre sobre la identidad del adquirente en el caso de

En todo caso, considerado en sí mismo y supuesta la vigencia en nuestro Derecho del sistema del título y el modo, el artículo 1473, en cuanto prefiere al comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al primero que, con posesión, deja de hacerlo, aparece como una desviación⁴⁴² respecto al sistema transmisor general, o una excepción⁴⁴³ al mismo. ¿Solamente en este punto, o también en alguna o algunas de sus demás disposiciones? ¿Sustituyendo a la *traditio* por la inscripción, o exigiendo aquélla además de ésta en el adquirente protegido? Y, en función de esta última pregunta: ¿convirtiendo en este caso a la inscripción en constitutiva, o manteniéndola en su valor ordinario? Son algunas de las cuestiones que el precepto plantea y que aquí nos obligan a tener que entrar en su interpretación. Lo haremos, naturalmente, desde la perspectiva en que nos tiene situados la materia que venimos tratando: el valor de la inscripción registral en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria, y la compatibilidad de éste con el del título y el modo.

Tarea necesariamente previa a la de la solución de cada una de las numerosas cuestiones que el precepto suscita es la de situar a éste y determinar su *ratio*. Aunque distintas, y por ello separables, ambas tareas se implicarán, entrecruzándose al menos parcialmente la una con la otra. Cuando hemos dicho que tenemos que situar al artículo 1473, pensábamos en la necesidad de fijar cuál es su relación con el sistema del título y el modo; cuando señalábamos que hay que determinar su *ratio*, queríamos decir que para su interpretación se hace preciso aclarar por qué resuelve como lo hace en los distintos supuestos que distingue. En seguida podremos ver que lo uno se toca con lo otro, pero ello no impide la dualidad del planteamiento teórico separado que nos proponemos para la mejor captación de la norma en la unidad de su conjunto y en la homogénea singularidad de cada una de sus disposiciones.

la doble venta, también hay incertidumbre en una sociedad de masas tan despersonalizada como la actual en todos los casos ordinarios de transmisión del dominio».

⁴⁴² CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, 1, 13.^a ed., revisada y puesta al día por García Cantero, p. 291: «El régimen general de transmisiones imperante en nuestro Código [...] tiene importantes desviaciones derivadas del principio de buena fe. Las refleja el artículo 1473, a cuyo tenor [...].».

⁴⁴³ MONTÉS PENADÉS: *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (Coords, López López-Montés Penadés), Valencia, 1994, p. 105: «Sin embargo, el problema de la admisión de la teoría del título y el modo, y de su implantación como sistema general de adquisición derivativa de los derechos reales, no está exento de problemas en nuestro Derecho. Se producen excepciones o desviaciones en el sistema general de transmisión. De ellas, destacamos las siguientes: [...] b) En segundo lugar los conflictos que trata de resolver el artículo 1473 CC no reciben, como criterio de solución, la teoría del título y el modo [...].».

Comencemos, pues, por situar al artículo 1473. Situarlo, naturalmente, en nuestro sistema transmisor, precisando cuál es su relación con la teoría del título y el modo. La necesidad de hacerlo no exige explicación. La materia de que la norma se ocupa (la adquisición de la propiedad) y los elementos de que se sirve para resolver (posesión, inscripción, título) nos han llevado al campo donde normalmente decide en nuestro Derecho el sistema del título y el modo. ¿En qué relación se encuentra con él el artículo 1473 que, en cuanto resuelve a favor del comprador que sea primero en la posesión parece aplicarlo; en cuanto lo hace a favor del primero que inscribe, excepcionarlo, y en cuanto se limita a atender al título, abandonarlo? ¿Es el artículo 1473 una norma dependiente en su sustancia del mecanismo del título y el modo, al que seguiría dando aplicación aunque conjugándolo alternativamente con las desviaciones parciales impuestas hoy al mismo por la seguridad del tráfico, principalmente el inmobiliario?

La respuesta a las preguntas que preceden tiene, a nuestro juicio, que producirse atendiendo a dos momentos distintos. En el primero de ellos, el correspondiente a la consideración de la norma en abstracto o separadamente en sí misma, todo discurre con facilidad. El dato de que en Francia⁴⁴⁴ y en Italia⁴⁴⁵, donde no rige el sistema del título y el modo, se dé al problema de la doble venta mobiliaria idéntica solución que en nuestro artículo 1473, demuestra claramente que el contenido normativo de este precepto no es satélite que gire en la órbita de aquel sistema. Tanto en nuestro Derecho como en el comparado que acaba de indicarse, la determinación del comprador que se considerará propietario se hace al margen del criterio general establecido para la transmisión de la propiedad. De aquí puede ya extraerse una primera consecuencia en orden a la exégesis de la norma: las dudas que puedan plantearse en la interpretación de los distintos criterios de preferencia en ella elegidos no tienen por qué resolverse en el sentido que el sistema del título y el modo pudiera imponer. Con él o sin él como criterio general de adquisición, la elección del comprador preferido se produce siempre en el mismo sentido.

⁴⁴⁴ Artículo 1141 del *Code*: «Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, porvu toutefois que la possession soit de bonne foi».

⁴⁴⁵ Artículo 1155 del *Codice*: «Acquisto di buona fede e precedente alienazione ad altri.—Se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore».

Distintas pueden y deben ser las cosas en un segundo momento: el correspondiente a la consideración del artículo 1473 no aisladamente y en sí mismo sino en su integración en nuestro ordenamiento. Sin desmentir lo antes dicho, habría que considerar ahora al comprador preferido, no en la peculiar condición que le hace ser preferente y convertirse en propietario, sino, supuesta aquella condición, en la de adquirente de la propiedad que de la misma se sigue. En este momento nada justifica que al comprador preferido no se le exija para llegar a ser propietario lo mismo que en las circunstancias ordinarias de la adquisición de la propiedad se exige a cualquier adquirente. Más brevemente dicho: los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1473 no vienen decididos por el sistema del título y el modo, *pero* la decisión de la ley a favor del comprador preferido no tienen por qué suponer que se dispense a éste respecto de los requisitos necesarios para toda adquisición normalmente eficaz. En nuestro Derecho, obviamente, estos requisitos son el contrato transmisivo válido y la tradición en cualquiera de sus formas legalmente admitidas. A partir de aquí habrá de obtenerse otra consecuencia para la interpretación del precepto: las dudas que en él puedan plantearse, no ya acerca de la razón de la preferencia, sino de la consecuencia que de ella se sigue —la conversión del comprador preferido en propietario— deben resolverse en nuestro Derecho a favor de las exigencias que impone el sistema del título y el modo.

Y, situado de acuerdo con lo anterior el artículo 1473, queda todavía por llevar a cabo la segunda y complementaria tarea que, como previa a su interpretación, nos habíamos propuesto: la captación de su *ratio*. Las cosas discurren aquí con toda facilidad. Basta con acudir a las *Concordancias* de García Goyena para cerciorarse de que la norma en estudio no pretende hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos «la protección del tráfico jurídico». Cuando en su primera parte, siguiendo al artículo 982 del Proyecto de 1851⁴⁴⁶, recurre a la posesión como criterio determinante de la preferencia en la adquisición mobiliaria, no lo hace conectando con el artículo 609, sino con el 464. El primer comprador que no entra en la posesión de lo que compró permite la situación en la cual, un nuevo comprador del todavía poseedor, al entrar en la posesión de la cosa, será mantenido en su adquisición, porque

⁴⁴⁶ Artículo 982: *Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo, en ambos casos, al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la sección 3.^a, capítulo III de este título.*

para él la posesión adquirida de buena fe equivale al título. En su primer párrafo, el artículo 1473 es una norma que, apartándose de lo que en la transmisión constituye la norma ordinaria, se basa en «la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas cuando están ya en manos de terceros»⁴⁴⁷.

De la misma forma se entiende la preferencia legal establecida en el segundo párrafo a favor del comprador que se adelanta a inscribir. Proyectándose ya la creación de un Registro de la Propiedad que en materia de inmuebles debiera realizar la función que la posesión había llegado a desempeñar en materia de muebles –realidad ya ese Registro al tiempo de promulgarse el Código Civil–, se entiende perfectamente que al primer comprador que no inscribe se dé igual trato que al que en la adquisición mobiliaria no entró en la posesión: también él permite que, desconociendo la venta y confiando en la inscripción, pueda todavía un tercero adquirir de quien ya vendió, creyéndole aún dueño. El silencio de García Goyena, en este punto⁴⁴⁸, y el laconismo de Luzuriaga en el comentario al artículo 1859 del Proyecto de 1851⁴⁴⁹, al que se remitía el 982, resulta perfectamente suplido por las palabras de Gómez de la Serna en la explicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria: el primer comprador, al omitir la inscripción, dio «oportunidad a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que pare-

⁴⁴⁷ GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., p. 521, en el comentario al artículo 982 del Proyecto: «El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior (*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad...*): esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros. Además se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público; en los muebles le falta este recurso».

⁴⁴⁸ GARCÍA GOYENA: ib: «La legislación romana y la de Partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce».

⁴⁴⁹ Como es conocido, y consta por el testimonio de García Goyena en la nota al título XIX del libro III, p. 927, las concordancias y comentarios en esta materia son obra de Luzuriaga. Decía el artículo 1859 del Proyecto: *Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título*. Comentaba LUZURIAGA: «Los artículos 1859 y 1860 son la aplicación exacta del principio consignado en el artículo anterior (art. 1858: *Ninguno de los títulos sujetos a inscripción... surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público...*); y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la gran importancia del objeto que encierran, y que no debía dejarse dependiente de interpretaciones, en lo cual se ha seguido el ejemplo de los artículos 440 y 441 austriacos, 59 bávaro, 2134 del Código francés, 96 de Wurtemberg, 48, 49 y 50 de Ginebra».

cía suyo en el Registro»⁴⁵⁰. En este sentido, el artículo 1473 aparece como una norma que, teniendo que elegir entre el comprador anterior que permite la subsistencia de una apariencia jurídica contraria a su derecho y el posterior que adquiere confiando en ella de buena fe, decide a favor de este último⁴⁵¹. Sólo así se le puede entender como norma unitaria en la que, evitado el zigzagüeo entre la adquisición derivativa y la originaria⁴⁵², entre la aplicación del título y el modo y la protección registral⁴⁵³, manteniéndose en toda ella una *eadem ratio decidendi*, la posesión, siempre entendida en el mismo sentido, viene a cumplir, *jure meritoque*, la misma función que la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque en nuestro Derecho tal inscripción no obtenga el valor de constitución del derecho real que, en general, para la transmisión de muebles e inmuebles, el artículo 609 del Código Civil atribuye a la tradición.

De la anterior tarea de situación y captación de *ratio* del artículo 1473 pueden extraerse ya algunas consecuencias importantes para su interpretación. De una parte, si las normas de preferencia que el precepto contiene no vienen decididas por el sistema del título y el modo sino que sacrifican la aplicación de éste en beneficio de la adquisición de buena fe, habrá que prevenirse contra el escándalo al comprobar que la elección a favor de uno de los compradores supone el sacrificio de la propiedad ya adquirida por otro de

⁴⁵⁰ SERNA: *op. cit.*, p. 568.

⁴⁵¹ Así, PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 79, 105, 108, 135-136; LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217. Nosotros mismos mantuvimos esta interpretación del artículo 1473 como norma de protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp. 405-408).

⁴⁵² Admite la alternancia entre la adquisición originaria y derivativa en el comprador preferido, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 90, 116: «[...] nosotros entendemos que la proliferación y consolidación de variopintos modos legales de adquisición a *non domino* ha alterado *in radice* el sentido histórico que animaba al artículo 1473 CC [...] A nuestro entender, la norma, inalterada en su formulación, recibe ahora la filiación adoptiva de otro progenitor, de catadura muy diversa, y deviene, en suma, un cruce de caminos, que sigue alumbrando, en ocasiones, cabales aplicaciones de los artículos 609 y 1095.2 CC o que conducen a ellas (como la hipótesis contemplada por el art. 1473.3.II) (*su lugar de nacimiento*), pero que también engendra, en otros casos, aplicaciones no menos rigurosas de los artículos 464 CC por lo que se refiere a los bienes muebles, y 85 C. com. cuando, además, son mercaderías vendidas en tiendas abiertas al público, y 34 LH, por lo que hace a los inmuebles (*su nuevo lugar de co-residencia*)» (cva. del a.).

⁴⁵³ En contra, MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, X, 3.^a ed. Madrid, 1919, p. 175, refiriéndose la posesión en la adquisición inmobiliaria, en defecto de inscripción: «No existiendo, por lo tanto, inscripción en el Registro, la tradición recobra el valor que le concedía la ley de Partidas y que tiene respecto de los bienes muebles»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 255, atendiendo al distinto criterio de preferencia según la transmisión sea de muebles o inmuebles inscritos: «El Código Civil, en su artículo 1473, armonizó la doctrina tradicional, que mantuvo para bienes muebles e inmuebles no inscritos, con la doctrina hipotecaria, que estableció para los inscritos. Respecto de los primeros, concede el dominio a quien primero hubiera entrado en la posesión de la cosa con buena fe. La función traslativa del dominio se centra, pues, sobre la posesión o, mejor dicho, sobre la tradición».

acuerdo con aquel sistema⁴⁵⁴. El artículo 1473, en cuanto viene a establecer entre compradores sucesivos de un mismo vendedor particulares criterios de preferencia adquisitiva, distintos al que, con independencia de cualquier distingo, resultaría de la pura y simple aplicación del sistema de título y el modo; esto es, siempre que el criterio de preferencia no se cumpla en el primero de los compradores⁴⁵⁵, es una norma consagradora de distintas formas de adquisición *a non domino*⁴⁵⁶, lo cual supone que las sucesivas compraventas concurrentes son compraventas perfectas y ejecutadas⁴⁵⁷, y que

⁴⁵⁴ Manifiesta tal escándalo, y en razón del mismo fuerza la literalidad de la ley, MANRESA: *op. cit.*, pp. 176-178: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero, en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que se emplean. Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473 [...] ¿No es esto así? Pues conviene variar la redacción del artículo 1473 en la primera reforma del Código, para que no pueda sospecharse siquiera que el legislador, amparando el abuso, y consumando un despojo, otorga preferencia a quien en justicia no puede merecerla [...]». Ateniéndose a la letra del artículo 1473, resulta que el poseedor que adquirió la finca de quien no era dueño, adquiere la propiedad en perjuicio de aquel cuyo derecho deriva del verdadero dueño. Ahora bien; ¿es posible, lícita y jurídicamente, que el hecho de la posesión ejerza tan decisivo influjo y que justifique esa consecuencia a todas luces absurda? [...]. Atendiendo más específicamente a la adquisición registral inmobiliaria, MORELL: *op. cit.*, p. 210: «El artículo 1473 del Código es el que realiza la alteración en los principios generales. Vendida una finca a dos o más personas, la adquiere aquel que primero la haya inscrito a su nombre en el Registro. Este precepto sería enteramente justo si la inscripción significase siempre la tradición de los bienes inmuebles; pero no siendo así, adquirido ya legalmente el derecho real por la posesión, la escritura o el acuerdo de las partes, el artículo 1473 aparece como una anomalía, como un privilegio irritante, como una injusticia manifiesta, como un despojo o una privación de derechos adquiridos legalmente con anterioridad, sin que el hecho de fundarse en otra ley pueda servir de disculpa a ese privilegio».

⁴⁵⁵ «Si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza», dirá GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 567. En la actual doctrina, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 90-91: «[...] cuando, planteado el conflicto de la doble venta, el comprador de inmueble que inscribe en primer lugar con buena fe, es, además, el comprador que, con independencia de haber sido el primero o el segundo en perfeccionar el contrato, había ya adquirido la propiedad según lo establecido por los artículos 609 y 1095.2 CC para la adquisición *ex contractu*, asistimos a la protección, brindada por el artículo 1473.2 CC de una adquisición a título derivativo, *a domino*, por transmisión. [...] Sin embargo, la verdadera piedra de toque de la interpretación del artículo 1473.2 CC en la que queda embebido todo el *pathos* que el nuevo criterio de preferencia rezuma, no es otra sino ventilar cómo y por qué, en las demás ocasiones, el comprador adquiere».

⁴⁵⁶ LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 15: «Naturalmente, cuando el segundo adquirente entra en la posesión real de la finca, sin que antes la haya tenido el primero, se produce una adquisición *a non domino*. La cuestión está clara en los antecedentes históricos»; AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 290: «Se trata de ventas sucesivas de un inmueble hechas a distintos compradores por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta». Mantuvimos este criterio interpretando el artículo 1473 en *La representación aparente...*, cit. pp. 405-408.

⁴⁵⁷ Así, AMORÓS: *op. et loc. ant. cit.*: «El problema se plantea entre dos compradores con tradición (real o instrumental) a su favor, no entre un comprador sin tradición y otro en que la posesión ya ha sido entregada»; LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217: «Quiere decirse con ello que, en el supuesto de doble venta, existe título y modo en ambos casos; y pre-

el *topos* de la «doble venta» no es incompatible con el de la «venta de cosa ajena» ni resulta desplazado por él; constituye, por el contrario, un peculiar supuesto del mismo, específicamente considerado y regulado por la ley en razón de su peculiaridad⁴⁵⁸. De otra parte, y según hemos dejado ya indicado, si al adquirente de buena fe, por el hecho de serlo, no hay por qué dispensarlo de los requisitos ordinarios de toda adquisición válida en Derecho –exceptuado, naturalmente, el defecto de titularidad o legitimación de su transmisor, que en su favor suple la ley–, se comprenderá que el artículo 1473 habrá de interpretarse en el sentido que permita ver cumplido en el comprador preferido los requisitos exigidos por el sistema del título y el modo; es decir: efectuada ya en su favor la tradición⁴⁵⁹.

Avanzado cuanto precede, estamos ya en condiciones de entrar en los problemas capitales de interpretación planteados por el artículo 1473 de nuestro Código Civil. Referidos a los criterios legales de preferencia, y de acuerdo con el orden que sigue el precepto, son los siguientes:

cisamente porque en ambos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas».

⁴⁵⁸ Con distinta acentuación, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 51: «Nada, de hecho, impide que el conflicto de la doble venta se perfile cuando el primer comprador haya recibido ya la entrega con eventual valor traditorio, es decir, cuando un segundo comprador perfeccione un contrato válido de compraventa sobre la misma cosa o derecho con el mismo vendedor, que ya es, como bien se puede aprehender, un *non dominus*», y PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 106: «En consecuencia, la doble venta y la venta de cosa ajena o adquisición a *non domino* tienen, al menos, un punto en común: existe doble venta y, por tanto, es aplicable el artículo 1473, cuando se da una subespecie de la adquisición «a non domino», la venta por el «ex dominus», es decir, por quien era dueño pero ya no lo es en el momento de perfeccionar o consumar (por la entrega o tradición) un contrato de compraventa, debido a que con anterioridad ya había consumado otra anterior, si bien no en forma definitiva o inatacable (según con la posesión material de la cosa mueble o con la titularidad registral del inmueble)». En contra, ALBALADEJO: «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *RDP*, 1976, pp. 885-886: «Las varias ventas, han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida definitivamente por un comprador, pues lo que se tiende es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma cosa por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la *venta de cosa ajena*, y no por la de la *venta múltiple*» (cva. del a.); GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, XIX, Madrid, 1980, p. 249: «Por definición las diversas compraventas deben haber sido realizadas antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación», remitiendo en nota a Albaladejo.

⁴⁵⁹ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 253: «Basta tener en cuenta que la tradición y la fe pública entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisor, en tanto la fe pública entra en juego dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición es en cuanto a la preexistencia del derecho en el patrimonio del disponente, es decir, sólo en un limitado aspecto, que es, por otra parte, ajeno a la necesidad de tradición».

En el primer criterio: ¿Cómo debe entenderse la «toma de posesión» (*... persona que primero haya tomado posesión de ella...*) a que se refiere el párrafo primero para decidir a cuál de los compradores se reconoce la propiedad en la doble venta de cosa mueble? Si en el artículo 1473 –concretamente ahora en su primer párrafo– se quiere ver una aplicación del sistema adquisitivo del título y el modo, habrá de entenderse que la toma de posesión a que se refiere el precepto será la resultante de cualquiera de las formas de tradición permitidas en aquel sistema y consagradas hoy como tales en nuestro Código Civil (arts. 1462 y 1463)⁴⁶⁰; por el contrario, si el precepto se interpreta como un exponente del moderno Derecho protector del tráfico de buena fe, la toma de posesión en él indicada habrá de entenderse literalmente como expresión de la entrada material en la posesión de la cosa comprada⁴⁶¹. Por todo lo antes dicho, nosotros pensamos que esta segunda interpretación es la acertada. Vimos ya en García Goyena que el primer párrafo del artículo 1473 conecta con el 464, no con el 609 CC. Si la posesión juega en él en su función reveladora, como manifestación o apariencia de propiedad, la «toma de posesión de ella de buena fe» a que el legislador se refiere tiene que ser la resultante de la entrada en la posesión mate-

⁴⁶⁰ Como una aplicación de la teoría del título y el modo aparece en la *Novísima Recopilación* (IX, 4, 17) la norma de solución al conflicto de la doble venta: «En caso de que algún comerciante hiciere contrato o negocio con otro, y antes de perfeccionarle con la entrega de los efectos contratados pasare a ejecutar segunda venta de ellos a otro, y le hiciere su entrega, será visto no tener acción el primero con quien había contratado contra el segundo, cuya negociación deberá subsistir por haberse perfeccionado, y transmitido el dominio en él con la entrega de los géneros; pero competirá al primer comprador acción contra el vendedor...». Desde esta concepción se entiende la crítica de MANRESA: *op. cit.*, pp. 175-176, al primer párrafo del artículo 1473, por considerar que, contra los principios de justicia, la entrada en la posesión en él indicada debe interpretarse como la entrada en la posesión material de la cosa comprada: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero –dice– en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que se emplean. Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de la tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473 [...] Sin embargo, fuerza es reconocer que aunque esa fuese la intención del legislador, y así queremos creerlo en interés de los principios de justicia, el artículo 1473, literalmente interpretado, no es eso lo que dice. La posesión es sólo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo». En la línea indicada y en la actual doctrina, partidarios de incluir toda forma legal de tradición en la toma de posesión determinante de la preferencia del comprador, aunque sea en contra de la literalidad de la ley, ALBALADEJO: *op. ult. cit.*, pp. 888-889; GULLÓN: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 33.

⁴⁶¹ Interpretación ésta mayoritaria en la doctrina y más frecuente en la jurisprudencia, según puede verse en GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, pp. 252-254, quien también se inclina por esta opinión. La sostienen, en el estudio monográfico del problema, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 83-88, y PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 137.

rial. No obstante a esta interpretación el dato de que en el Proyecto de 1851 y para García Goyena la norma ahora en estudio se enmarca en un sistema adquisitivo puramente consensual, ajeno, por tanto, al posteriormente adoptado por el Código Civil. Si el sistema del título y el modo puede subsistir hoy como mecanismo rector de las transmisiones jurídico-reales es porque el Derecho moderno lo compatibiliza y conjuga con el de la protección de los terceros adquirentes de buena fe. En estas adquisiciones, tratándose de muebles, a la posesión material corresponde la misma función que a la publicidad registral cuando se trata de inmuebles. Ésta es, justamente, la idea que inspira y da unidad y armonía al artículo 1473 CC. De acuerdo con él, y según su primer párrafo, cualquier adquisición mobiliaria por tradición no real sucumbirá ante la posterior con toma material de posesión efectuada de buena fe. Es que, según dejamos ya indicado, el artículo 1473 no decide por aplicación del sistema del título y el modo, aunque tampoco exime al comprador preferido de las exigencias requeridas para la adquisición en tal sistema.

Segundo criterio de preferencia, primero para la doble venta inmobiliaria: *Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*. En torno a la escuetísima y simple literalidad del artículo 1473 en la indicación del criterio legal de preferencia cuando se trata de doble venta de bienes inmuebles se suscitan, entrelazados aunque de distinta naturaleza, varios problemas: ¿por qué se hace pertenecer la propiedad al adquirente que inscribe, y en qué afecta ello a la naturaleza y valor de la inscripción registral?; al adquirente que inscribe, pero, ¿mediante qué inscripción: sólo la que, apoyada en otra anterior, opera el prodigio hipotecario de la fe pública registral, o también la que sea primera inscripción?; y, finalmente, ¿basta al adquirente o comprador preferido inscribir, o deberá hacerlo de buena fe?

El primero de los interrogantes ahora concretamente planteados ha sido ya tratado y suficientemente respondido desde una perspectiva más general en la anterior presentación y enmarque del precepto en estudio. Más específicamente podemos precisar ahora que el interés por la seguridad del tráfico inmobiliario tendrá que traducirse en esa peculiar efectividad del instrumento que la sirve, consistente en el principio de prioridad, en concurrencia con el de inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe⁴⁶². ¿Quiere ello decir que tal

⁴⁶² Cfr. destacan la prioridad, e.c., MANRESA: *op. cit.*, pp. 174-175; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 159-160; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 256; AMORÓS: *op. cit.*, pp. 288-290, invoca directamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito. Ve, en cambio, en el artículo 1473.II una aplicación de la fe pública registral, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 257-258.

prioridad-inoponibilidad convierte excepcionalmente en constitutiva a la inscripción en el caso previsto en el artículo 1473.II CC? Sabemos ya que así se ha sostenido a veces en nuestra doctrina⁴⁶³; y así podría parecer a la vista apresurada del paralelo entre posesión e inscripción en la adquisición de muebles e inmuebles, respectivamente, que al menos para la hipótesis de la doble venta parecería establecer nuestro artículo 1473, y que con carácter absolutamente general preside el mecanismo adquisitivo ordinario en el BGB y en el Código Civil suizo. Pero, apenas se atienda algo más a la peculiaridad de nuestro Derecho, podrá comprobarse que en él las cosas funcionan de otro modo⁴⁶⁴. Dos razones, al menos, impiden considerar como

⁴⁶³ NÚÑEZ LAGOS: *op. et loc. ant. cit.*: «El artículo 1473 del Código Civil vigente [...] es un precepto atributivo de propiedad. La inscripción en este caso es *modo* de adquirir el dominio (“por la ley”, art. 609) *in loco traditione (sic)* [...] El Código Civil español (1473), arrastrando frases de los artículos 982 y 1850 del proyecto de 1851, centra el problema, no en la preferencia de un título y en la postergación de otro, sino en la adquisición de la propiedad, esto es, en la teoría de los modos de adquirir»; VILLARES: *op. cit.*, p. 303: «[...] ésta (la inscripción) deviene constitutiva [...] por la eficiencia de la publicidad del Registro y del principio de prioridad en el ciclo de la adquisición». Más recientemente, y con énfasis, PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «No puedo olvidar, sin embargo, que nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral no una función meramente declarativa, sino constitutiva. Y no se trata de un supuesto de derecho real limitado [...] sino que se trata de dominio, adquirido por cualquier título oneroso. Me refiero al caso de la doble venta, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha extendido la regla del artículo 1473 del Código Civil a “todo contrato de finalidad traslativa a título oneroso (Sentencia de 17 de diciembre de 1984)” [...] Esta regla del Código Civil tiene, a mi juicio, una importancia muy singular para la tesis –que aquí trata de defenderse– de la conveniencia de adoptar el sistema de inscripción constitutiva; y la tiene por dos razones principales: porque el artículo 1473 Código Civil antepone los medios de publicidad –Registro y posesión– a los vehículos de forma –títulos, documentos– para fijar el momento en que surge la propiedad; y porque recurre al Registro para determinar la adquisición de la propiedad en un supuesto de incertidumbre social del adquirente».

⁴⁶⁴ Así, recientemente, en polémica con Pau Pedrón, LÓPEZ BURNIOL: *op. cit.*, pp. 216-217: «Frente a esta concepción (la sostenida por PAU sobre la sustitución del modo por la inscripción y el consiguiente valor constitutivo de ésta), a mi juicio claramente forzada y predeterminada en su desenvolvimiento para justificar una conclusión anticipadamente fijada, puede entenderse –con LACRUZ– que, partiendo del valor tradicional de la escritura, cabe interpretar el artículo 1473.2.^º del Código Civil sin convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición. Es decir, que el artículo 1473 no supone una excepción a la regla general del sistema traslativo del dominio, sino una simple especialidad resolutiva de un supuesto concreto de conflicto, cuyo contenido, ni sustituye a la tradición por la inscripción, ni atribuye a ésta un carácter constitutivo. Quiere decirse con ello que, en el supuesto de doble venta, existe título y modo en ambos casos; y precisamente porque en ambos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas; y dicho criterio no puede ser otro que primar la apariencia [...]: y esta apariencia es, en primer lugar, la inscripción en el Registro y, en defecto de ésta, la posesión. Pretender, como hace Pau, que en estos casos la inscripción se antepone al “vehículo” que es la escritura, es desorbitar la función de la inscripción en este caso; y defender la generalización de esta “especialidad” desorbitada a todo el sistema no tiene, según mi modo de ver, justificación alguna». En el estudio de la doble venta, niegan la necesidad de que sea constitutiva la inscripción determinante de la preferencia del comprador que lleva su adquisición al Registro, tanto PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 145-146, como RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 104 y 146-149.

excepcionalmente constitutiva la inscripción registral indicada en el segundo párrafo del artículo 1473. La primera: que su paralelo, la posesión que aparece en el párrafo primero, no es la general posesión-modo que, siguiendo al título, produce la transmisión de la propiedad, sino, como ya se vio, la posesión material y efectiva que visibiliza naturalmente *erga omnes* el hecho de la adquisición. Y la segunda: que la finalidad pretendida por el artículo 1473 no es establecer una alternativa excepcional al sistema adquisitivo ordinario, sino, supuesto éste, establecer criterios de solución a la incompatibilidad resultante de la patológica concurrencia de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada o separada. Se entiende, así, que la inscripción determinante de la preferencia del comprador que publica su adquisición en el Registro de la Propiedad no supla ni haga las veces de la tradición-modo, sino que la suponga ya realizada en el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462.II CC)⁴⁶⁵ sin la cual, ordinariamente, no es posible la práctica de la inscripción (art. 3 LH). Se entiende, así, también, que aquella misma inscripción no deba explicarse como pieza de un mecanismo adquisitivo que sin ella quedaría incompleto, sino como dato añadido a tal mecanismo –en tanto que ajeno a él, de suyo– en condición de factor determinante de la preferencia legal a favor del comprador que va a reconocerse propietario. A nadie puede extrañar que un ordenamiento preocupado por la seguridad de las adquisiciones y por la efectividad del Registro creado a su servicio, en trance de tener que elegir entre los sucesivos compradores, se decante en primer lugar por el que inscriba su adquisición: aunque no haya sido éste el primero ni el único en consumar el mecanismo de suyo apto para adquirir, la suya es una adquisición que, en cuanto «*plus quam perfecta*», según se la ha calificado en nuestra doctrina⁴⁶⁶, deberá prevalecer sobre cualquiera otra en conflictiva concurrencia con ella⁴⁶⁷.

Así entendida la *ratio* inspiradora del criterio de preferencia establecido en el segundo párrafo del artículo 1473 CC, queda todavía como subproblema en su interpretación la precisa determinación de cuál sea la inscripción registral que decide el reconocimiento de la propiedad a favor del adquirente que «antes la haya inscrito en el Registro». El planteamiento de la cuestión puede sorprender

⁴⁶⁵ Así, entre otros, ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 229-230; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., pp. 10 y 16; AMORÓS: *op. cit.*, p. 290; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 670.

⁴⁶⁶ PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp., e.c., 78, 105, 106, 146.

⁴⁶⁷ STS de 4 de marzo de 1988: «[...] pero habiendo inscripción, y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir (la posesión), por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral...».

si, al formularla, sólo se atiende a la letra del artículo 1473. El precepto del Código se produce con generalidad completa y, al parecer, no problemática: con tal de que se adelante, por tanto, cualquier inscripción, sean cuales fueren sus circunstancias, puede valer para decidir el problema de la adquisición de la propiedad en la doble venta inmobiliaria. Sin embargo, la cuestión se suscita en nuestro Derecho, y recibe soluciones diferentes en la doctrina a consecuencia de la peculiar convivencia de los artículos 32 y 34 en el mismo cuerpo de nuestra Ley Hipotecaria. Cada uno de estos preceptos, como se sabe, parecen enunciar el efecto sustancial de la publicidad en dos modelos registrales distintos, habitualmente opuestos en su recíproca comparación, y, en todo caso, difíciles de reducir a armónica unidad. El artículo 32 parece proteger, sin más, al titular que inscribe frente al que deja de hacerlo; el 34, en cambio, exige al protegido por inscribir haber adquirido de titular ya inscrito. Ésta es la duda que, como particular subproblema, ahora se plantea: ¿basta cualquier inscripción, incluso la primera de dominio que encabezará el folio abierto a la finca, para preferir entre los demás al comprador que primero inscribe, o es necesario que sea una inscripción fundamentada en otra anterior y derivada de ella?; ¿basta inscribir para ser protegido, o se exige además haber adquirido de titular previamente inscrito?

Los partidarios de la absorción del artículo 32 en el 34 de la Ley Hipotecaria, viendo en la particularidad del criterio de preferencia establecido en el artículo 1473.II del Código Civil, paralelo al 32 de la Ley Hipotecaria, una adquisición regstral *a non domino*, y entendiendo que ésta, según el 34, exige siempre adquirir de quien en el Registro aparece como titular con facultades para transmitir, añadirán al segundo párrafo del artículo 1473 un requisito que su letra no impone: la propiedad pertenecerá –habría de entenderse de acuerdo con esta tesis– al adquirente que, habiendo adquirido de titular previamente inscrito, antes haya inscrito su adquisición en el Registro⁴⁶⁸. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria –se viene a decir– no puede ser, por sí solo, fuente de adquisición *a non domino*⁴⁶⁹. De acuerdo con esta opinión, el «germánico» artículo 34 no se limita a hacer desaparecer de nuestro Ordenamiento al «latino» artículo 32, en su confrontación

⁴⁶⁸ Así, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 257; ALBALADEJO: *Pluralidad de ventas...*, *cit.*, p. 890; PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 147; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 94-96.

⁴⁶⁹ PETIT SEGURA: *op. et loc. ant cit.*: «[...] por la vía del artículo 1473.2.^º no es correcto establecer una excepción al artículo 34 LH en cuanto al requisito de la previa constancia del vendedor o transmisor como titular regstral, origen de la apariencia jurídica que producirá, en su caso, la adquisición *a non domino*»; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 97: «Y, dado que la inmatriculación no puede ser base para ninguna adquisición *a non domino*,

intrahipotecaria con aquél, sino que, además, reduce a la inanidad el segundo párrafo del artículo 1473 del Código Civil: sin necesidad alguna de él, el comprador que adquiere de titular registral e inscribe, verá protegida su adquisición frente a cualquier otro anterior no inscrito, en virtud del efecto sanante de la fe pública registral, según lo proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta interpretación se alzan varios obstáculos, algunos de ellos, en nuestra opinión, insuperables. Incumpliendo, en efecto, la vieja máxima que alertaba contra la arbitraría introducción en la ley de distinciones sin apoyo en la misma (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), se opone al espíritu y choca contra la letra del artículo 1473. Se opone a su espíritu porque, como ya se vio, la peculiar *ratio* de este precepto no es propiamente –directamente en sí misma y por sí sola– la protección de quien adquiere de titular apparente (registral, en el supuesto del art. 1473.II CC), sino la de quien, tras haber perfeccionado un proceso adquisitivo válido en sí mismo, se destaca frente a cualquier otro posible adquirente en concurrencia con él, coronando aquél con el medio de publicidad que más eficazmente visibilice *erga omnes* su propia adquisición, y de tal forma impida la formación o prolongación de apariencias entorpecedoras del tráfico: así es como se entiende la unidad de función y, al mismo tiempo, la ordenación sucesiva de inscripción, posesión y título en el artículo 1473. Y choca con la letra del precepto, decíamos, porque contra el orden en él claramente establecido, la interpretación a que nos referimos lleva a dar primacía, cuando se trata de primera inscripción, a la adquisición del comprador con posesión o título frente al que «antes la haya inscrito en el Registro»⁴⁷⁰. Nada, en nuestra opinión, exige ni justifica esta subversión del orden legalmente establecido. Cualquier inscripción, tanto la primera como la causalmente engarzada en otra anterior, es, frente a la posesión y el título, causa de preferencia del comprador que inscribe⁴⁷¹. El artículo 1473 no es norma ins-

el otro comprador no inmatriculante podrá perseguir la cancelación del asiento obrado y su sustitución por el suyo, mediante la plena prueba de su título y de que él fue el único que entró en posesión de la finca vendida (o que fue el primero en hacerlo) (*y este comprador habría probado, justamente, su adquisición a domino, en virtud de lo establecido por los arts. 609, 1095.2 y 1473.3.I CC*) (cva. del a.).

⁴⁷⁰ Vida RUBIO GARRIDO: *op. a et loc. ant. cit.*

⁴⁷¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil II*, 6.^a ed., 1993, p. 314: «En realidad, el artículo 1473 se limita a sancionar al que no inscribe frente al que inscribe, luego el primero no debe nunca ser preferido bajo el pretexto de que el segundo, aunque inscribió, no está protegido por el artículo 34 LH»; GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario..., cit.*, II, p. 427: «Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, y no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que

pirada por el principio de fe pública registral, sino por el de prioridad e inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito al tercero que inscribe. Es cierto que cuando este último principio se conjuga con el anterior en un mismo sistema puede producirse la superposición de ambos en una zona común; pero nada impide que, cuando ello no ocurre, el de inoponibilidad pueda jugar separadamente sin necesidad de apoyo en el de fe pública registral. Es ello lo que ocurre cuando el comprador que inscribe es quien por primera vez lleva la finca al Registro.

Al mismo resultado que aquí venimos manteniendo, se llega a veces en nuestra doctrina, pero por camino diferente. También la primera inscripción –según se dice– decide a favor del comprador que la obtiene, pero no porque el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (paralelo al 1473.II CC) permita la existencia de una zona de protección registral distinta a la del 34 y autónoma frente a él, sino porque el comprador que se adelanta en la inscripción no es «tercero hipotecario», sino parte que contrata y adquiere de un *verus dominus*⁴⁷²; o –algo más templadamente y desde una concepción diferente del tercero hipotecario– porque, aunque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria dibujen campos de protección registral diferentes, careciendo la venta anterior no inscrita de eficacia jurídico-real completa, es la que se inscribe la que, en razón de «la eficacia real plena de la publicidad», despliega tal eficacia a favor del comprador que a través de dicha venta adquiere de quien hasta entonces no ha dejado de ser dueño de la cosa vendida⁴⁷³. Una y

ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es instantáneo porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculado, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH».

⁴⁷² PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2197: «[...] he de hacer la puntualización [...] de que esa eficacia constitutiva en el caso de la doble venta se produce también tratándose de inmatriculación; no porque el comprador sea “tercero latino” del 32 de la Ley Hipotecaria (este tercero tendría que reunir, en mi opinión, los mismos cuatro requisitos del tercero del 34 –me confieso radicalmente monista–), sino porque el comprador, en el caso de doble venta, no es tercero hipotecario, sino que es segundo, es parte que contrata con un *verus dominus* –no se ha producido una transmisión de dominio anterior, sino sólo un contrato de compra-venta anterior–».

⁴⁷³ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 81-82: «Para evitar la *reductio ad absurdum* no hay más remedio que interpretar el artículo 1473.2 CC en la única forma posible, a pesar de las desorientaciones de la doctrina; es decir, en el sentido de que *la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición a domino), a diferencia de los supuestos de “venta de cosa ajena” y de “venta sin objeto o sin legitimación”*. En definitiva, de acuerdo con los términos del artículo 1473.2 CC, y de acuerdo con la interpretación dualista de los artículos 32 LH y 606 del Código Civil, la doble venta tiene una interpretación lógica, concordante con la eficacia real plena de la publicidad registral y contraria a la clandestinidad [...] *la segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta no inscri-*

otra explicación, como se ve, confluyen en un mismo resultado: la negación del origen *a non domino* de la adquisición del comprador que se adelanta a inscribir. Y, por encima de sus diferencias, en ambas explicaciones se transita por un derrotero común: la intensificación del valor atribuido a la inscripción registral, ya sea en general, ya en su contribución al resultado adquisitivo concreto sancionado en el artículo 1473.II CC: o la inscripción es constitutiva en tal precepto, y por tal razón el comprador anterior que no inscribe no llega a adquirir, o, aunque no sea constitutiva, en este caso y en general es, siempre y de suyo, «conformadora de la eficacia real *erga omnes*», o «conformadora respecto a terceros», o «constitutiva en cuanto a tercero»⁴⁷⁴, de tal forma que el comprador anterior que no inscribe no llega a adquirir de lleno o plenamente la propiedad frente al que inscribe, y, en tales condiciones, adquiere del vendedor cuando todavía es dueño.

Ninguna de estas explicaciones se ajustan, según creemos, a la peculiaridad de nuestro Derecho. En él, si la inscripción tiene que entrar a dirimir cuál va a ser el comprador preferido, es porque previamente a ella se ha producido al menos otro proceso adquisitivo completo, incompatible con el que se inscribe, y determinante, desde que se consumó, de la pérdida de la propiedad por parte del vendedor⁴⁷⁵. El comprador preferido en el artículo 1473, concretamente ahora en su segundo párrafo, es, por ello, un adquirente *a non domino*. Y lo es, además, sin que, por esta razón, la inscripción se convierta en constitutiva, plenamente o sin más, ni en constitutiva en cuanto a terceros o conformadora de la eficacia real *erga omnes* del derecho inscrito. El comprador que inscribe, como los demás en liza, fundamentaría su adquisición en la reunión de los requisitos exigidos

ta tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron» (cva. del a.). Id., p. 88: «La interpretación dualista del tercero en caso de doble venta del artículo 1473.2, en consonancia con los artículos 32 LH y 606 del Código Civil, consiste sencillamente en que el segundo comprador que inscribe prevalece frente al primer comprador que no inscribió, porque éste, aunque realizó una adquisición válida, no tiene fuerza suficiente por ser de eficacia relativa, carente de oponibilidad y de efectos frente al que inscribió, que por razones de publicidad registral y de seguridad jurídica, frente a la clandestinidad, debe prevalecer a modo de inscripción “constitutiva respecto a terceros”, frente a los títulos y derechos no inscritos».

⁴⁷⁴ Las expresiones entrecomilladas pueden verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, además de en las páginas dedicadas a la doble venta en el t. II (80-90), en las pp. 557 ss., al tratar de valor, en general, de la inscripción registral y criticar el raquitismo de su valoración como exclusivamente declarativa.

⁴⁷⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación que en ella (la ley de Partida) ha introducido el artículo que estamos comentando (el 23 LH, hoy 32): si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero, si no lo hizo, dando lugar a que otro, engañado por el Registro, comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió...».

en el sistema transmisor del título y el modo; la inscripción que hace prevalecer su adquisición es sólo factor de preferencia entre adquisiciones incompatibles, como lo es la posesión material cuando falta la inscripción, o el título en defecto de inscripción y de posesión efectiva. Si la inscripción registral se erige en criterio de preferencia entre adquisiciones, es, precisamente, porque publica la propiedad ya adquirida por el comprador, no porque la atribuya o fundamente.

Sabemos que contra la tesis que venimos proponiendo puede oponerse la extendida opinión doctrinal que, en torno al problema sobre el monismo o dualismo del tercero hipotecario, niega que en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria sea posible una adquisición *a non domino* fuera del espacio rigurosamente acotado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Con frecuencia se sostiene que nuestro sistema registral nació «latino» sobre la horma del originario artículo 23 (después 32) LH, pero que posteriormente fue evolucionando progresivamente hasta quintaesenciararse en el «germánico» 34, que privaría de campo de aplicación propio al 32, y que monopolizaría la adquisición *a non domino* en nuestro Derecho inmobiliario⁴⁷⁶. No es éste, evidentemente, el lugar para entrar en la compleja problemática que esta cuestión plantea, ni de entretenérse comprobando qué hay de cierto en la pretendida metamorfosis de nuestro sistema registral⁴⁷⁷. Lo que sí podemos y debemos

⁴⁷⁶ Recoge la opinión indicada en el texto, y fundamenta sobre ella su propio razonamiento, RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 56: «Se concuerda en que la LH de 1861 siguió predominantemente un modelo de publicidad registral, comúnmente denominado francés, de corte latino, de mera oponibilidad, o de publicidad negativa, que contaba en nuestro país con los precedentes de la Contabilidad del Estado y de las Contadurías de hipotecas...»; 60: «Sin embargo la configuración y funcionamiento de nuestra publicidad registral ha ido sufriendo un vistoso proceso de mutación. Poco a poco, a través de las sucesivas reformas de la Ley Hipotecaria, irá aproximándose al modelo calificado como germánico, de publicidad positiva o de fe pública...»; 61: «[...] la paulatina pero profunda transformación de nuestro modelo de publicidad registral...»; 91: «Como quedó esbozado, el verdadero escoollo con el que aquí repetidamente se han topado los autores es la discordancia, desajuste o desavenencia entre un precepto civil –art. 1473.2 CC–, que nace como trasunto de una concepción de la publicidad registral de tipo francés o de mera eficacia negativa, y que permanece inalterado después de un siglo de vigencia, y una normativa sustantiva, ubicada por avatares de política legislativa, en la Ley Hipotecaria que, *pari passu*, lejos de petrificarse, ha evolucionado, alejándose progresivamente del molde francés en que fue forjada, aunque en su articulado quede, como un estigma, esa impronta originaria...»; 93: «[...] en nuestra opinión, habiendo quedado inalterado el tenor literal del artículo 1473.2 CC, y siendo *quoad effectum* idéntica la posición jurídica del que en su virtud es protegido (bajo ningún concepto podrá ser vencido por la acción reivindicatoria del comprador preterido), han variado, empero, sus presupuestos de aplicación, e incluso la naturaleza jurídica del fenómeno que constituye el substratum de la preferencia que expresa. En concreto, tal preferencia se concederá tan sólo al comprador que ha adquirido a *non domino*, por obra del artículo 34 LH; es decir, merced al juego del principio de fe pública» (cva. del a.).

⁴⁷⁷ A su peculiaridad, y a su originario carácter de sistema de publicidad positiva y eficacia máxima, nos referimos ya en nuestro trabajo: «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica», ADC, 1994, II, pp. 21-81.

destacar en este contexto es que, ya en 1861, Gómez de la Serna detectaba en él la adquisición *a non domino*, y que concretamente lo hacía en la explicación del originario artículo 23 de la Ley: la omisión de la inscripción registral engaña al tercero que inscribe, haciéndole creer, negativamente, que no hubo «enajenación alguna anterior hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro»⁴⁷⁸, y, positivamente, que «el dominio existía aún en el vendedor» cuando en realidad ya lo había perdido⁴⁷⁹. Es cierto que en estas palabras de De la Serna la adquisición *a non domino* se sitúa en la zona de superposición o coincidencia del artículo 32 (originario 23) con el 34 de la Ley Hipotecaria; pero esto, que responde a la normalidad de la situación imaginable una vez puesto en funcionamiento el Registro de la Propiedad, no tiene por qué excluir que también fuera del campo de la fe pública registral, según lo dibuja el artículo 34, pueda producirse en nuestro Derecho una adquisición inmobiliaria *a non domino*. Concretamente, en el caso del artículo 1473.II CC se cumplen sus requisitos esenciales: un proceso transmisivo completo y válido, anterior al consumado por el comprador que inscribe, y, no obstante él, una adquisición por éste, sin relación alguna con el primer comprador. En estas condiciones, la circunstancia de que la buena fe del comprador preferido carezca de soporte registral no puede impedir la explicación de su adquisición como una adquisición *a non domino*. Simplemente, porque la adquisición *a non domino* no está absolutamente necesitada de este requisito: sin él, justificada por la protección de las adquisiciones de buena fe, se produce –por sólo recordar un caso enteramente pacífico– cuando se adquiere de titular simulado o ficticio⁴⁸⁰. En este caso, la adquisición *a non domino* puede darse con completa

⁴⁷⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendiendo el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el registro».

⁴⁷⁹ SERNA: *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación que en ella ha introducido el artículo que estamos comentando: si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero, si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el registro».

⁴⁸⁰ Por todos, en nuestra doctrina, CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 360-365.

independencia del Registro de la Propiedad. Con el auxilio de éste puede producirse en dos formas distintas: acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473.II CC y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), o fundamentando, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentando la buena fe del tercero adquirente acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral).

Tampoco impide entender la adquisición del comprador que primero inscribe como una adquisición *a non domino* la limitación de efectos impuesta a la inmatriculación en determinados casos por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria⁴⁸¹. Simplemente, porque dicha limitación, explicada en razón de la menor solidez de la primera inscripción en tales casos, se refiere y circunscribe al campo de la fe pública registral, con la que nada tiene que ver el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, inspirador del artículo 1473.II, CC (y del 32 de la LH) y ajeno en todo a la *ratio* de aquella limitación. Los efectos en cuanto a terceros que por obra del artículo 207 de la Ley Hipotecaria quedan en suspenso son, desde luego, los que, *ex fide publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante⁴⁸², y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta; no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad e inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer, frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al Registro; precisa y solamente por la razón de haber llegado primero⁴⁸³.

⁴⁸¹ En sentido contrario, acogiendo una extendida opinión: PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 146-149; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 94-97.

⁴⁸² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., p. 314: «[...]; ciertamente que el artículo 207 L. H. priva de los efectos de la fe pública registral durante dos años a la inscripción inmatriculadora, pero en relación con los sucesivos adquirentes del inmatriculante» (cva. de los aa.).

⁴⁸³ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral* (ed. 1984), cit., p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los terceros a que aluden los artículos 28 y 207. La suspensión de efectos sólo se opera frente a su derecho, y no a los de otros cualesquiera. El adquirente inscrito y quienes de él reciben gozarán plenamente de los derechos registrales correspondientes a su situación, aun dentro del plazo de suspensión, respecto a cualquier otra persona que no sea, respectivamente, el heredero real y sus adquirentes, o bien el propietario verdadero y los suyos o el titular de un derecho real anterior a la inmatriculación (Vallet); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 426-427: «Como la “ratio” del artículo 207 de la LH es la desconfianza del legislador hacia el título del inmatriculante, no se producirá la suspensión de efectos del citado artículo, en aquellos supuestos del artículo 32 LH en que se enfrentan o se produce un conflicto entre dos títulos que derivan de un mismo “autor”, pues ambos títulos están en las mismas condiciones, y entonces es ajeno a ello el

Por último: *la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*, dice el artículo 1473.II, CC; pero hay que preguntar: ¿con buena fe, o sin necesidad de ella?; esto es: ¿debiendo desconocer el adquirente que inscribe la existencia de cualquier otra venta anterior, o a pesar, incluso, de conocerla? La duda, provocada por el silencio legal al respecto (en el artículo 1473.II, y en su paralelo, el 32 de la LH) está hoy decidida y pacíficamente resuelta por la jurisprudencia⁴⁸⁴: para que la inscripción registral dé preferencia a la adquisición que primero se llevó al Registro sobre la que, sin haber sido publicada, se consumó con anterioridad a ella, es necesario que aquella se haya llevado a cabo e inscrito de buena fe⁴⁸⁵. Pues bien, así resuelta la cuestión suscitada, sólo nos queda expresar en torno a ella dos observaciones. La

artículo 207 LH y juega exclusivamente la prioridad en la inscripción. Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, y *no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción*, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es instantáneo porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH». Una aplicación de la idea indicada en el texto, la aplicación del artículo 1473, 2 CC por la jurisprudencia para la resolver el problema de la doble inmatriculación cuando ésta coincide con el *topos* de la doble venta: entre las últimas muestras, las SSTS 25-9-97: «[...] como sientan, entre otras, las sentencias de 31 mayo 1961, 5 y 7 enero 1963, 22 junio 1972, 28 marzo 1980, 27 octubre 1983 y 30 noviembre 1989, para resolver los problemas de doble inmatriculación se aplican las normas de Derecho civil, si bien una de ellas, que es la de la preferente cualidad del título prioritario, utiliza como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título, es decir, la primera de las inmatriculaciones, criterio éste utilizado por la resolución recurrida y que, dada su validez, deber ser confirmado [...]», y 19 de julio de 1999: «Y siempre (salvo que se demuestre la nulidad de la transmisión más pretérita) deberá prevalecer el asiento más antiguo, tanto si la disparidad tabular viene provocada por una doble venta, como por cualquier otra causa. Si la duplicidad registral fue provocada por una doble venta, porque así lo impone, sin contemplaciones, el artículo 1473 CC [...]; sobre ello, en la doctrina más reciente: CLEMENTE MEORO, Mario E.: *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia 1997, pp., esp., 105-138.

⁴⁸⁴ Detalles, en PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 123-129, y RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 55-83.

⁴⁸⁵ No entramos aquí en la polémica doctrinal acerca del preciso momento en que se ha de exigir la buena fe al adquirente preferido por inscribir primero: ¿en el de la adquisición, entendiendo que ésta se produce con la tradición, o en el de la inscripción, que, a su vez, puede interpretarse como sólo declarativa o publicadora, o bien como constitutiva, incluso *inter partes* o sólo frente a terceros? Sobre ello, *vid.* RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 80-83, y las referencias allí contenidas. De todas formas, entendiendo nosotros que el adquirente preferido frente a otro anterior por haberse adelantado a inscribir es un adquirente *a non domino*, debemos inclinarnos por la opinión que exige la prolongación de la buena fe del comprador que inscribe hasta el momento mismo de la inscripción; y no porque entendamos que ésta determine el momento de la transmisión, o devenga constitutiva de la adquisición, sino, más simplemente, porque consideramos contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe.

primera se orienta a determinar en qué relación se encuentra la exigencia de la buena fe con la inspiración del artículo 1473 del Código Civil y de nuestro sistema hipotecario. Se ha dicho, en efecto, que tal exigencia ha sido introducida en nuestro Derecho, aunque con buen criterio, adventiciamente y con transcendencia correctora⁴⁸⁶. Tanto el artículo 1473 del Código como el originario 23 de la Ley Hipotecaria –alma inicial, se afirma, de nuestro sistema registral– omitirían el requisito de la buena fe por su común progenie francesa⁴⁸⁷. Si, posteriormente, a nuestro «tercero hipotecario» le nació «el hongo de la buena fe»⁴⁸⁸, será porque el sistema se ha visto sometido a esa extraña y sustancial metamorfosis que termina en la absorción del artículo 32 en el 34 de la Ley Hipotecaria y en el absoluto predominio de éste como clave explicadora del sistema y expresión de su más característica eficacia. Nosotros no podemos compartir esta interpretación. Que para la preferencia del comprador que inscribe sea necesario el requisito de la buena fe resulta con claridad más que suficiente, ya en 1861, de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria: «lo que no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones», es que «al que legítimamente adquiere un derecho, se le puedan oponer contratos y actos *de que no ha podido tener conocimiento*»⁴⁸⁹. Y, más inequívocamente aún, del testimonio de Gómez de la Serna, no sólo al afirmar de forma absoluta que «no hay un solo artículo en la Ley [hipotecaria] que favorezca al adquirente de mala fe»⁴⁹⁰, sino, concretamente, al interpretar y explicar el artículo 23, cuando –como ya hemos visto— describe al adquirente que por inscribir es declarado propietario como alguien «engañado por el silencio del Registro»⁴⁹¹, que «compra la finca creyendo que el dominio existía aún en el que la

⁴⁸⁶ RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 63: «Exigiendo [la jurisprudencia] ininterrumpidamente, desde entonces, la buena fe del comprador que haya de ser preferido, reforma sin ambages el artículo 1473, 2, CC, complementándolo [...].»

⁴⁸⁷ RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 59: «Con esta inteligencia [a saber: que la LH de 1861 siguió predominantemente un sistema de publicidad registral de corte latino, de mera in-oponibilidad o publicidad negativa], se explica bien a las claras, por qué el artículo 1473, 2 CC *no requiere del comprador preferido*, a diferencia locuaz de lo que hace en los restantes párrafos, la buena fe, ni tampoco lo hiciera así la Ley hipotecaria de 1861, no siendo ello un olvido grosero del legislador o una elipsis, para no hacer redundante lo evidente»; y añade, en nota 111: «[...] Por ello, son inanes los argumentos que intentan hacer decir al legislador del 61 lo que, en realidad, *no quiso decir y no dijo*» (cva. del a.).

⁴⁸⁸ NÚÑEZ LAGOS: *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Estudios...», cit. II, p. 10: «La protección al tercero en el artículo 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

⁴⁸⁹ E. M., p. 237.

⁴⁹⁰ SERNA: *op. cit.*, p. 634.

⁴⁹¹ SERNA: *op. cit.*, p. 567; en p. 568: «[...] cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase [...]».

vendió»⁴⁹² o que «no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro»⁴⁹³. En nuestro sistema civil y registral, pues, que ni actual ni originariamente fue el sistema francés, ha sido siempre necesario el requisito de la buena fe para que el Registro pueda dirimir favoreciendo la adquisición a él acogida frente a la que no se inscribió.

Y, esto advertido, una segunda observación: que, dependiendo de que el dominio del vendedor común esté o no esté inscrito, variará el soporte y exigencias de la buena fe del comprador-adquirente que habrá de resultar propietario. Si está inscrito –zona de coincidencia y superposición de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria– bastará la consulta al Registro para fundamentarla: mientras la realidad contraria a lo publicado no «hiera los sentidos», hay que considerar objetivamente fundada la creencia en la titularidad que el Registro publica, y suficientemente desempeñada la diligencia normalmente exigible en su investigación y comprobación⁴⁹⁴. Por el contrario, si el dominio del vendedor no está previamente inscrito –zona donde el artículo 32 LH juega autónomamente, sin la cobertura del 34– la buena fe del comprador preferido habrá de basarse en otros apoyos objetivos, señaladamente en la posesión, y su necesario ingrediente de diligente comprobación no podrá apreciarse tan lisa y llanamente como en el caso anterior.

Tercer criterio de preferencia; segundo, en defecto de inscripción, para la doble venta inmobiliaria: *Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.*

Dos cuestiones, entrelazadas, suscita en este punto la expresión de la ley. La primera de ellas: ¿cómo debe entenderse esa «posesión» que determina la preferencia de quien es primero en ella: exclusivamente como posesión material o real, o también como posesión ficticia (*ficta possessio*)? Y, la segunda: ¿por qué la posesión decide a favor de quien se adelanta en ella: en aplicación del sistema del título y el modo, o por alguna otra razón diferente?

⁴⁹² SERNA: *op. cit.*, p. 567.

⁴⁹³ SERNA: *op. cit.*, p. 568.

⁴⁹⁴ STS 26-1-2000, con cita de la de 4-3-88: «[...] si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara el requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extraregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el reconocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan».

En interpretación del Código, que a veces se reconoce como abiertamente correctora de la literalidad de la ley⁴⁹⁵, se ha sostenido que la posesión a que se refiere el artículo 1473.III, puede ser tanto la material como la ficticia, y que a tal conclusión debe llegar-se porque es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario, según se interpreta, del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. La posesión que decide a quién pertenecerá la propiedad no puede ser sólo la posesión material –se dice– porque dicha posesión sólo puede resolver cuestiones poseedorias, no de atribución de la propiedad⁴⁹⁶; y porque, en contraste con lo que ocurre en materia de bienes muebles, tratándose de la adquisición de inmuebles no hay norma legal alguna que los atribuya por la posesión⁴⁹⁷.

Nosotros, atendiendo a la *ratio* y unidad del artículo 1473, tenemos que entender de otra forma el criterio de preferencia llamado a resolver la colisión producida por la doble venta inmobiliaria en defecto de inscripción registral. La posesión que aquí decide es la *possessio realis* o posesión material⁴⁹⁸; posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y lo entendemos así porque, según hemos venido diciendo,

⁴⁹⁵ MANRESA: *op. cit.*, pp. 175-176: «Hemos interpretado el precepto del artículo 1473, en sus párrafos primero y tercero, en el sentido más racional, aunque no tal vez en el más adecuado a las palabras que emplean. [...] Pues conviene variar la redacción del artículo 1473 en la primera reforma del Código, para que no pueda sospecharse siquiera que el legislador, amparando el abuso, y consumando un despojo, otorga preferencia a quien en justicia puede no merecerla [...].»

⁴⁹⁶ MANRESA: *op. et loc. ant. cit.*: «Las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, las hemos considerado como equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 al 1464, porque si la posesión material del objeto puede otorgar preferencia en cuestiones de posesión, y así lo reconoce el artículo 445, no debe darla nunca en cuestiones de propiedad, y de la propiedad habla expresamente el artículo 1473».

⁴⁹⁷ RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 106-108, esp., p. 107: «Por ello, en el artículo 1473, 3, I C.c: "ser primero en la posesión" aludirá a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, máxime, cuando en relación a los inmuebles las formas espiritualizadas de entrega son verdaderamente indispensables, de modo que esta forma de primacía, fiel a sus orígenes e ilesa ante los embates de la aceleración de la circulación jurídica, es *cabal precipitado* in subjecta materia del principio *añejo del título y modo*».

⁴⁹⁸ Así, e. c., GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 257: «[...] si se enfrentan la posesión adquirida mediante tradición real y la obtenida mediante una tradición ficticia o instrumental, es preferente la primera»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2198: «Este artículo [el 1473 CC] da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real [...] la diferencia entre la solución general del sistema y la solución específica del problema de la doble venta supone, en síntesis, una relegación de la tradición instrumental [...]. En el caso de la doble venta, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria –el artículo 1473 Código Civil no deroga, siquiera circunstancialmente, el artículo 1462–, sino que se niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en caso de doble venta [...] Las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, el Registro; en segundo lugar, la posesión material».

el artículo 1473 es un precepto que, respetando el sistema del título y el modo, no resuelve por él cuando tiene que dar solución al patológico *topos* de la doble venta, sino dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado –esto, como los demás– un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma de publicidad que evite la eventual aparición de una posterior adquisición de buena fe, que, en colisión con la suya, resulte más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho del dueño; no la que, sin manifestación material congruente, pueda simbolizarse o fingirse a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad.

A nuestro juicio, las objeciones opuestas a esta interpretación son perfectamente superables. No hay nada de heterodoxo en la llamada legal a la posesión para resolver el conflicto de la doble venta. Siendo verdad que en él se suscita algo más que una cuestión posesoria, también lo es que la posesión decisoria, implicando *modo de adquirir*, presupone en el poseedor preferido título adquisitivo. Por otra parte, afirmar que la posesión a que se refiere el artículo 1473.III, tenga necesariamente que ser la posesión en cualquiera de sus formas, incluso irreales, porque, contrariamente a lo que el artículo 464 hace para bienes muebles, ningún precepto en el Código Civil atribuye la propiedad inmobiliaria por la posesión material; esta afirmación, decimos, constituye una abierta petición de principio: el artículo 1473.III, es, justamente, la norma que, en defecto de inscripción registral, sanciona la adquisición de aquel de los compradores que, habiendo adquirido de buena fe, se adelantó en la posesión de la cosa comprada. Sólo esta interpretación, entendiendo en la misma forma la posesión invocada en los párrafos I y III del artículo 1473, permite la explicación unitaria y coherente del precepto; y sólo ella, situando al siguiente y último criterio legal de preferencia en el espacio donde lo pone la ley, hace posible su integración en el ordenamiento como norma establecedora de preferencias en la colisión de adquisiciones producidas de acuerdo con el sistema del título y el modo.

Y, finalmente, último criterio de preferencia: *faltando ésta [la posesión], [pertenece] la propiedad a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.*

Obviamente, la determinación del significado del término «título» es el problema interpretativo que aquí se plantea: ¿debe enten-

derse en sentido material, como el contrato que da derecho a la adquisición de la cosa comprada; o, antes bien, en sentido formal, como la escritura que documenta la adquisición a través de ella normalmente operada (art. 1462.II.CC)?

Naturalmente, la posibilidad de plantear en este momento la cuestión indicada, presupone haber resuelto la anterior en la forma antes propuesta. Porque la posesión que, en defecto de inscripción, otorga preferencia al comprador que en ella es primero, se entiende ser la posesión material, es todavía posible reservar espacio en este último criterio a la que resultaría del otorgamiento de la escritura pública de venta en su función de tradición instrumental. Por «título de fecha más antigua» puede, pues, entenderse tanto el solo contrato de compraventa, presupuesto de la adquisición en tanto que *título* –de acuerdo con la teoría del título y el modo–, como, también, el *instrumentum* que documenta, *una simul*, el contrato fundamentalmente de la transmisión y la transmisión misma por él, instrumentalmente, operada.

La doctrina actual se pronuncia mayoritaria y decididamente a favor de la primera posibilidad: el «título de fecha más antigua» al que como criterio final se refiere el artículo 1473 CC es el contrato de compraventa que sea anterior en el tiempo⁴⁹⁹. Es muy claro que en esta interpretación se rompe la continuidad que, desde el primer criterio de preferencia hasta el último, debería preservar la unidad temática del precepto. No habiendo inscripción y faltando la posesión, se trataría de elegir no entre procesos adquisitivos completos e incompatibles sino entre contradictorios derechos a una misma adquisición exclusiva. Los derechos ahora enfrentados son derechos personales o de crédito⁵⁰⁰, y el factor legal de preferencia –el contrato de fecha más antigua– actuará, según la diferente explicación de los autores, o bien operando directamente la adquisición de la propiedad, sin necesidad excepcionalmente en este caso de *modo* o entrega⁵⁰¹, o bien limitándose a privilegiar al comprador favore-

⁴⁹⁹ ALBALADEJO: *Pluralidad de ventas...*, cit., p. 889; LACRUZ: *Elementos...*, III, 1, 1.^a parte, Barcelona 1988, p. 259; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 257; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., p. 314; PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 151-152; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 108.

⁵⁰⁰ RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 52: «Dese tan solo una ojeada, para demostrarlo con la mayor brevedad posible, al artículo 1473, 3, II, cuya regla de preferencia *parte de la premisa de que ninguno de los compradores, sea el bien mueble o inmueble, haya recibido aún la entrega*. En este supuesto, el conflicto se ha entablado entre *dos derechos de crédito a la adquisición de la cosa* o derecho doblemente vendido [...]» (cva. del a.).

⁵⁰¹ Así, LACRUZ: *op. ult. cit.*, p. 233: «El artículo 1473-3.^º, al final, al conferir la propiedad, caso de conflicto entre dos adquirentes no poseedores, “a quien presente título de fecha más antigua”, demuestra la posibilidad de que el dominio se transfiera sin posesión. Es decir: el que “presenta título de fecha más antigua” no es poseedor, por hipótesis, y, sin embargo, ha adquirido la propiedad».

cido, al cual permitiría –a él sólo, frente a los demás– exigir la *traditio* que, de acuerdo con la ley ordinaria de la transmisión, le convertiría en adquirente y propietario⁵⁰².

Nosotros no vemos razón suficiente para romper la unidad del artículo 1473 y dificultar su integración en el sistema adquisitivo seguido por nuestro Derecho. Por «título de fecha más antigua» debe entenderse en él, diciéndolo con palabras de Gamazo, «la escritura más antigua», «la tradición simbólica de fecha más remota»⁵⁰³. Es el mismo sentido que atribuía De la Serna a la palabra «título» en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria: «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene en alguna cosa inmueble»⁵⁰⁴. Esta interpretación, aunque minoritaria en la actual doctrina⁵⁰⁵, permite llegar hasta el final del artículo 1473 viendo siempre en el comprador preferido un adquirente: alguien que ha consumado un proceso adquisitivo, apto de suyo en su consideración aislada para considerarlo como ya propietario. En la inspiración del precepto la posesión real prevalece sobre la ficticia; pero, faltando la real, reaparece la ficticia obtenida mediante la tradición instrumental

⁵⁰² Así, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 889; GARCÍA CANTERO: *op. cit.*, p. 258; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *op. et loc. ant. cit.*; PETIT SEGURA: *op. cit.*, pp. 152-153; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, pp. 109-110.

⁵⁰³ Vid. *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*, II, cit. En la sesión de 6 de abril de 1889, denunciando Azcárate el «galimatías» introducido en nuestro sistema adquisitivo por la conjugación del sistema del título y el modo con el artículo 1473 y el mecanismo de la publicidad registral, preguntaba (p. 1675): «¿No adjudica el Código la propiedad en uno de los casos del artículo 1473 a quien presente título de fecha más antigua, sin tradición?». En la sesión de 10 de abril le respondía Gamazo (p. 1706): «Pero cuando no hay inscripción, ¿dónde debe acudirse? Pues indudablemente a la escritura más antigua, a la tradición simbólica de fecha más remota».

⁵⁰⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 250. También en la p. 255: «el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble».

⁵⁰⁵ MANRESA: *op. cit.*, p. 176, en su crítica al orden de preferencia establecido en el artículo 1473: «[...] La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, aunque habla en general de título y no de escritura; título de fecha más antigua, sea el que sea, esto es, primero la posesión, después el título, aunque se trate de una escritura, luego si ésta envuelve tradición, la ley deliberadamente establece una gradación entre las diversas formas de tradición admitidas, dando la preferencia a la entrega real sobre la entrega fingida, y colocando por encima del derecho de propiedad la grosera materialidad de la posesión»; LACRUZ: *Inscripción y tradición*, cit., p. 15: «Separando la posesión de la tradición, queda igualmente explicado el párrafo 3.^º del propio artículo 1473. Su comienzo se refiere entonces a la posesión real [...]; no habiendo inscripción, el primero que llega a tener la posesión real y a título de dueño de la cosa deviene (o continúa siendo) su propietario. Pero si en el momento de plantearse el conflicto –que podrá existir desde mucho tiempo antes– ninguno de los adquirentes ha tomado posesión real de la cosa, seguirá siendo propietario el de título de fecha más antigua, es decir, el primer *accipiens instrumental*»; PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2198: «Este artículo da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción, al primero que adquiere la posesión real; y si no hay posesión real, al primero que documenta en un título su adquisición –aunque hay autores que engloban en la expresión “título de fecha más antigua” tanto el título formal como el material–».

para atribuir o reconocer la propiedad a quien en ella sea primero, con buena fe. El artículo 1473 no resuelve el conflicto de la doble venta, según dijimos, aplicando sin más la teoría del título y el modo; pero en las variantes de su solución el comprador preferido es siempre un consumidor del mecanismo adquisitivo del título y el modo.

Quede aquí, definitivamente, nuestra exposición acerca de la *ratio* e interpretación del artículo 1473 del Código Civil. Tuvimos que entrar en su estudio para poder dejar establecido con seguridad y detalle cuál es el valor de la inscripción registral en nuestro Derecho de Cosas y de la Publicidad Inmobiliaria. Ahora podemos razonar fundadamente que el comprador declarado propietario por haberse adelantado a inscribir en el Registro, reuniendo ya título y modo antes de inscribir, era ya «adquirente», como con exactitud le denomina el precepto, cuando inscribe su derecho⁵⁰⁶. Siendo ello así, es claro que ni siquiera en el supuesto excepcional y patológico de la doble venta la inscripción registral se eleva a la condición de constitutiva. Aunque decide prefiriendo entre adquisiciones incompatibles, propiamente hablando, no atribuye la propiedad a quien hasta entonces no la hubiera ya adquirido. Diciéndolo con palabras de Núñez Lagos: la prioridad española no da existencia, sino privilegio; el título inscrito es válido antes de llegar al Registro: el Registro le da fuero y asilo⁵⁰⁷. Así es cómo, sin ser constitutiva, la inscripción registral da preferencia al adquirente que inscribe frente al que hasta entonces no había inscrito.

Queda ya fuera de nuestra perspectiva, y por ello no vamos a entrar en su estudio, la muy debatida cuestión –quizá algo artificiosamente hinchada– acerca de la calificación del derecho del primer adquirente que, por consecuencia de la preferencia legal, ve esfumarse su titularidad a favor del posterior que se adelanta en la posesión real, o en la inscripción, o que presenta título de fecha más antigua. Por lo que hace al primer criterio de preferencia en la doble venta inmobiliaria, dicha cuestión se sustancia en lo que en Italia, y para su sistema adquisitivo, se ha presentado como el «rompecabezas» del conflicto entre el principio consensualista y

⁵⁰⁶ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 258: «La preferencia no se concede a la persona que primero inscribe su título, sino al adquirente que primero inscribe su propiedad. El artículo 1473, en este párrafo segundo, ni cita la tradición ni tampoco cita el título: habla de la adquisición de la propiedad. Y esta adquisición habrá de regirse por las reglas generales o, lo que es lo mismo, necesitará del título y la tradición» (cva. del a.).

⁵⁰⁷ NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., pp. 155-156: «La prioridad española no estima el Registro íntegro, sino superior: no da existencia, sino privilegio. El título inscrito es válido antes de llegar al Registro; el Registro le da fuero y asilo».

el principio de publicidad⁵⁰⁸, y que en nuestro Derecho vendría a consistir en la coordinación del sistema transmisivo del título y el modo con el efecto de la inscripción y el valor atribuido a la publicidad registral. En un sistema donde la publicidad es publicidad y donde, consiguientemente, la inscripción es publicadora o, como comúnmente se dice, declarativa, la adquisición se produce y consuma antes de llegar al Registro. Lo que sí ocurre es que en tal sistema –al igual que en todo aquel en que la transmisión no exige la simultaneidad el traspaso posesorio material– es fácticamente posible el caso anómalo de la doble venta, ilegítimo en sí para el vendedor e indetectable en su anomalía para el comprador de buena fe. Ahora bien, la solución de este problema, lejos de exigir el desmentido del sistema adquisitivo, se obtiene simplemente mediante la determinación de los criterios de preferencia que establece la ley. El adquirente inmobiliario sin inscripción registral es verdadero adquirente y efectivo propietario en nuestro Ordenamiento, y como tal podrá disfrutar y ejercitar *erga omnes* su derecho. Si posteriormente ese tal derecho aparece enfrentado con otro adquirido de buena fe e inscrito, y en tal colisión sucumbe, ello no significa que el primero no fuera verdadero derecho legalmente adquirido. Significa tan solo que su adquisición quedó legalmente sometida a la eventualidad resolutoria de esa otra posterior considerada preferente en la decisión de la ley.

II. Más allá del específico supuesto de la doble transmisión, y al amparo de la fe pública registral, el artículo 34 de la LH consagra arquetípicamente en nuestro Derecho la figura de la adquisición inmobiliaria *a non domino*. También en ella se ha pretendido a veces asignar valor excepcionalmente constitutivo a la inscripción registral; bien sea valor constitutivo puro y sin más⁵⁰⁹, bien sea

⁵⁰⁸ Vid. COLORNI: *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*. Milán 1954 (Ristampa, Giufré 1968), p. 239, nota 10: «[...] il rompicapo del conflitto fra l'art. 1376 (principio consensualistico) e gli artt. 2644 e 2685 (principio di pubblicità)». En esa misma nota puede verse una muy completa referencia a los intentos de la doctrina italiana para explicar la naturaleza del derecho del adquirente no inscrito que, en su colisión con el derecho inscrito, termina por sucumbir en beneficio de éste.

⁵⁰⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real. Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 Ley Hipotecaria», aunque añadiendo en nota: «No en el sentido de que la inscripción sea elemento del negocio transmisor sino en el sentido de que sin la inscripción tal adquisición no estará protegida»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 296: «[...] la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce *por causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio juris*, [...] sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra

tamizado en esa peculiar forma de eficacia «convalidante» que, según se entiende, vendría a caracterizar la virtualidad de la inscripción en nuestro sistema de publicidad inmobiliaria⁵¹⁰. A nuestro juicio, tampoco en este caso la excepción está justificada.

Es verdad que la *ratio dubitandi* acerca del valor de la inscripción se presenta en la adquisición registral *a non domino* en forma distinta a como podía aparecer, según ya vimos, en el caso de la doble venta. En ésta, la inscripción podría ser vista como elemento que, desplazando a la tradición y desempeñando su función constitutiva, determinaría la mutación jurídico-real a favor del comprador que inscribe. En tal sentido, asumiendo para sí el papel de «modo de adquirir», aparecería plenamente integrada en la entraña del mecanismo adquisitivo. En la adquisición registral *a non domino*, en cambio, la inscripción de la adquisición legalmente protegida aparece, sin destacar sobre los demás, como uno más de los varios requisitos que, rodeando a la adquisición, son necesarios para que el que inscribe sea mantenido en ella. Destacada más brevemente la diferencia: sin que la inscripción pretendidamente constitutiva aparezca integrada en el núcleo del proceso adquisitivo, es ahora mucho más claro que sin ella no llega a producirse la adquisición *a non domino*. Siendo ello así, ¿será entonces cierto que en el artículo 34 LH la inscripción es constitutiva?

Nosotros pensamos que no, y creemos poder razonarlo atendiendo al significado propio de la inscripción constitutiva y a la distinción entre «modos de adquirir» y requisitos legales de la adquisición en determinados supuestos adquisitivos.

La inscripción registral se califica como constitutiva cuando se la pone en comparación y contraste con su contra-figura, la inscripción declarativa. Mientras ésta queda fuera del mecanismo regular productor de la transmisión –a la que sigue, una vez consumada, para hacerla pública–, la inscripción constitutiva se adentra en

que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición» y 297: «Por tanto, la inscripción del tercero determina, como último requisito específico del sistema registral, la adquisición «*a non domino*» por parte del tercero, que de otro modo no se consumaría, y esa inscripción no actúa ni de requisito de eficacia, ni de *conditio juris*, sino de requisito constitutivo y causante de la adquisición, que es la única forma que admite el legislador para sanar la nulidad resultante de la adquisición *a non domino*, que si el legislador “mantiene” es una vez inscrita» (cvas. del a.).

⁵¹⁰ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 246: «Inscripción constitutiva.– Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en cuanto es preciso para el crédito y la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo por ello carácter constitutivo o, más exactamente, convalidante de la inscripción. Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo [...].»

aquel mecanismo de forma tal que sin ella la transmisión no se produce. Lo primero, como es bien sabido, ocurre en Francia y en nuestro Derecho, donde la transmisión negocial *inter vivos* se produce, respectivamente, de acuerdo con el sistema puramente consensual o mediante el del título y el modo. Lo segundo, en Alemania y Suiza, donde la transmisión es hija del acuerdo traslativo abstracto y de la inscripción, o del contrato de finalidad traslativa y de la inscripción registral. En la primera posibilidad la inscripción sigue a la transmisión ya producida; en la segunda, la precede como presupuesto de su existencia y valor en Derecho.

¿Puede decirse que es esto último lo que ocurre en nuestro artículo 34 LH? Creemos que no, y ello, sin negar que en él la inscripción es necesaria para la efectividad de la adquisición. Es que una cosa es que la inscripción sea requisito para llegar a adquirir en alguna hipótesis adquisitiva especial, y otra que tal inscripción actúe como elemento principal que, en su conjunción con otro igualmente principal, constituya o determine la transmisión según el modelo de un nuevo y regular «modo de adquirir» de base registral. La inscripción propiamente constitutiva no actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente; y esto es, justamente, lo que hace la inscripción en nuestra adquisición registral *a non domino*. En la hipótesis del artículo 34 LH no se exige la inscripción porque en él se dibuje un nuevo y regular «modo de adquirir» en el que la toma de razón registral sea codeterminante principal de la adquisición, sino porque se la considera necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición gobernada, de suyo, por el sistema del título y el modo, en la que, por tanto —y por exigencia de ese mismo sistema, en cuyo respeto se continua—, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, *instrumentalis saltem*, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transferente. La hipótesis adquisitiva hace aquí necesaria la concurrencia no sólo de la inscripción del derecho que se adquiere, sino la de otros tantos requisitos que, al igual que ella, ni son piezas esenciales en el proceso adquisitivo regular, ni en éste pueden pretender la consideración de «modo de adquirir»: haber adquirido de buena fe, a título oneroso, de quien en el Registro aparezca con facultades para transmitir, y haber inscrito la adquisición. La inscripción registral es aquí, ciertamente, y tanto como los demás ya indicados, requisito necesario de la adquisición, pero sin que ello la convierta técnicamente en un nuevo y distinto «modo de adquirir».

Es que en el artículo 34 LH no se dibuja un sistema normal de transmisión en el que la inscripción registral se eleve a la condición

de constitutiva, sino que, de acuerdo con la finalidad aseguradora del Registro mediante la publicación de los derechos inmobiliarios, se trata, más simple y adecuadamente, de suplir, en interés del tráfico de buena fe, el defecto de titularidad del transmitente en las transmisiones gobernadas por el sistema del título y el modo. Todo esto lo dejó advertido, tan concisa como acertadamente, Roca Sastre: pretender que en el artículo 34 LH la inscripción es constitutiva, implica confundir el contenido de los principios registrales de inscripción y de publicidad, llevando al primero lo que pertenece al segundo⁵¹¹. El adquirente protegido por la fe pública registral es mantenido en su adquisición, no porque ésta se siga legítimamente de su inscripción sino porque así lo exige la tutela de quien adquirió confiando en el Registro y publicando en el mismo su propia adquisición.

Aunque la lisa literalidad de la ley no sea siempre argumento definitivo ni suficiente, tampoco debemos terminar el tratamiento de este punto sin dejar señalado que en la redacción del artículo 34 LH todo apunta en la dirección que aquí hemos venido siguiendo. En él se habla de una adquisición realizada antes de ser inscrita, en la que el adquirente es *mantenido* una vez que la inscribe. La inscripción registral es, al mismo tiempo, posterior a la adquisición y requisito, en concurrencia con otros, de su amparo en Derecho⁵¹². La protección que depara el artículo 34 LH se dirige exclusivamente al «tercero», y, a través de la fe pública registral, es consecuencia del principio de publicidad; nada tiene que ver con el principio de inscripción, que, en su genuina expresión, gobierna el mecanismo absoluto de la adquisición, no tanto para su oponibilidad a terceros como para su misma existencia *inter partes*⁵¹³.

c') *La tesis de la inscripción convalidante o conformadora*

Aunque en los dos puntos anteriores hayamos ya excluido el valor excepcionalmente constitutivo de la inscripción registral en la

⁵¹¹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 216: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

⁵¹² Mantener, en el lenguaje jurídico (cfr. Diccionario RAE), es tanto como «amparar a uno en la posesión o goce de la cosa».

⁵¹³ Razón por la cual, siguiendo a LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64, pensamos que en nuestro Derecho Inmobiliario Registral, más que de un principio de inscripción, habría que hablar, si acaso, del principio de no inscripción. Sobre ello, nos remitimos a lo dicho en *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales. Sistema español*, ADC 1995, esp. pp. 587-588, nota 183.

doble venta de cosa inmueble y en la adquisición registral *a non domino*, no podemos todavía dar por terminado este estudio sobre el valor de la inscripción en nuestro Derecho inmobiliario registral, ya que la doctrina, alternando las tesis ya combatidas y en patente proximidad con ellas, propone con frecuencia fórmulas más suaves que, potenciando también el valor de la inscripción pero sin atribuirle nominalmente alcance constitutivo, podrían presentarse como no incompatibles con nuestro sistema registral y más ajustada y fielmente explicadoras de la peculiar virtualidad que en él se atribuye a la publicación de los derechos en el Registro de la Propiedad. Aceptando –con muy discutible criterio, en nuestra opinión– la existencia de un «principio de inscripción» en nuestro Derecho, se dice a veces que, en razón de él, nuestra inscripción registral es «convalidante»⁵¹⁴, «inmunizante»⁵¹⁵, «complementaria»⁵¹⁶, «constitutiva sólo respecto a terceros»⁵¹⁷ o «conformadora o configuradora de la eficacia real *erga omnes* del derecho real»⁵¹⁸. ¿Qué pensar de estas formulaciones: constituyen efectivamente una acertada manera de precisar y afinar en la aplicación del principio de inscripción en nuestro Derecho, o son más bien, según las califica Roca Sastre⁵¹⁹, deformaciones del mismo y desviaciones padeidas por nuestra doctrina en su terreno? La pregunta podría proponerse de forma más concreta y completa desdoblándola del siguiente modo: ¿es adecuada y suficiente la contraposición entre las formas extremas de la inscripción declarativa y constitutiva, o necesita ser completada introduciendo la posibilidad de un *tertium* peculiar e intermedio? Y, en el segundo caso: ¿cuál sería ese *tertium* en nuestro Derecho?

A la primera pregunta responde una buena parte de nuestra doctrina afirmando la necesidad de completar las variantes de la ins-

⁵¹⁴ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 238 y ss.

⁵¹⁵ DE LA RICA: *Realidades y problemas en nuestro Derecho Inmobiliario Registral*, en el «L. H. a La Rica», C. N. de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1976, II, p. 646.

⁵¹⁶ DE CASSO: *op. cit.*, p. 143.

⁵¹⁷ SERRANO Y SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, AUV, nn. 18-19, p. 9; VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, RCDI, 1949, p. 290.

⁵¹⁸ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 557-607.

⁵¹⁹ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 214-215: «Desviaciones al principio de inscripción. La llamada inscripción convalidante.–De un tiempo a esta parte se ha ido formando una tendencia dirigida a encuadrar dentro del reducido campo del principio de inscripción en nuestro ordenamiento jurídico, ciertas concepciones o puntos de vista que más bien pertenecen al área privativa de otros principios hipotecarios. Entre estas concepciones o puntos de vista, que consideramos desviados, ocupa lugar preferente la que se ha dado por denominar *inscripción convalidante* [...] Consideraremos importante estudiar estas, para nosotros, deformaciones [...]».

cripción registral introduciendo una forma intermedia entre la meramente declarativa y la rigurosamente constitutiva⁵²⁰; a ello apuntan evidentemente las formulaciones antes referidas. La variedad de éstas, a su vez, da idea de las diferencias existentes en la respuesta a la segunda pregunta. De todas formas, aunque algo promiscuamente a veces, dos son las variantes principales en la indicación del valor intermedio de la inscripción registral: la de la inscripción convalidante en interés del tráfico inmobiliario y al amparo de la fe pública registral⁵²¹, y, más en general, la de la inscripción quasi-constitutiva o conformadora del derecho real, en tanto que necesaria para la plena oponibilidad del mismo⁵²². ¿*Quid*, de nuevo, sobre estas opiniones?

Nosotros ya hemos tenido que ocuparnos parcialmente de ellas, no sólo ahora, al negar valor constitutivo a la inscripción en la adquisición registral *a non domino* y en la doble venta, sino también con anterioridad (*supra* III, 2.º), al tener que fijar el sentido de algunos textos ambiguos de la Exposición de Motivos de 1861 y de Cárdenas sobre el valor de la inscripción en orden a la oponibilidad *erga omnes* del derecho inscrito. Si ahora tenemos que volver sobre el mismo problema, lo haremos con la mayor brevedad a nuestro alcance y centrando la atención en el específico aspecto aquí examinado. El grueso del problema se centra en este momento en encontrar la fórmula que, calificándola debidamente, exprese la exacta y completa utilidad de la inscripción en nuestro Derecho; una utilidad a la que no haría entera justicia su calificación como «declarativa». Ahora bien, en el tratamiento y solución de este problema pueden involucrarse

⁵²⁰ Por todos, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 238-239: «Esta distinción [la clásica, entre inscripciones constitutivas y declarativas], que la doctrina tiende a someter a cierta revisión, es, sin duda, insuficiente para comprender todos los aspectos de la inscripción y debe ser completada, añadiendo otro término de transcendental valor en el sistema español: la inscripción convalidante».

⁵²¹ Destaca en esta línea el mismo SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 246: «La inscripción convalidante asegura los efectos *erga omnes* del derecho real y puede dar lugar al nacimiento del mismo en el momento de la protección del tráfico jurídico, privando de valor a los derechos no inscritos, asegurando al adquirente de que el transferente es verdadero dueño y otorgando el derecho real a quien sólo tiene a su favor una apariencia formal del mismo», y 249: «En el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional y la necesidad de la tradición; en el momento de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real [...]».

⁵²² Tesis defendida principalmente por DE LA RICA (la proponía ya en *Dualidad...*, cit., pp. 639: «El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción», y 642: «La constitución eficaz y plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito») y hoy continuada y desarrollada por GARCÍA GARCÍA: *op. et loc. ant. cit.*

cuestiones que interesa mucho deslindar y separar con todo cuidado. Hay, en efecto, que establecer cuál es el significado preciso y propio del «principio de inscripción», en cuyo ámbito sitúa nuestra doctrina la cuestión ahora propuesta. Y es menester también preguntarse si todo efecto seguido de la inscripción es materia perteneciente a este principio, y, más concretamente, si pertenecen a este terreno los que llevan a nuestros autores a repudiar la conceptuación de la inscripción declarativa o a sostener la necesidad de hacerla acompañar de alguna otra más rica para poder expresar adecuadamente el resultado que de la inscripción se puede llegar a obtener en nuestro Derecho.

En cuanto a lo primero: el principio de inscripción se refiere al papel atribuido a la inscripción en la mutación jurídico-real inscrita. Desde tal punto de vista dos han sido las posibilidades concretamente barajadas en los distintos sistemas legales: hacerla intervenir en su misma producción (inscripción constitutiva, propia de los sistemas de inspiración germánica) o dejarla fuera de ella, asignándole la función de publicarla una vez producida (inscripción declarativa, característica en los sistemas latinos)⁵²³. Se hablará entonces de «inscripción constitutiva» diciendo que es tal *la que constituye el derecho real inscrito*, y reservando para la que se limita a publicarlo el calificativo de «inscripción declarativa».

En el anterior modo de hablar, apuntándose a un núcleo indudablemente cierto, se ha introducido algo de deslizamiento e imprecisión, tanto por exceso como por defecto, que, enturbiando la materia tratada, puede haber influido en las desviaciones de nuestra doctrina al tratar el principio de inscripción.

Por una parte, es abiertamente excesivo, en nuestra opinión al menos, decir que la inscripción es constitutiva del *derecho real* o configuradora del mismo⁵²⁴. Una cosa es que la inscripción deter-

⁵²³ WEIRICH, H. A.: *Grundstücksrecht*, cit., p. 40: «Die Eintragung im Grundbuch, in Verbindung mit der Einigung, vollendet den Rechtserwerb (§ 873 I BGB). Mit der Eintragung entsteht das Recht. Auch diese konstitutive Wirkung der Eintragung ist eine Besonderheit des deutschen Rechts und das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklung über viele Stufen [...]. In den Ländern des romanischen und des anglo-amerikanischen Rechtskreises gilt dagegen das Konsensualprinzip, d. h. die Rechtsänderung tritt regelmäßig bereits aufgrund des Vertrages zwischen den Beteiligten ein. Soweit dort die Eintragung in öffentliche Register vorgenommen wird, hat dies nur Beweisfunktion und dient dem Schutz gegen Dritte».

⁵²⁴ Lo dice frecuentemente GARCÍA GARCÍA: *vid.*, *e.c.*, *op. cit.*, p. 557: «[...] el que se ocupa del *valor* y de los efectos de la inscripción en relación con la existencia y configuración del propio derecho real»; 558: «[...] según el principio de inscripción, la inscripción es un elemento fundamental para la constitución plena o para la configuración del derecho real como tal [...] el principio de inscripción expresa el valor de la inscripción respecto a la configuración del derecho real»; 559: «[...] estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real "erga omnes" del derecho real [...] lo que no puede ser es que en un sistema hipotecario moderno la inscripción no tenga ningún valor en la configuración del derecho real» (*cva.del a.*).

mine la mutación jurídico-real, y otra que constituya el derecho real o que entre a configurarlo. Determinar la mutación jurídico-real es intervenir necesaria y esencialmente en las vicisitudes relativas al nacimiento, transmisión o extinción de los derechos reales. En cambio, constituir o configurar el derecho real significa de suyo tanto como contribuir, también necesariamente, a su conformación esencial estática y abstracta. Desde luego esto segundo nunca lo hace la inscripción registral. La noción esencial del derecho real –limitada incluso la atención sólo al inmobiliario– no requiere el dato de la inscripción; transcendiendo por completo al Registro –también en los sistemas de inscripción constitutiva–, consiste tan sólo en el poder inmediato y directo en la cosa⁵²⁵. Mucho más contingente y limitadamente, la inscripción constitutiva se sitúa en una perspectiva dinámica, y, sin salir de ella, se ciñe a imponer la necesidad de la inscripción sólo para la vicisitud del derecho real inmobiliario consistente en su transmisión negocial *inter vivos*. Sacando a la luz este dato y situándolo en primera línea, puede apreciarse mejor el exceso en que se incurre al extender al derecho real y a su configuración esencial y abstracta lo que sólo es propio de su transmisión negocial. La inscripción constitutiva constituye o determina la transmisión del derecho, no el derecho transmitido. Observarlo y destacarlo puede ser de interés para superar los intentos de llevar la publicidad a la entraña conceptual del derecho real, y para aceptar sin frustración ni escándalo la idea de una inscripción declarativa, tal como se la ve plenamente admitida en los sistemas alemán y suizo para la publicación de las vicisitudes no negociales de los derechos reales inmobiliarios⁵²⁶.

Peca, en cambio, por defecto la terminología consagrada cuando denomina como «declarativa» al par antitético de la inscripción constitutiva. Es cierto que en esta segunda posibilidad la inscrip-

⁵²⁵ No es este lugar adecuado para entrar en la polémica sobre la esencia del derecho real. Expusimos nuestra adhesión a la tesis clásica, y, de acuerdo con ella, explicamos la radicación de la oponibilidad *erga omnes* en la inherencia, en *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 546-548.

⁵²⁶ Para el Derecho alemán: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit., p. 290: «Im formellen Grundbuchrecht erfolgt die Eintragung nicht nur in den Fällen, in denen sie rechtbegündende Bedeutung hat, sondern auch dann, wenn nur feststellende, berechtigende, sog deklaratorische Bedeutung in Frage kommt, also dann, wenn die formelle Rechtslage mit der materiellen Rechtslage in Einklang gebracht wird»; para el Derecho suizo, DESCHEINAUX: *op. cit.*, pp. 7-8: «Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 666 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). [...] L'inscription est alors déclarative».

ción registral no interviene en la producción de la mutación jurídico-real, pero su función en ella es más que pura y propiamente declarativa⁵²⁷; consiste en hacer jurídicamente cognoscible o publicar *erga omnes* la titularidad o vicisitud jurídico-real inscrita. Por esta razón nosotros hemos venido denominando «publicadora» a esta modalidad –la propia de nuestro sistema hipotecario– de inscripción registral. En todo caso, llámesela como se la llame, lo cierto es que, incluso en el sistema francés de publicidad meramente preclusiva, la calificación de la inscripción como declarativa se queda corta⁵²⁸. Por el solo hecho de haber sido publicado, el derecho inscrito resultará revestido de un *plus* de efectividad que, por provenir de la inscripción registral, denota una virtualidad de ésta superior a lo que de suyo sugeriría la expresión «inscripción declarativa»⁵²⁹, pero que, no obstante, por no arrancar del nacimiento o constitución de aquel mismo derecho, es ajeno al principio de inscripción. Esto último es lo que, entrando en el segundo punto antes distinguido, debemos examinar a continuación: si los efectos de la inscripción que llevan a nuestra doctrina a delimitar y plasmar una variante peculiar e intermedia entre los arquetipos recibidos pertenecen propiamente al ámbito del principio de inscripción.

En cuanto al valor «convalidante» de la inscripción en la adquisición registral *a non domino*, poco hay que añadir ahora a lo anteriormente dicho cuando tuvimos que ocuparnos del supuesto para excluir el carácter excepcionalmente constitutivo de la inscripción en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El mismo Sanz Fernández,

⁵²⁷ FERRI: *op. cit.*, p. 10: «Noi preferiamo parlare di pubblicità pura anzichè di pubblicità dichiarativa per non dare adito al dubbio che la pubblicità costituisca, come è stato affermato, una dichiarazione di scienza. La pubblicità non è dichiarazione di scienza in quanto il pubblico ufficiale non esprime un pensiero ma, come è stato giustamente rilevato, si limita a far tramite ad una dichiarazione altrui e coiè riproduce e raccoglie quanto altri dichiarano».

⁵²⁸ Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, p. 592: «En droit français, en effet, la publicité ne prouve nullement “l’existence du droit” premier publiée; elle ne crée même aucune présomption en sa faveur; elle est “confortative et non constitutive du droit”».

⁵²⁹ Se entiende por ello que ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, cit., p. 597, aunque crítico, como ya vimos, respecto a la tesis de la inscripción convalidante, se refiera a nuestra inscripción declarativa en estos términos: «La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino *calificada*, porque ella *robustece* o *consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente [...]. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición [...]» (cvas. del a.). Algo semejante puede verse en NAVARRO AZPEITIA: *op. cit.*, p. 551: «El valor jurídico de la inscripción registral en nuestro sistema podría decirse que es de la publicidad declarativa calificada, o reforzadora [...] la inscripción no sólo recoge, publica y declara lo nacido o constituido en el título inscribible, sino que lo confirma, corrobora o refuerza, haciéndole ganar estabilidad, y dándole cognoscibilidad legal, con una firmeza y fijeza frente a todos, y en beneficio de los favorecidos por la inscripción, que por la publicidad personal y directa no podría lograrse frente a extraños, contratantes de buena fe».

principal defensor de aquel valor «convalidante», se ocupó de destacar la diferencia entre tal valor y el de la arquetípica inscripción constitutiva alemana⁵³⁰; al mismo tiempo que, separándolo del principio de inscripción, no dejó de incardinarlo en el de publicidad⁵³¹. En la misma idea ha abundado posteriormente García García: la inscripción registral contribuye en la adquisición registral *a non domino* a la sanación de un proceso adquisitivo patológico; pero el principio de inscripción se ocupa de la función de la inscripción en el mecanismo normal de transmisión y adquisición de los derechos reales inmobiliarios, no en sus formas defectuosas o anómalas⁵³². Así es, indudablemente. Lo demuestra claramente el hecho de que en Alemania, donde el principio de publicidad convive con el de inscripción, el efecto sanante de la inscripción en la adquisición registral *a non domino* recubierta por la fe pública registral (§ 892 BGB) se entiende ser una aplicación y consecuencia del primero; algo ajeno, por tanto, al principio de inscripción⁵³³. Basta ver para comprenderlo que en tal adquisición, tan importante al menos como la de la adquisición sanada y protegida es la previa inscripción de la titularidad del transmitente.

Y, superando el caso más peculiar y específico de la adquisición registral *a non domino*, ¿qué decir del efecto general de la publicidad descrito negativamente por el artículo 606 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria⁵³⁴? Aquí, el efecto de la inscripción des-

⁵³⁰ SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 246: «Este carácter constitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de la inscripción constitutiva al modo alemán y suizo, que se acaba de referir. Debe, pues, tenerse en cuenta la separación de ambos conceptos, ya que de otro modo se puede incurrir en equivocaciones».

⁵³¹ SANZ: *op. cit.*, p., esp., 263: «Partiendo de la división de las inscripciones en declarativas, convalidantes y constitutivas, ya se ha visto que mientras las últimas se sitúan en el plano del nacimiento de las relaciones reales sobre inmuebles, las otras dos desembuelven su actuación en el régimen de publicidad de los mismos».

⁵³² GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 557: «El principio de inscripción estudia los efectos de ésta en el campo de la *normalidad del derecho real inmobiliario*, en la vida normal del mismo. *No estamos en la patología del derecho real*, como ocurre en el ámbito del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, [...]» (cva. del a.). Insiste en la misma idea en p. 564: «Así, la llamada “*inscripción convalidante*” de Sanz Fernández nos lleva directa y exclusivamente al aspecto de la patología jurídica (la “*convalidación*” propia del principio de fe pública registral), y no a la normalidad jurídica del principio de inscripción».

⁵³³ Cfr. STAUDINGER-ERTL: Vorbem zu §§ 873-902, Rz 23: «Der Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip) dient der “Sichtbarmachung” dinglicher Rechte. Er veranlaßt die Beteiligten im eigenen Interesse (Antragsprinzip; § 13 GBO), die notwendigen Eintragungen im Grundbuch vollziehen lassen. [...]. Nach den Publizitätsgrundsatz nimmt die Eintragung eines dinglichen Rechts dem Rechtsinhaber die Beweislast ab (§ 891), schützt den redlichen Rechtsverkehrs mit Grundstücken und dinglichen Rechten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und veranlaßt die Beteiligten, ein unrichtiges Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage wieder in Einklang bringen zu lassen (§ 894)».

⁵³⁴ En la misma línea, como paralelos a estos preceptos, invoca GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 593-595, los artículos 11, 13, 69, 97, 114, 115, 140, 142, 225 y 313 LH.

borda ya la hipótesis de un concreto y especial supuesto adquisitivo y se sitúa en el plano general del normal funcionamiento del derecho real inmobiliario⁵³⁵. ¿Obtendrá éste del Registro su propia oponibilidad *erga omnes*, de formal tal que, al ser dicha oponibilidad nota definitoria del derecho real, haya finalmente de admitirse que sin inscripción registral no llega a haber verdadero y eficaz derecho real? De ser así las cosas, estaríamos moviéndonos, efectivamente, dentro del campo del principio de inscripción, y afirmando, sin exceder sus límites, que para que el derecho real llegue a desplegar la plenitud de efectos latente en su noción esencial es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad. Curioso resultado éste: la fórmula legal indicadora del efecto de la publicidad registral –*no perjudicar a tercero*–, adoptada justamente para negar la intervención de la inscripción en el nacimiento y existencia del derecho inscrito, se volvería ahora contra su propia y principal inspiración, y, en lugar de denotar una forma de inscripción ni esencial ni obligatoria, nos pondría ante el dato insoslayable de una publicidad necesaria, *velis nolis*, para la conatural existencia del derecho real. Estaríamos, en tal caso, ante la tesis de la inscripción conformadora o configuradora del derecho real, contra la que, en nuestra opinión, militan poderosas razones.

La primera y más importante: que la fórmula legal *no perjudicar a tercero*, ni en sí misma ni en el contexto del ordenamiento, puede interpretarse como expresión de la idea de que sea la inscripción quien dé al derecho real inscrito la nota de su esencial oponibilidad. Aquí es necesario afinar y poner las cosas exactamente en su sitio. La verdadera relación entre inscripción y oponibilidad no consiste en que la inscripción dé positivamente la oponibilidad al derecho real, sino en que la omisión de la inscripción impide al derecho real desplegar expeditamente la oponibilidad que por su propio con-

⁵³⁵ Hemos visto ya cómo lo destaca así GARCÍA GARCÍA delimitando el espacio propio del principio de inscripción: *op. cit.*, pp. 557-558: «El principio de inscripción estudia los efectos de ésta en el campo de la *normalidad del derecho real inmobiliario*, en la vida normal del mismo. *No estamos en la patología del derecho real*, como ocurre en el ámbito del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino en el aspecto del valor y efectos de la inscripción en la existencia y formación del derecho real, es decir, *en la vida normal del mismo, en su nacimiento y en su consolidación*» (cvas. del a.). Aunque llama la atención lo sostenido más adelante por el mismo autor, p. 560, donde afirma: «Pero en cualquier caso, ha de caracterizarse el “principio de inscripción” como aquel según el cual la inscripción es elemento que contribuye de una u otra forma a la configuración o conformación del derecho real como tal, con plena eficacia *erga omnes*. La inscripción de mero efecto declarativo o informativo puede quedar como una figura excepcional para ciertas clases de inscripciones, a estudiar en la Parte Especial del Derecho Hipotecario en relación con algún supuesto concreto», añadiendo en nota 4: «Por ejemplo, en ciertas adquisiciones que no sean por negocio jurídico».

cepto naturalmente le corresponde⁵³⁶. Porque conceptualmente es así, y porque nuestra legislación civil e hipotecaria respeta esa conceptualización esencial, la existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, y con igual independencia el derecho real así existente y transmitido puede oponerse a cualquier tercero, salvo que éste lo tenga adquirido e inscrito⁵³⁷, de buena fe⁵³⁸, a su favor. La expresión, pues, *no perjudicar a tercero*, lejos de apoyar la tesis de la inscripción dadora de oponibilidad y, por tanto, configuradora del derecho real, da idea de un derecho real ya existente incluso para tal tercero –sin existencia es impensable el perjuicio que se trata de impedir–, pero recortado u obstaculizado en su proyección frente a él cuando así lo exigen las razones que llevaron a la creación del Registro de la Propiedad.

⁵³⁶ Lo advierte en la doctrina francesa con exactitud y rigor LEVIS: *L'opposabilité...*, cit., p. 202: «[...] la constitution ou le transfert de droit réel sont, originaiement, de plein droit opposables à tous, même à ceux qui n'en ont pas eu connaissance. Les dangers d'une solution aussi radicale ont conduit à instaurer un système de nature à avertir les tiers: à l'origine, la publicité foncière est une mesure de police. Mais pour atteindre ce but il fallait que la loi l'amènegeant l'assortit d'un mécanisme de contrainte: le défaut de publication est sanctionné par la déchéance de l'opposabilité originnaire de l'acte; la mesure de police se double d'une institution civile. A l'inverse, l'acte régulièrement publié conserve la pleine opposabilité qui était la sienne dès l'origine: celle-ci n'est pas un bienfait de la loi ni un effet de la transcription ou de la publication. Ce n'est qu'apparence si l'opposabilité du droit semble renforcée par la publication – il suffit de dire que, du fait de cette présomption, elle n'est pas diminuée».

⁵³⁷ LACRUZ: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 198-199: «*No surtir efectos contra tercero* es una expresión peculiar, convencional, que no debe interpretarse literalmente. El negocio no registrado es válido, no sólo entre las partes contratantes, sino, en principio, frente a todos: todos tienen que respetar la propiedad del que ha comprado la finca y no ha inscrito su adquisición; el dueño de la finca, aun no tomada razón de su título, adquiere los frutos, paga las contribuciones, etc. La única excepción a esa regla general de eficacia del acto y el derecho no registrados, se produce cuando entran en conflicto con otro inscrito en el Registro a favor del llamado *tercero*, ante el cual tienen que ceder, porque no pueden *surtir efectos contra tercero*. [...] *Tercero* es en ella [en la regla típicamente latina según la cual los derechos no inscritos no perjudican a tercero] quien habiendo inscrito en el Registro, está protegido por él de tal modo que no pueden oponérselo los titulares anteriores no inscritos» (cva. del a.).

⁵³⁸ Tenemos que remitirnos aquí a lo antes dicho sobre la necesidad de buena fe en el comprador posterior que se adelanta en la inscripción (arts. 1473 CC y 32 LH). Sobre la necesidad y contenido de tal buena fe nos parece significativo que GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 605-607, interpretando que el dualismo hipotecario impone la distinción entre la buena fe de los artículos 34 (desconocimiento de la realidad no inscrita) y 32 (ausencia de fraude) de la Ley Hipotecaria, termine circunscribiendo la buena fe propia del artículo 32 (buena fe que actúa como límite de eficacia de la inscripción conformadora) del siguiente modo: «*No hay inconveniente en interpretar [...] que el fraude no consiste únicamente en realizarlo, sino que también comprende la situación de "conocimiento en realizarlo" (conscius fraudis)*». Por tanto, aunque debe excluirse el requisito de la “buena fe-desconocimiento” para el tercero del artículo 32, debe incluirse en el requisito de la “buena fe-fraude”, *no sólo la actuación directa de fraude y la complicidad en el fraude (“consilium fraudis”), sino también la situación de “conocimiento del fraude”*, ya que el que conociendo un fraude, realiza un acto está siendo cómplice en el fraude» (cva. del a.).

Contra la tesis de la inscripción conformadora o configuradora de la plena eficacia del derecho real confluyen, en segundo lugar, dificultades insuperables de orden lógico que, provenientes de frentes diversos aunque partiendo siempre de la búsqueda de un espacio intermedio lógicamente imposible, terminan por concentrar en ella la confusa maraña de varias contradicciones.

Imposible es el espacio intermedio entre la inscripción constitutiva y la declarativa, si se atiende al significado de una y otra según comúnmente se las entiende; y, sobre la base de tal imposibilidad, imposible resulta igualmente el intento de mantener en el campo del principio de inscripción, sin invadir el propio del de publicidad, una variedad de la inscripción registral que, aunque sin influir, según se dice, en el nacimiento del derecho real publicado (lo que la convertiría en constitutiva), llega a configurarlo o conformarlo plenamente en su más peculiar eficacia: en su eficacia real⁵³⁹. En la referencia a esa configuración o plena conformación del derecho real, distinta y posterior a su nacimiento, se introduce inadvertida pero efectivamente una fuga a terrenos del principio de publicidad que inevitablemente termina por dar la cara cuando a la inscripción conformadora se le atribuye la virtud de *consolidar* el derecho real publicado⁵⁴⁰. Pero bajo el fallo de este deslizamiento de un principio a otro subyace otro imposible lógico-conceptual más hondo y más grave: pensar que es posible la distinción entre el nacimiento y la plena conformación del derecho real, como si pudiera considerarse nacido como derecho real un derecho que careciera de las

⁵³⁹ La idea aparece ya en DE LA RICA: *Dualidad legislativa...*, cit., p. 642: «La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito». La constituye en centro de su concepción GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 558: «[...] según el principio de inscripción, la inscripción es un elemento fundamental para la constitución plena o para la configuración del derecho real como tal, sin la cual el derecho real o no existe o no está configurado en su plenitud»; 559: «Por nuestra parte, defendemos el «principio de inscripción», pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción “conformadora” de la plena eficacia real “erga omnes” [...] En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real “erga omnes” del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros»; 565: «La segunda, la inscripción conformadora, configuradora, constitutiva respecto a terceros o cuasiconstitutiva, sería la regla en nuestro sistema, aplicable a todos los supuestos en general»; 584: «Por tanto, la inscripción no es “meramente declarativa”, sino “conformadora de la plenitud de eficacia del derecho real”»... (cva. del a.).

⁵⁴⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 557-558: «No estamos en la patología del derecho real [...], sino en el aspecto del valor y efectos de la inscripción en la existencia y formación del derecho real, es decir, en la vida normal del mismo, en su nacimiento y en su consolidación» (cva. del a.).

notas que esencialmente configuran como real al derecho subjetivo; o como si la aportación de un elemento esencial pudiera considerarse mero complemento del ser por él constituido, posterior a su nacimiento y simplemente configurador del mismo. Así ocurre, claramente, cuando se dice que basta la nota de la inmediatividad del poder en la cosa para dar vida al derecho real, y que la oponibilidad *erga omnes* es nota adventicia que éste recibe con la práctica de su inscripción⁵⁴¹. No es cuestión de volver a repetirlo, pero la oponibilidad del derecho real es proyección natural e inmediata de su inherencia a la cosa; lejos de ser nota contingente, es componente esencial del derecho real, propiedad del mismo en razón de su concepto e independiente, de suyo, de la inscripción como particularmente se revela en el régimen de los derechos reales patentes.

En la tesis, pues, de la inscripción conformadora o configuradora nos parece lógicamente vicioso: de una parte, distinguir entre el nacimiento y la plena configuración del derecho real cuando ésta se pone en la aportación al mismo de un dato perteneciente a su esencia; de otra, atribuir carácter solamente configurador o conformador no esencial a la inscripción cuando se la entiende aportadora de lo que en realidad es elemento necesario para la existencia misma o para el nacimiento del derecho real. En el fondo, la idea de la inscripción conformadora se mueve entre la aporética idea del derecho real relativo y el atractivo de una inscripción reforzada en su significado y eficacia hasta su práctica conversión en inscripción constitutiva⁵⁴². A veces se la califica como «constitutiva en cuanto a ter-

⁵⁴¹ DE LA RICA: *op. cit.*, p. 639: «El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción. Y entonces, sólo entonces, con o sin tradición, el derecho real es eficaz frente a terceros e incluso *inter partes* [...].» GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 560: «La inmediatividad la tiene el derecho real con la tradición [...]. Pero cuando verdaderamente se justifica y explica la necesidad del principio de inscripción es cuando se estudia la nota de “*absolutividad*” del derecho real. Un derecho real produce efectos *erga omnes*. Pues bien, sólo puede considerarse que estos efectos se dan con plenitud cuando se ha producido la inscripción. Antes el derecho real queda a medio camino. Sólo hay *plena absolutividad, sin límites*, cuando hay inscripción»; 584: «*El fundamento doctrinal* de esta posición la *sic!* hemos centrado, según hemos visto anteriormente, en la esencia misma del derecho real y concretamente en la nota de *absolutividad o eficacia “erga omnes”* del mismo, que sólo puede considerarse plena y sin límites una vez obtenida la inscripción» (cva. del a.).

⁵⁴² Cfr., en la doctrina italiana y para planteamientos paralelos, FERRI: *op. cit.*, pp. 13-15: «Questa opinione, che si potrebbe chiamare eclettica è, a nostro avviso, affetta da un'intima contraddizione. Con essa, mentre da un lato si tiene fermo come verità indiscussa il principio dell'efficacia reale del consenso legittimamente manifestato, dall'altro lo si distrugge col riconoscere che il diritto trasferito col semplice consenso non è opponibile a tutti e quindi manca del principale requisito della realtà. [...] Anche queste recenti opinioni, che vengono a colpire a morte la dichiaratività della trascrizione, attribuendo ad essa, almeno in certi casi, una funzione pari a quella propria della iscrizione o addirittura mag-

ceros»⁵⁴³; como si los terceros pudieran quedar fuera de cualquier consideración adecuadamente referida al derecho real⁵⁴⁴.

Por último, hay que añadir, la tesis de la inscripción conformadora o configuradora es, a nuestro juicio, innecesaria. Decimos esto saliendo al paso de la opinión que actualmente trata de sustentarla en su necesidad como condición de utilidad del sistema hipotecario. Planteando un fallido dilema⁵⁴⁵, viene hoy a decirse que la inscripción o algo significa para la configuración del derecho real, o no sirve de nada; que la idea de la inscripción meramente declarativa constituye un tópico antihipotecario⁵⁴⁶, contrario a todo sistema moderno de publicidad registral⁵⁴⁷. Hay que negarlo. La inscripción, sin necesidad de ser constitutiva ni quasi-constitutiva para terceros, puede ser útil –efectivamente lo es– con esa utilidad que, justamente por provenir del principio de publicidad, y no del de inscripción, nos ha permitido venir hablando para nuestro Derecho

giore, e togliendo così al nostro sistema di pubblicità immobiliare quello che è, secondo quanto si è visto, il principale elemento di differenziazione dai sistemi germano-austriaci, no si sottraggono a una facile critica [...]. O l'efficacia reale trova la sua causa efficiente nel solo consenso, ed allora questo dovrebbe sempre ed in ogni caso bastare a produrla; o il consenso non basta se no è accompagnato dalla trascrizione, ed allora bisogna riconoscere a quest'ultima, in ogni caso, una natura costitutiva».

⁵⁴³ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 588: «[...] Por eso, decimos que se trata de una inscripción cuasiconstitutiva, es decir, constitutiva respecto a terceros, en un doble sentido: en el de que el titular de un derecho real no inscrito no puede oponerlo ni perjudicar al titular inscrito y en el de que el titular de un derecho real inscrito puede oponerlo contra todo el mundo, con plena eficacia *erga omnes*. Este es el sentido de la inscripción cuasiconstitutiva, conformadora, configuradora o constitutiva respecto a terceros».

⁵⁴⁴ Vienen aquí inevitablemente al recuerdo las conocidas expresiones de CARRETERO: *Retornos al Código Civil*, II, RCDI 1965: «la figura del tercero es necesaria consecuencia de esa tercera dimensión del derecho real que le coloca en la geometría jurídica del espacio» (p. 78); «los terceros, que en el derecho real no son coro, sino protagonistas» (p. 79).

⁵⁴⁵ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 564: «En definitiva, la inscripción no puede ser “meramente declarativa” porque, o significa algo para el derecho real respecto a su configuración, formación o conformación, o no significa nada, pero en este último caso se trataría de un concepto inexistente, negativo, vacío, antihipotecario»; 583: «[...] llegamos a la conclusión de que si el valor de la inscripción en nuestro sistema no es “la nada”, sino que, por el contrario, representa “algo” en la conformación o configuración plena del derecho real como tal, ese “algo” es precisamente el ser una “inscripción que configura o conforma plenamente el derecho real como tal, con su nota de absolutividad o eficacia ‘erga omnes’ total”» (cva. del a.).

⁵⁴⁶ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 561-564, esp., p. 563: «Con la inscripción meramente declarativa no estamos en el principio de inscripción, sino en el tópico antihipotecario de la no inscripción, que, como un lugar común, se viene repitiendo sin darse cuenta que no significa absolutamente nada respecto al valor de la inscripción en nuestro sistema» (cva. del a.).

⁵⁴⁷ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 559: «[...] pero lo que no puede ser es que en un sistema hipotecario moderno la inscripción no tenga ningún valor en la configuración del derecho real»; 563: «Es el principio de no inscripción, o el principio de inscripción no constitutiva, que como concepto negativo es inoperante, y además, supone la negación de un sistema registral moderno en consonancia con el concepto y efectos del derecho real inmobiliario» (cva. del a.).

de una inscripción «publicadora». En nuestro ordenamiento inmobiliario los derechos reales se constituyen y nacen fuera del Registro; el Registro, de acuerdo con su propia función, se limita a darles publicidad. Y es por los efectos de dicha publicidad por lo que se justifica el Registro y las inscripciones que en él se practican. Una publicidad que, como tal, no tiene por qué confundirse con el hecho de la existencia ni con el momento constitutivo del derecho real; mucho menos si se tiene en cuenta que la publicidad registral, a diferencia de la que naturalmente se sigue de la posesión, es una forma artificial y contingente de publicidad, que, como extraña de suyo al concepto y existencia del derecho publicado, no puede identificarse con él ni ser adecuada y connaturalmente llevada al mecanismo de su constitución y transmisión.

Es cierto que la inscripción asegura la efectividad del derecho inscrito, en cuanto remueve el obstáculo que a su oponibilidad podría interponerse por razón del desconocimiento inculpable que de su existencia pudiera tener el tercero afectado. Es cierto, también, que la publicidad, provocando la adquisición de buena fe y acogiéndola en el Registro (art. 34 LH), o sólo acogiéndola cuando no hay previa inscripción (art. 32 LH), interviene colaborando en la adquisición dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. Pero estos efectos –los que principalmente dan razón de la utilidad del Registro– pertenecen a terrenos distintos a los del principio de inscripción; justo porque en nuestro ordenamiento existencia del derecho real y publicidad registral del mismo se consideran cosas distintas, la segunda se mantiene al margen del mecanismo adquisitivo regular de los derechos reales, y éstos pueden perfectamente existir y perjudicar sin inscripción a los terceros conocedores de su existencia. Admitiendo, como no puede ser menos, que el derecho inscrito recibe de la inscripción importantes ventajas, lo que no cabe decir es que en nuestro ordenamiento el derecho real no puede nacer y ser tal sin el auxilio de la inscripción. Esto basta para residenciar en su debido lugar los efectos de la inscripción haciéndolos compatibles con el sistema de adquisición extra-registral consagrado en nuestro Derecho de Cosas e Inmobiliario Registral.

d') *El problema de la llamada «dualidad legislativa»: su revisión y crítica*

La crítica a los diferentes intentos doctrinales de explicar –o reforzar– el valor de la inscripción llevando sus efectos al momento del nacimiento del derecho real o al de su considerada plenificación

constitutiva *quoad tertios*, exige, a modo de colofón o cierre, proceder a la revisión del tan traído y llevado problema de la dualidad legislativa introducida por el régimen de la publicidad registral en nuestro ordenamiento de la propiedad inmobiliaria. En efecto, arrastrada por el carácter declarativo y voluntario de la inscripción –se dice– y favorecida por el prestigio de la Exposición de Motivos de 1861⁵⁴⁸, la idea de tal «dualidad legislativa», repetida una y otra vez en la doctrina⁵⁴⁹, ha terminado por convertirse en un lugar común que, pese a contar con alguna forma de respaldo oficial⁵⁵⁰, necesita ser sometido a crítica y debidamente aquilatado: ¿es rigurosamente exacto que en materia inmobiliaria se produce esa dualidad de régimen que tan frecuentemente se denuncia por los autores? Y, de ser afirmativa la respuesta –o aun no siéndolo: si, aunque no sea ésa, alguna otra forma de dualidad se produce– ¿es ello tan censurable como generalmente se considera⁵⁵¹?

⁵⁴⁸ *Vid.*, e.c., p. 237: «Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el antiguo derecho»; p. 253: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio»; pp. 269-270: «El heredero por la muerte del testador entra a ocupar su lugar, es la continuación jurídica de su persona; pero aunque por una ficción de la ley se entiende traspasado a él el dominio de los bienes hereditarios, esta transmisión depende del hecho de la aceptación, de que las cosas no se hayan legado determinadamente a alguno, y de la inscripción según los principios del proyecto, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar a un tercero».

⁵⁴⁹ Se la encuentra ya en MANRESA: *Comentarios...*, V, 4.^a ed., Madrid 1921, pp. 13-14: «[...] una gran masa de la propiedad no resulta inscrita [...]. Si lo fuese, no lo dudamos, el Código estimaría como única forma de verdadera tradición respecto a bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, la inscripción en el Registro de la Propiedad. No siendo obligatoria, el Código, en un caso de duda (art. 1473), da preferencia al título inscrito si lo hay; mas no habiéndolo, recurre a otros medios o a otros signos de preferencia. De aquí el dualismo en la legislación respecto a bienes inmuebles». En la doctrina posterior la tesis de la dualidad legislativa encuentra su más significado exponente en el trabajo de DE LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario* (RCDI 1950), ya tantas veces citado.

⁵⁵⁰ Nos referimos, obviamente, a la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria: «Ciento es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero interin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanzas de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

⁵⁵¹ Lo más frecuente en la doctrina es que el tan manido dualismo inmobiliario se censure como grave defecto de nuestro sistema. Así puede verse, e. c., en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 270: «El carácter voluntario de la inscripción produce necesariamente una dualidad en el régimen jurídico inmobiliario. Este es precisamente el mayor inconveniente del sistema»; Cossío: *op. cit.*, p. 15: «Así tenemos que muchos países, como Francia e Italia, aún no han superado el régimen rudimentario de la transcripción, y otros, como España, adoptan el patrón germánico, aunque evitando el llegar a sus últimas consecuencias, ofreciendo el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales, que da lugar a serias dificultades en la práctica, al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios»; DE CASSO: *op. cit.*, pp. 83-84, criticando la reforma de 1944: «Esta línea [la de inspirarse en la organización del Registro en Alemania y Suiza], sin embargo,

Por lo que hace a la primera pregunta hay que comenzar advirtiendo que sólo muy groseramente podría tratar de fundarse la dualidad de que aquí nos ocupamos en la existencia separada en nuestro ordenamiento de la Ley Hipotecaria, por una parte, y del Código Civil, por otra. Aunque, por razones históricas de todos conocidas, una y otro constituyan cuerpos normativos separados, lo cierto es que ambos, teniéndose mutuamente en cuenta, se integran perfectamente entre sí formando un bloque regulador unitario⁵⁵². El Preámbulo del Real Decreto por el que se mandó adelantar la redacción de la Ley Hipotecaria, y la Exposición de Motivos de 1861 no dejan lugar a dudas en este punto⁵⁵³; y Oliver lo dejó expresado con toda claridad y exactitud al calificar a la Ley Hipotecaria como una ley

fue rota, como lo confiesa y aún proclama Sanz, por la Comisión redactora, para abrir una “nueva senda”: la de mantener y perfeccionar un pretendido sistema registral *español*, que, al parecer, consiste en dar por bueno, y aun por óptimo, el tan censurado dualismo introducido por el C. C., y el consiguiente divorcio entre el mismo y la L. H. en orden a la adquisición del dominio y al nacimiento de las demás acciones reales sobre ellos [...]» (cva. del a.). Lo justifica, en cambio, como necesario, DE LA RICA: *op. cit.*, pp. 627: «Los civilistas que así lo creen y así lo pregonan [que el Código Civil es la Ley fundamental de nuestro ordenamiento inmobiliario] han olvidado, por efecto de la lejanía, la génesis histórica de la legislación especial inmobiliaria que vino a sustituir en el pasado siglo al Derecho antiguo, condenado por la ciencia y por la opinión, y que creó, al ser promulgada, una *efectiva y necesaria* dualidad normativa en cuanto a la propiedad inmueble: diferenciando netamente la inscrita de la no inscrita y las relaciones *inter partes* de las relaciones jurídicas respecto de tercero» (*subs.* del a.). En sentido parecido, el discurso de AUNÓS en defensa del proyecto de Ley sobre reforma de la Ley Hipotecaria, Justicia, separata del núm. 12, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, p. 10: «No cabe duda que nuestro sistema permite la coexistencia de dos formas de propiedad: la inscrita y la no inscrita [...]. Pero no olvidemos que esta distinta normación es inevitable en cuantos casos se admite la doctrina de las apariencias jurídicas».

⁵⁵² Para la relación entre Código Civil y Ley Hipotecaria, *vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 315-335.

⁵⁵³ Decía el Real Decreto de 8 de agosto de 1855: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias [...]. Hubieran, sin duda estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma de no haberse creído que el Código Civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las dificilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de las leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitiera llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil. Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio [...]. Una Ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V. M. tiene nombrada para formular el Código Civil, satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere de modo alguno el de la formación de los Códigos; no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos». A su vez, la E. M. de 1861, p. 239: «Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un Código Civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del Código consagrado especialmente a las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un Código Civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra; en el Código Civil se encontraría considerable número de las disposiciones a que se da cabida en el proyecto [...]. Pero nada de esto sucede: [...]».

civil de naturaleza civil⁵⁵⁴, y carácter especial, advirtiendo el preciso sentido de tal especialidad: no significa que la Ley Hipotecaria, dentro del Derecho Civil, establezca una regulación excepcional, sino, simplemente, que la Ley Hipotecaria es una ley civil de contenido limitado o parcial⁵⁵⁵; una ley dictada «para poner en ejecución *una parte* del Código Civil»⁵⁵⁶. Así entendida la relación entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, no puede, obviamente, hablarse de dualidad legislativa si por ésta se entiende dualidad de régimen o contenido regulador, y no de fuente formal reguladora.

No tan evidentes son las cosas cuando el planteamiento se trae más precisa y reflejamente al plano del contenido regulador. La voluntariedad de la inscripción, y su carácter declarativo permiten la coexistencia en nuestro Derecho de una propiedad inscrita frente a otra no sometida a inscripción. Aunque se diga –con una dosis de simplificación tan grande que nos devuelve otra vez a la anterior forma de entender la dualidad legislativa– que la primera se somete a la Ley Hipotecaria mientras que la segunda se reserva al Código Civil, lo que ahora nos interesa destacar es que desde este segundo punto de vista la diferencia reguladora consistiría principalmente en que para la transmisión de la propiedad inscrita la inscripción jugaría el papel confiado a la tradición en la teoría del título y el modo. Sintetizando y tratando de marcar las diferencias se vendría a decir que la dualidad legislativa consiste en que en nuestro Derecho son posibles dos formas distintas de propiedad inmobiliaria: la no inscrita, que, sustentándose exclusivamente en el Código Civil –concebido éste pensando en la relación *inter partes*– se gobierna por el sistema del título y el modo; y la inscrita, que, acogiéndose a la Ley Hipotecaria –ley de terceros– se adquiere y transmite mediante título e inscripción⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 409: «La Ley Hipotecaria española es el *conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil, comunes a toda la Nación [...]】*» (cva. del a.).

⁵⁵⁵ OLIVER: *op. cit.*, p. 372: «Es, finalmente, *especial* o con más exactitud, *parcial*» (cvas. del a.).

⁵⁵⁶ OLIVER: *op. cit.*, p. 406.

⁵⁵⁷ Con variantes, pero sustancialmente en el sentido del texto: VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., pp., esp., 316: «Hay quien sigue razonando, queriendo o sin querer, como si estuviésemos en el régimen de las Partidas; sin darse cuenta de que nosotros tenemos hoy dos regímenes de la propiedad inmobiliaria: uno, de derechos relativos, que regula el Código Civil, y otro, de derechos absolutos, *erga omnes*, que regula la Ley Hipotecaria. Los derechos relativos los regula el Código Civil en el supuesto de que no sean inscritos, ya que la inscripción es potestativa, pero están siempre afectos a la condición resolutoria que pende por razón de la protección del tercero protegido por la Ley Hipotecaria»; DE LA RICA: *op. cit.*, p. 631: «Ante la dualidad legislativa, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos tex-

A nuestro modo de ver, es muy claro que tampoco en este segundo sentido puede hablarse fundadamente de dualidad legislativa. Sin tener que volver sobre puntos ya tratados, baste ahora recordar que la Ley Hipotecaria respeta y presupone como suyo el sistema transmisor del título y el modo, cuya consagración corresponderá al Código Civil; y que éste, a su vez, asume como propio el efecto frente a terceros de la inscripción registral, tal como con extensión y detalle lo regula la Ley Hipotecaria. Esto segundo resulta con toda evidencia no sólo de la remisión global del Código Civil a la Ley Hipotecaria en la materia por ella regulada (arts. 605-608 CC), sino también de la numerosa serie de remisiones a la misma siempre que, de acuerdo con ella y en las diferentes materias de que en concreto se trate, hayan de dejarse a salvo los derechos de terceros (arts., e.c., 192, 214, 462, 647, 975, 977, 1124, 1333, 1510, 1537, 1549, 1571, 1880). Lo primero –la aceptación del sistema del título y el modo por la Ley Hipotecaria como mecanismo normal de adquisición y transmisión extra-registral de los derechos por ella publicados– consta con igual evidencia no sólo de la fórmula a través de la cual la misma Ley Hipotecaria expresa las consecuencias de la no inscripción –*no perjudicar a tercero*– sino, igualmente, de la exigencia en ella impuesta de la escritura pública como título necesario para la práctica de la inscripción. Tal escritura, al mismo tiempo que el documento fehaciente exigido por el principio de titulación auténtica (art. 3 LH), es, en palabras de De

tos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código Civil; y para los segundos, el Código Civil o las legislaciones forales»; Id., repitiendo la misma idea en p. 642, donde añade: «La anticuada teoría del título y el modo [...] no rige ni puede regir la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria»; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 270-271: «Puede, por una parte, existir el doble régimen de la propiedad no inscrita y de la propiedad inscrita. El primero, el del Código Civil, se aplica íntegramente respecto de aquellos bienes inmuebles que nunca han tenido ingreso en el Registro. El segundo, el de la Ley Hipotecaria, se aplica íntegramente a los bienes inscritos. La diversidad de régimen es muy profunda y justifica el que se haya hablado en estos casos de diversas clases de propiedad. Mientras la propiedad no inscrita está sujeta al régimen de la más absoluta regularidad del tráfico y al imperio del apotegma *nemo dat quod non habet*, la inscrita se halla sometida al principio de la seguridad del tráfico, de la protección, a veces absoluta, de la apariencia jurídica, y en algunos casos no se aplica para ella dicho aforismo». HERMIDA: *La tradición y la inscripción...*, cit., p. 1507: «[...] podríamos sintetizar el Derecho inmobiliario español de la siguiente forma. En el Derecho español hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda exclusivamente por el Código Civil (síntesis de Ramón de la Rica). La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción (síntesis reformada de Morell). Creemos, por consiguiente, que ésta es la verdadera síntesis del Derecho inmobiliario español».

la Serna, «la escritura en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble»⁵⁵⁸. El subrayado tipográfico del «en», tan característico e insistente en De la Serna, demuestra bien a las claras que a través del «título» a que se refiere el artículo 2 de la Ley Hipotecaria no se hace referencia sólo al contrato de finalidad traslativa (*título* en la teoría del título y el modo) que da derecho *a* la cosa, sino al mismo contrato y a su documentación mediante el otorgamiento de la escritura pública que, de no excluirse expresamente, equivale a la tradición (art. 1462 CC). Es que en nuestro sistema registral, inscribiéndose títulos, *eo ipso*, se publican derechos transmitidos y adquiridos mediante el sistema del título y el modo⁵⁵⁹.

Hay todavía una tercera forma de denuncia de la dualidad legislativa que, más que directamente a ésta, apunta a su consecuencia en la realidad que se considera doblemente regulada: la desintegración del dominio. El eclecticismo de nuestro Derecho inmobiliario, al conjugar el mecanismo clásico de adquisición de los derechos reales con la protección registral del tercero –dirá don Jerónimo González⁵⁶⁰, seguido después por otros importantes autores⁵⁶¹– conduce fatalmente a la desintegración del concepto unitario y absoluto del dominio y a su sustitución por una cuádruple forma de propiedad: la contractual del adquirente frente al transmitente; la natural, *erga omnes* o frente a todo tercero que no sea el registral-

⁵⁵⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 250.

⁵⁵⁹ Hemos desarrollado más ampliamente este punto en *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...*, cit., pp. 521 y ss., esp., 537-544.

⁵⁶⁰ GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, cit., pp. 111-112. El texto, que a continuación se va a presentar resumido, dice literalmente así: «Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el goce exclusivo y la facultad de reivindicar, notas características de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción: a) La propiedad contractual del adquirente frente al transferente; b) la propiedad natural que comprende el derecho a poseer (*jus possidendi*) y adquirir o reivindicar la posesión de cualquier persona no favorecida como tercero por el Registro; c) la propiedad meramente formal o del libro que facilita para enajenar y gravar, limitada por el caso a) o el caso b), y d) la propiedad perfecta por su fondo y registro, única que responderá al tipo clásico».

⁵⁶¹ Así, SANZ FERNÁNDEZ, quien, afirmando, con transcripción en nota del texto de J. González –*op. cit.*, pp. 270-271– que «la diversidad de régimen es muy profunda y justifica el que se haya hablado en estos casos de diversas clases de propiedad», limita, sin embargo a tres estas clases. Dice, en efecto –*op. cit.*, p. 247–: «Paralelamente a la función de título, tradición e inscripción, puede afirmarse que en nuestro sistema entran en juego tres posibles titularidades de los derechos reales: a) *Titularidad real*, llamada también por los autores material: es la que otorgan el título y la tradición. b) *Titularidad formal presunta*: es la que otorga normalmente la inscripción a todo titular inscrito. c) *Titularidad formal plena y absoluta*: es la que otorga la inscripción cuando entran en juego sus efectos convulsantes»; Cossío: *op. cit.*, p. 169, da por bueno el criterio de J. González y se limita a transcribir su texto.

mente protegido; la meramente formal o del libro que, aunque limitada por las anteriores, faculta para enajenar y gravar; y la propiedad perfecta por su fondo y registro, la única que responde al tipo clásico del dominio.

Ni en su detalle ni en su idea central puede aceptarse esta denuncia. La distinción entre la llamada propiedad contractual entre el adquirente y el transmitente y la natural *erga omnes*, salvo frente al tercero registral, carece de todo fundamento: entre el transmitente y el adquirente no hay forma alguna de propiedad hasta que no se produce la entrega⁵⁶², y, una vez efectuada ésta, el adquirente es ya propietario *erga omnes*, con dominio pleno y perfecto⁵⁶³, aunque amenazado, mientras no se inscriba, de sucumbir frente al que sobre el mismo objeto haya podido adquirir el tercero protegido por el Registro. Igualmente inconsistente es la distinguida como propiedad formal o de libro: el Registro, por sí sólo, no fundamenta ninguna forma de propiedad real, aunque produzca una apariencia de ella, generadora de confianza protegible en los terceros de buena fe. Pero esto no es ninguna peculiaridad de la publicidad registral: lo mismo ocurre, sin necesidad de ella, cuando la propiedad se pone formalmente a nombre de quien no es el dueño en casos como los de las titularidades simuladas o fiduciarias; tan inconsistentes todas ellas –éstas y la registral– que carecen de toda efectividad tanto *inter partes* como respecto a todo tercero conocedor de su inconsistencia. Finalmente, en cuanto a la última forma de propiedad, la perfecta por su fondo y registro, baste recordar que, según lo ya varias veces dicho, el Registro, en la exacta comprensión de sus efectos, nada añade al contenido intrínseco del derecho que publica: publicándolo, se limita, en momento posterior al de su perfecta existencia, a remover el obstáculo que a su proyección *erga omnes* podría oponer –en justificada medida de protección del tráfico de buena fe– su desconocimiento inculpable por el tercero protegible. Para los terceros conocedores, aun sin inscripción, el dominio sobre inmueble inscrito sigue siendo el derecho absoluto que conoció la concepción clásica del dominio. Lo mismo vale decir respecto a

⁵⁶² «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso», decía –p. 237– la E. M. de 1861.

⁵⁶³ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 243: «Fue nota esencial del régimen instaurado por la Ley de 1861, mantenido sin alteración hasta el presente, que la Ley Hipotecaria no modifica en forma alguna el sistema de Derecho civil. Por consiguiente, el derecho real que ha nacido con arreglo al Código en virtud del título, más la tradición, en su caso, produce plenos efectos [...]. El derecho real nace en virtud de los dos primeros elementos, y una vez que éstos existen y son perfectos produce plenos efectos». En el mismo sentido, el discurso de AUNÓS: *cit.*, p. 11: «En la nueva Ley, los derechos continúan naciendo perfectos fuera del Registro, y el título con la tradición serán suficientes para que las relaciones inmobiliarias surjan con plena eficacia».

terceros, en general, cuando se trata de propiedad sobre finca no inmatriculada.

Si la duplicitud de fuentes que supone la existencia separada del Código Civil y la Ley Hipotecaria, no introduce divergencia en la regulación del Derecho inmobiliario; si ni siquiera en la regulación conjuntada que contienen estas fuentes se establecen dos sistemas distintos para la adquisición y transmisión de la propiedad, según haya o no inscripción; si, por no ocurrir nada de lo anterior, tampoco se produce en nuestro Derecho esa desintegración que llevaría al dominio a su fragmentación en distintas propiedades separadas entre sí y relativas o valederas en perspectivas o relaciones diferentes, ¿qué es lo que realmente hay en nuestro Derecho y con tanta frecuencia provoca el espejismo de la «dualidad legislativa»?

Con todo acierto, en nuestra opinión, lo apuntó Lacruz y posteriormente lo ha formulado García García: no es que nuestro ordenamiento padezca de dualidad legislativa o de fuentes, sino que adecuadamente distingue entre situaciones o supuestos distintos de propiedad⁵⁶⁴. Lo que hay en nuestro Derecho son situaciones distintas de propiedad inmobiliaria, distinguidas en el bloque normativo integrado de consumo por el Código Civil y la Ley Hipotecaria atendiendo al dato de que se encuentre o no inscrita o publicada, y haciendo depender de esta circunstancia –no absolutamente considerada sino poniéndola en conexión con la buena fe de los terceros– el juego de su oponibilidad, amén de otros efectos también conectados con el significado y razón de ser de la publicidad registral. Dicho de otra forma: nuestro Derecho de Cosas, teniendo que regular el tráfico inmobiliario, y no pudiendo hacerlo sin introducir en él garantía suficiente de seguridad para los adquirentes e imponentes de buena fe, encara la propiedad en la doble perspectiva de su realidad y de su apariencia⁵⁶⁵. La primera se impondrá por su propio peso en la relación *inter partes* y frente a los terceros que la conocen; frente a los terceros desconocedores sin culpa de la realidad, en ponderada medida de política legislativa, decide la apariencia.

⁵⁶⁴ LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit. (ed. 1968), p. 61: «Cuestión distinta es la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada y otro para la que no lo está [...]. Pero esto no implica rango distinto de unos y otros preceptos, y sí simplemente la existencia (o no) de un supuesto de hecho que hace posible la aplicación (o no) de ciertas normas [...].». Siguiéndolos, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 330: «Partiendo de la unidad legislativa como hacen Lacruz-Sancho, puede hablarse, siguiendo a estos autores, de una dualidad de supuestos más que de fuentes» (cva. del a.).

⁵⁶⁵ En algún paralelo con este planteamiento, y para el sistema francés, cfr. GUARNERI, Attilio: *Diritti reali e diritti di credito. Valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, pp. 41-42.

Es aquí donde el Registro de la Propiedad encuentra su razón de ser y adquiere sentido. Su tarea será sacar a los derechos reales de la clandestinidad u oscuridad y dotarlos de una forma de «cognoscibilidad legal», cargada en sí misma de ventajosas consecuencias. En sí misma, hemos dicho, porque las ventajas de la publicidad –aparte del efecto protector consagrado en los artículos 1473.II del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria– no se supeditan a su conformidad con la realidad del derecho o de la situación inmobiliaria publicada. Desde luego, la inscripción favorece al derecho publicado y existente en la realidad impidiendo la posibilidad de que nadie pueda alegar su desconocimiento; esto es: removiendo el obstáculo que a su oponibilidad podría alzar la buena fe de los terceros. Pero es que, además, incluso cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, la inscripción concede al titular registral importantes instrumentos de tutela provisional del derecho inscrito (arts. 38 y 41 LH), y, sobre todo, asegura al tercero de buena fe la adquisición onerosa realizada de quien en el Registro aparece como dueño, con facultades para transmitir (art. 34 LH).

Ahora bien, los efectos que acabamos de indicar, siendo los más representativos de la eficacia de la publicidad y del régimen establecido en la Ley Hipotecaria, no son privativos de aquélla ni obra peculiar de su ley especial. Semejantes a ellos son los que provoca la posesión en el régimen del Código Civil (arts. 448 y 446, indiferenciadamente para toda clase de bienes, y art. 464 sólo para bienes muebles). De ahí que no pueda hablarse de dualidad legislativa si por ella se entiende divergencia reguladora entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. La Ley Hipotecaria, dijimos ya⁵⁶⁶ y hemos de repetirlo ahora, es ley civil, porque en materia civil resuelve aplicando el principio civil de protección de la apariencia jurídica. El íntegro régimen de la propiedad y de los derechos reales se encuentra contenido en nuestro ordenamiento en el bloque constituido, *in complexu*, por el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y es en tal conjunto donde armónicamente se incardina e integra el criterio de que la propiedad o el derecho oculto debe ceder cuando la apariencia contraria a una u otro provoca el acto adquisitivo del tercero de buena fe. No hay en ello verdadera y propia dualidad legislativa: ni la adquisición registral *a non domino* –siendo una medida de auxilio legal a una adquisición realizada de acuerdo con el sistema del título y el modo en la que únicamente se suple el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente– supone la creación de un sistema o modo

⁵⁶⁶ *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales...*, cit., p. 694.

alternativo de adquirir, peculiar para la propiedad inscrita⁵⁶⁷; ni el triunfo de la apariencia de propiedad sobre la propiedad oculta permite la distinción de propiedades diferentes y relativas, compatibles entre sí y valederas cada una en un ámbito limitado y propio.

Si así concluimos en materia de «dualidad legislativa», sólo nos queda ya responder a la segunda pregunta que al principio de este apartado nos planteábamos: aunque no haya dualidad legislativa en el sentido tantas veces denunciado por los autores, sino simple distinción legal entre situaciones o supuestos distintos de propiedad, ¿es censurable que ello ocurra? La respuesta se impone por sí misma. Sentida en el Derecho moderno como verdadera cuestión de orden público la seguridad del tráfico inmobiliario⁵⁶⁸, la distinción entre propiedad y derechos ocultos, de una parte, y propiedad y derechos puestos al alcance del conocimiento de todo interesado, se hace imprescindible. Sobre la base de tal distinción, la tutela de la buena fe justifica plenamente (*relative Gerechtigkeit*, en expresión de Meyer⁵⁶⁹) que la apariencia del derecho triunfe sobre el derecho oculto a favor de quien inculpablemente lo desconoce. Ésta será la idea inspiradora del Registro de la Propiedad y la justificación del valor publicador de la inscripción. Con el auxilio del Registro, y en razón de la inscripción, podrá distinguirse entre una propiedad publicada y otra desprovista del medio de su cognoscibilidad legal, y atenderse a la seguridad del tráfico inmobiliario de buena fe favoreciendo a la primera frente a la segunda. El fin es perfectamente legítimo, y el medio completamente adecuado. Mucho más que su alternativa germánica –la añorada por los censores de la «dualidad»– que, al involucrar la inscripción registral en el mecanismo constitutivo del derecho real, deja forzada e innecesariamente fuera de la realidad derechos que, en condiciones naturales de existir, podrían funcionar como tales y sin daño para nadie en su ámbito de conocimiento extra-registral, y que, al limitar el valor constitutivo de la inscripción sólo a las adquisiciones negociales *inter vivos*, introduce en ella una duali-

⁵⁶⁷ Así, el discurso de AUNÓS, cit., p. 9: «En el proyecto, la inscripción no implica un modo de adquirir los derechos reales». Lo dicho en el texto vale también, según se vio anteriormente [*supra*, IV.2.b]) al realizar la exégesis del artículo 1473 CC, para la adquisición del comprador que, en colisión con otros, se adelanta a inscribir.

⁵⁶⁸ LUZURIAGA, en las *Concordancias* de García Goyena, cit., p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retractarse de contratar con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada».

⁵⁶⁹ MEYER, Herbert: *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, Múnich, 1909, pp. 83 ss., esp., 93.

dad de funciones –constitutiva, unas veces, declarativa otras– en nada exigida por la unidad de su originaria y genuina función publicadora.

5.º Conclusión: la inscripción registral como publicadora de la realidad inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica. Comparación y juicio sobre su función y valor en nuestro sistema

El desarrollo de los distintos puntos anteriormente tratados, y, más concretamente, lo que acabamos de decir rebatiendo el tópico la «dualidad legislativa», nos lleva ya a desembocar directa y mansamente en nuestra conclusión final acerca del valor de la inscripción registral en nuestro Derecho Inmobiliario. Conclusión que no podremos dejar formulada y razonada sin una cierta sensación agri-dulce. Por una parte, sentimos como causa de fundada y legítima complacencia el acierto de nuestra legislación hipotecaria y la superioridad de su solución, frente a la de los modelos comparados, en la tarea, básica y crucial para la configuración del sistema de la publicidad registral, de tener que concretar la genérica función aseguradora de la inscripción asignando a ésta su específica función y preciso valor. Por otra, en cambio, y en sentido contrario, no puede dejar de provocarnos una cierta frustración y tristeza la respuesta de nuestra doctrina a este importante acierto legal: seducida, más o menos reconocidamente, por el atractivo de las soluciones foráneas, más que advertido y celebrado como tal, el valor «declarativo» de la inscripción, o se afirma sin atribuirle mayor interés y algo anodinamente, o se critica abiertamente marcándole límites que lo desvirtúan en sí mismo o reducen su campo de actuación tratando de incrustar en nuestro Derecho una forma de inscripción más próxima a la constitutiva, propia de los sistemas germánicos.

¿Cuál es en la realidad el valor de la inscripción en nuestro Derecho? Como a lo largo de este trabajo hemos venido viendo, a la inscripción se asignó en nuestro Derecho el doble carácter –a veces confundido o no del todo nítidamente diferenciado– de declarativa y voluntaria. Significaba ello que el legislador no la imponía como necesaria para la existencia del derecho real inscribible: ni extrínsecamente, supeditando la existencia del derecho a su inscripción, ni intrínsecamente, convirtiendo a la inscripción en pieza esencial del mecanismo transmisoro-adquisitivo del derecho inscribible. En planteamiento más realista y pragmático, se limitó a poner en manos del interesado el instrumento de la inscripción; a confiar a su interés, dili-

gencia y libertad la posibilidad de aprovecharlo y lucrar sus sustanciosas ventajas; y, finalmente, a asignarle el valor publicador –decisivo para los terceros de buena fe– que, permitiendo sacar de la clandestinidad a los derechos reales, lograra hacer del Registro de la Propiedad el elemento de seguridad exigido por el tráfico inmobiliario. En esta solución se acumulan, a nuestro juicio, los siguientes aciertos, que, como ya más detenidamente tratados en sus correspondientes lugares, ahora nos limitaremos a exponer en la enumeración que sigue.

1. Logra perfectamente el fin asegurador pretendido para el Registro de la Propiedad. Luzuriaga, el más señalado progermanista de entre los padres de nuestro sistema hipotecario, expresó dicho fin al cifrar la función del Registro en conseguir que «la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla»⁵⁷⁰. Nuestra inscripción, «declarativa» y voluntaria, lo logra perfectamente, porque, consistiendo la seguridad del tráfico –de acuerdo con la acertada formulación de Ehrenberg⁵⁷¹– en que la eficacia de la adquisición proyectada no pueda verse menoscabada por causas que, al tiempo de realizarla, no pudiera conocer el adquirente, es justamente ésa la función que para sí asume en nuestro Derecho la inscripción publicadora: no sólo asegurar a quien inscribe haciéndole inoponible un hipotético acto transmisor anterior de su causante, al modo tan conocido y limitado del sistema francés, sino, mucho más amplia y positivamente, convirtiendo en su favor a la inscripción en manifestación de la realidad –aun cuando en el caso concreto no lo sea–, de tal forma que cuando adquiera de buena fe de titular inscrito (aunque realmente lo haga *a non domino*) sea mantenido en su adquisición. Para el logro de este resultado, máxima expresión de la eficacia aseguradora del Registro, ni es necesario que la inscripción sea constitutiva, ni cuando lo es –los casos de Alemania y Suiza– añade un ápice a la plenitud de su obtención. Por el contrario, sin contribuir en nada a

⁵⁷⁰ LUZURIAGA, en las *Concordancias...*, cit., pp. 942-943: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia [...] el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengan a frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito [...].»

⁵⁷¹ EHRENBERG, Victor: *Rechtfssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jahr, 1904, p. 280: «[...] er (der ein Recht erst erwerben will) hat das größte Interesse daran, daß der beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind». Id., algo más adelante, p. 282: «Die Verkehrssicherheit besteht darin, daß eine beabsichtigte günstige Veränderung des gegenwärtigen Bestandes an vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person nicht vereitelt wird durch Umstände, die ihr unbekannt sind».

ella, impide caprichosamente la posibilidad de existencia de derechos reales que, pudiendo haber nacido por haberse cumplido el presupuesto naturalmente necesario para ello, y sin que nada les impidiera funcionar en el ámbito en que fueran efectivamente conocidos, resultan artificiosamente sofocados e inútilmente reducidos a la nada⁵⁷².

2. Por lo que se acaba de decir, cabe añadir que nuestra inscripción declarativa o publicadora logra su objetivo, además de perfectamente, en la forma más ajustada y adecuada al mismo. Desde tres puntos de vista distintos puede razonarse tal adecuación: el lógico, el teleológico o finalista, y el organizativo-instrumental.

a) Desde el punto de vista lógico, porque, consistiendo la inscripción en una forma de publicidad «artificial» (*künsliche äußere Tatbestand*, como contradistinto al *natürliche äußere Tatbestand*)⁵⁷³, y como tal –a diferencia de la posesión, naturalmente operadora de la inmediatividad del poder caracterizador del derecho real– añadido por pura y contingente decisión del legislador al derecho real que, en interés del tráfico, de ella se quiere revestir, lógicamente tal inscripción debe pertenecer a un momento posterior al del nacimiento del derecho cuyo conocimiento se va a poner a través de ella al alcance de cualquier interesado. Es lógico, pues, que el Registro no cree, al publicarlos, los derechos reales que en él se inscriben, sino que, manteniéndose en su función, se limite a publicar los derechos, ya existentes, que en él se inscriben.

b) Desde el punto de vista teleológico, porque no necesitando de la publicidad las partes para venir en conocimiento de lo que ellas mismas constituyen, no hay razón alguna que justifique proyectar en ese plano constitutivo *inter partes* los efectos de la inscripción. El ordenamiento que así lo haga desvía tales efectos del campo que por su propia finalidad corresponde a la publicidad registral.

⁵⁷² Cfr. el discurso de AUNÓS: *op. cit.*, p. 8: «Hemos de reconocer, pues, que ciertas reglas inmobiliarias, pese a la excelente finalidad que las motivaría y su laudable propósito de reforzar el sistema, lejos de actuar de fuerza centrípeta para llevar al Registro el considerable número de fincas que hoy se desenvuelven al margen del mismo, tendría una repercusión contraproducente y no haría sino agravar un divorcio ya por desgracia existente entre el mismo y la realidad, entre la verdad oficial y la real, que sólo gradualmente mediante prudentes y adecuadas medidas podrá vencerse»; Id., p. 10: «En nuestra Patria es indudable que el principio de la inscripción constitutiva podría ser altamente perturbador, sobre todo si se contempla la gran masa de relaciones inmobiliarias que permanecen fuera del Registro. Conforme dice el Preámbulo, dicha inscripción no haría sino agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

⁵⁷³ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm: *Die Vertauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp., esp., 492-493.

c) Desde el punto de vista organizativo-instrumental, porque, debiendo publicar la inscripción declarativa derechos reales ya nacidos y constituidos anteriormente a su publicación, engarza perfectamente, a través de la escritura pública que sirve de soporte a la inscripción, el sistema extra-registral de transmisión negocial *inter vivos* de los derechos publicables y la autenticidad y fiabilidad de su publicación registral. Dicha escritura pública es normalmente, al mismo tiempo, tradición constitutiva de la transmisión y adquisición, extra-registral, del derecho real (arts. 609 y 1462 CC) y documento auténtico sobre el que se fundamenta la credibilidad de la noticia registral (art. 3 LH).

3. La adecuación de la inscripción publicadora con la finalidad aseguradora del Registro, dota a éste en nuestro Derecho de una particular conjugación de la universalidad de su función publicadora con la unidad de su instrumento publicador, que le distingue muy favorablemente frente a sus modelos comparados. Francia comenzó instaurando un sistema mixto de publicidad, en el que, sin gran incoherencia ni notables desajustes, las adquisiciones no negociales *inter vivos*, con evidente merma de su universalidad publicadora, quedaban fuera del Registro⁵⁷⁴. Las reformas de 1935 y 1955 pusieron parcialmente remedio a este defecto. El Registro debe acoger todo acto de proyección jurídico-real, pero su publicación no tendrá siempre el mismo valor: el efecto sustantivo de la inoponibilidad sigue reservado al objeto originario de la publicidad según la vieja Ley de Transcripción de 1855; la toma de razón tendrá mero valor informativo respecto de los actos posteriormente admitidos al Registro⁵⁷⁵. Aunque en forma distinta, algo de esto ocurre en Alemania y Suiza. En ellas, desde un principio, toda mutación jurídi-

⁵⁷⁴ Así lo comentaba DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 252-253, destacando la diferencia del criterio francés con el adoptado por nuestra Ley Hipotecaria: «En Francia y en otros Estados que han seguido su ejemplo hay diferencia entre los títulos traslativos del dominio por actos entre vivos y los que provienen de sucesión. Al paso que aquéllos se transcriben, no así éstos [...]. Concíbese que las legislaciones hipotecarias que sólo establecen la publicidad a medias y que al lado de las hipotecas inscritas dejan sin inscribir otras que sin embargo tienen la misma fuerza que las que lo están, sean muy indulgentes en abrir la mano para la relajación del principio que nuestra Ley siempre conserva intacto; entre nosotros, esta excepción no tendría explicación posible y argüiría falta de consecuencia».

⁵⁷⁵ Sobre ello, véase MAZEAUD, Hernri et Leon-MAZEAUD, Jean: *Leçons de Droit Civil III*, 2.^a ed., Paris, 1963, pp. 542-544 y 571, concretamente en ésta: «La sanction normale du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers de l'acte non publié. Mais, à côté de cette sanction, devenue insuffisante le jour où le législateur a soumis à publicité des actes qui sont opposables aux tiers même en l'absence de publicité, le législateur a dû organiser d'autres sanctions: amende, dommages-intérêts, irrecevabilité de certaines demandes en justice». En detalle, pp. 580-583. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.^a ed., Paris, 1987, pp. 447-451, y, para la publicidad de simple información, pp. 547-556.

co-real es materia registrable; pero no para toda ella tiene siempre la inscripción el mismo valor. Mientras en las transmisiones negociales *inter vivos* se erige en constitutiva asumiendo para sí la función que desempeñaba la entrega en la teoría del título y el modo; en las demás tendrá valor exclusivamente declarativo⁵⁷⁶. Nuestro sistema es mucho más limpio, simple y lineal en este punto. Desde el primer momento llevó al Registro todo supuesto de repercusión o transcendencia jurídico-real –«para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa», decía Gómez de la Serna⁵⁷⁷–, y respecto de todos ellos asignó siempre un mismo valor a la inscripción. Y es que, efectivamente, si la función del Registro es publicar la situación jurídica de los inmuebles, no hay razón alguna para distinguir entre inscripciones y establecer diferencias en su valor⁵⁷⁸. El Registro debe ser instrumento abierto a la publicidad de toda mutación jurídico-real; pero su misión es siempre publicarla. Nada exige involucrarlo a veces en su desencadenamiento o producción⁵⁷⁹.

No constitutiva, pero apta para lograr perfectamente, en la forma más adecuada y revistiendo siempre un mismo valor, la seguridad completa del tráfico inmobiliario de buena fe, ¿cuál es, entonces, la

⁵⁷⁶ Sobre ello, para el Derecho alemán: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit., p. 290; para el suizo: DESCHENAUX: *op. cit.*, pp. 7-8; en nuestra doctrina: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, cit., pp. 102-103.

⁵⁷⁷ SERNA *op. cit.*, p. 195, nota b): «Para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa: de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos».

⁵⁷⁸ Interesante al respecto la argumentación de DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 252-253, justificando el apartamiento de nuestra Ley Hipotecaria respecto al modelo francés y admitiendo a publicidad las adquisiciones *mortis causa* en pleno pie de igualdad con las negociales *inter vivos*: «En Francia y en otros Estados que han seguido su ejemplo hay diferencia entre los títulos traslativos del dominio por actos entre vivos y los que provienen de sucesión. Al paso que aquéllos se trasciben, no así éstos. Como las leyes francesas tienen tanta autoridad en Europa, conveniente es que indiquemos, aunque sea brevemente, las razones que justifican nuestra ley [...]. Cuando la ley proclamaba el principio absoluto de publicidad, no podía sin gravísimas razones exceptuar determinadas clases de adquisición, sin quebrantar su sistema, sin destruir lo mismo que edificaba; si lo hubiera hecho, sobre ser ilógica, habría retrocedido en lugar de adelantar en su camino. Nada hay por otra parte que aconseje que la publicidad no se requiera igualmente en todas las clases de adquisición: lo que en los títulos entre vivos se considera necesario, lo es también respecto a los que a la sucesión testada o intestada se refieren [...]. No sirve decir que la muerte de uno y la calidad de heredero de otro son cosas públicas y conocidas, y que por tanto una nueva publicidad es innecesaria, porque ni esto es siempre exacto, ni es fácil saber cuáles son las fincas que tiene cada uno al morir, ni si ésas han sido dejadas con la universalidad de bienes al heredero, o si como legado o por otra causa han pasado a sucesores singulares. Si no se sujetaran, pues, a inscripción los títulos por causa de muerte, sería necesario que el adquirente o prestamista tuviera que buscar en multitud de antecedentes los medios de asegurarse, y vendría a resultar la inseguridad que ahora tienen, y que con el nuevo sistema ha tratado la Ley de evitar [...]. Por estas razones nos parece que con buen acuerdo se ha procedido en la nueva ley hipotecaria al seguir lo que ya venía ordenado, y no dejarse llevar por imitaciones que admitidas falsearían nuestro sistema por su base».

⁵⁷⁹ Avanzamos ya estas ideas en nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., pp. esp. 68-69, 73 y 79.

naturaleza y función de la inscripción en nuestro Derecho?; ¿cuál la explicación de su particular eficacia? Nosotros responderíamos a estas preguntas recurriendo convencidos a la doctrina de la protección de la apariencia jurídica. En nuestro Derecho de Cosas –Civil e Hipotecario– la inscripción se concibe y pretende como el medio o instrumento técnico privilegiado de publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, destinado a hacerlas valer en el tráfico sin sorpresa ni perjuicios para los terceros que extra-registralmente y de buena fe las desconocen, y generador, a favor de éstos, de su apariencia jurídica protegida, cuando lo publicado no coincide con la realidad. El Registro de la Propiedad, que existe a favor de los terceros, está llamado, de suyo, a publicar la realidad; pero cuando el dato publicado no se corresponde con dicha realidad, la propia razón de ser del Registro exige que, en beneficio de los terceros de buena fe, valga la publicidad como si con aquélla se correspondiera. Para estos terceros, pues, la inscripción o es expresión o de una realidad inmobiliaria que, en cuanto efectivamente existente, es susceptible de imponerse por sí misma en su existencia y efectos, o es medio creador de una apariencia jurídica en cuya confianza, y por razón de su buena fe, deben ser legalmente protegidos: para ellos –efecto fuerte de la apariencia jurídica en sentido estricto⁵⁸⁰– la apariencia registral valdrá, inmediata y definitivamente, como realidad.

Y aquí, y de esta forma, podríamos poner fin a este estudio, ya excesivamente largo, sobre el valor de la inscripción en nuestro Derecho. Pero es el caso que una circunstancia reciente obliga a añadirle todavía unas líneas para entrar en el debate hace poco suscitado acerca de lo que en el párrafo inmediatamente anterior hemos afirmado. En efecto, contra lo que venía siendo habitual⁵⁸¹, en los

⁵⁸⁰ Nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 449-454, sobre este sentido de la apariencia, su distinción frente a otros aspectos y formas más amplias y relajadas de ella, y los distintos efectos de una y otras.

⁵⁸¹ Con mayor o menor énfasis y detalle, conectan a la idea de la apariencia jurídica la función protectora de la inscripción registral en favor de los terceros de buena fe, e. c., SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 271, 292; Id.: *El Registro y la realidad jurídica*, cit. p. 404; Cossío: *op. cit.*, pp. 10-11; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pp. 65, 202, 207, después, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, pp. 16, 167...; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1978, p. 246; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed. Barcelona, 1979, p. 336; CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 278; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 605; ÁLVAREZ CAPOROCHIP: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 40; CRISTÓBAL MONTES: *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, p. 128. La constituye en línea central del tratamiento del régimen de la publicidad, DE ÁNGEL YÁGUEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, quien –pp. 13-14– anuncia: «... las páginas que siguen constituyen un análisis de los principales problemas que plantean la posesión y la doctrina de la publicidad registral; pero arrancando de lo que, a nuestro juicio, puede ser considerado como hilo conductor o denominador

últimos años se han alzado algunas voces –ciertamente autorizadas– contrarias a la explicación de la eficacia de la publicidad registral mediante el recurso a la idea de la apariencia jurídica⁵⁸². Distinta a la apariencia jurídica, y mucho más que apariencia, la publicidad registral y la inscripción que la vehicula y concreta es la «verdad oficial»⁵⁸³ acerca de la situación publicada. ¿Qué pensar sobre esta nueva explicación?; ¿qué ventajas tiene sobre la teoría de la apariencia el recurso a la idea de esa «verdad oficial»? y ¿qué inconvenientes presentaba la anterior y más clásica⁵⁸⁴ expli-

común de las dos figuras: la protección jurídica de la apariencia». Esta misma idea es la que desde nuestro trabajo sobre *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., viene guiando la serie de los que, en desarrollo del mismo y para la comprobación de la hipótesis en él propuesta, estamos dedicando al Derecho sustantivo español de la publicidad registral inmobiliaria. En la doctrina alemana, por sólo recordar algún testimonio, STAUDINGER-GURSKY: op. cit., ad § 892 BGB, Rz 5: «[...] die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerlässliche objektive Rechtsscheinbasis»; Id., Rz 6: «Die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von WESTWERMANN so genannten) "reinen Rechtsscheinprinzips" (WESTWERMANN JuS 1963, 1, 5; WIEGAND JuS 1975, 205, 207 f; CANARIS, *Vertauenhaftung* 471)»; WEIRICH: op. cit., p. 190, Rz 493: «Ein allgemeiner Rechrsatz im Schuldrecht lautet: Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbs hat [...]. Im Sachenrecht wird dieser Grundsatz zum Schutze des Rechtsverkehrs durch die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs durchbrochen [...]. Der Rechtsschein ersetzt das Recht».

⁵⁸² Es el caso de GARCÍA GARCÍA: op. cit., I, pp. 675-676; PAU PEDRÓN: *Efectos...*, cit., pp. 2209-2212; y AMORÓS GUARDIOLA, en el prólogo a CORRAL GIJÓN: *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. XVII, y en *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (Discurso leído el día 30 de noviembre de 1998, en su recepción pública como académico de número en la RAJL), Madrid, 1998; este último, por cierto, apartándose de lo que anteriormente había sostenido, e.c., en *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, p. 57: «Lo deseable es que ambas relaciones (la material y la registral) coincidan [...]. Pero registralmente esta coincidencia es irrelevante. Lo que interesa es la apariencia formal del Registro en beneficio de la seguridad del tráfico»; *La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe*, ADC, 1972, p. 213, nota 41: «La publicidad –en sentido técnico jurídico– es el instrumento normal para preconstituir la apariencia»; «El acreedor aparente», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, p. 75: «Pero tampoco coincide exactamente (la teoría de la publicidad) con la de la apariencia. Cabe una apariencia externa sin el mecanismo técnico que la publicidad comporta».

⁵⁸³ PAU PEDRÓN: op. cit., pp. 2210-2211: «La expresión "verdad oficial" no es arbitraría: la *veracidad* del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. "El Registro se presumirá exacto e íntegro", dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 [...]. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta»; AMORÓS: en el prólogo antes citado, p. XVII: «El Registro protege no porque crea una apariencia, sino porque publica la verdad oficial de las relaciones jurídicas inscritas mientras un juez no declare lo contrario en sentencia firme. De manera que no hay una situación aparente que se superpone a la real para proteger a quien confía en la apariencia, sino que, el menos frente al tercero de buena fe, la realidad jurídica es la publicada por el Registro, y ésa es la verdad oficial y no otra, hasta que no se declare judicialmente su inexactitud o nulidad, declaración judicial que no afectará a los terceros anteriores, salvo que sean posteriores a la formalización de la correspondiente anotación de demanda».

⁵⁸⁴ El calificativo es de AMORÓS: *op. et loc. ant. cit.*: «Tesis que parece encajar en la idea clásica, pero superada por la doctrina más reciente, de que el fundamento de la protección registral está en la protección de la apariencia jurídica».

cación que recomiendan o fuercen ahora a su sustitución por otra distinta?

Eso de la «verdad oficial» se propone hoy reaccionando contra la que se entiende ser una infravaloración de la realidad registral, estrechamente ligada –se dice– con la idea del Registro como apariencia⁵⁸⁵. Prescindamos, por el momento, de entrar a dilucidar si la explicación de la eficacia del Registro en clave de protección de la apariencia conduce efectivamente a la infravaloración del gran instrumento de la publicidad inmobiliaria, y limitémonos ahora a examinar los beneficios que a tal explicación puede reportar la fórmula que para evitarla se propone.

La expresión «verdad oficial», por sí sola y en cuanto preñada de patente contradicción, poco puede explicar satisfactoria y ajustadamente⁵⁸⁶. Si la verdad tiene que ser limitadoramente adjetivada, es porque no es la única y completa verdad: la que, sólo ella, por su exacta adecuación a la realidad, puede y debe ser considerada y llamada auténtica verdad. Si se habla de una «verdad oficial» es porque se da por supuesto y admitido que, en pugna con ella, existe o puede existir otra verdad distinta que, en contraposición con la anterior, deberá ser la verdad real. Y es a partir de la constatación de esta oposición de «verdades» cuando hay que preguntarse y explicar por qué una de ellas –la «oficial»– puede, no siendo auténtica verdad, suplantar a la real y terminar por prevalecer sobre ella. Pero es el caso que, en esa necesidad de dar adecuada respuesta, la nueva fórmula explicativa de la «verdad oficial» se comprueba como una expresión sin recursos y carente de utilidad alguna que pueda justificarla en su pretensión de superar y sustituir a la de la apariencia jurídica.

En nuestra opinión, en efecto, el triunfo de la «verdad oficial» sobre la real en las condiciones exigidas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo admite dos explicaciones: o bien se le entiende porque bajo la nueva fórmula se está, innominada pero realmente, indicando lo que la teoría de la apariencia jurídica entiende por tal apariencia; o bien, sin recurrir a ninguna clave explicadora transcendente al propio precepto legal, se la justifica, sin buscarle ulterior explicación, porque es la misma Ley quien para el concreto supuesto la impone⁵⁸⁷. Es diáfano que en el primer caso la expresión «verdad oficial» no es más que otra forma

⁵⁸⁵ PAU: *op. cit.*, p. 2210: «Esa infravaloración de la realidad registral está estrechamente ligada con la idea del Registro como apariencia».

⁵⁸⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, en la contestación al discurso de Amorós: *La teoría de la publicidad...*, *cit.*, p. 200: «La concepción del Registro como creación de “verdades oficiales” presenta, sin embargo, alguna arista que la hace disonante con la idea de publicidad».

⁵⁸⁷ Cfr. AMORÓS: *La teoría de la publicidad...*, *cit.*, p. 181: es «el tributo que hay que pagar para el funcionamiento eficaz y normal del sistema».

de denominar a la apariencia jurídica. Si se quiere, una forma de denominación específica para el caso especial en que dicha apariencia constituye un supuesto de apariencia «artificial», de configuración exquisita y reflejamente jurídica, sometida al control y acogida a la salvaguardia de los órganos del Estado; pero, en todo caso, repetimos, una forma de referirse a la apariencia jurídica. En tal sentido, «verdad oficial» y apariencia jurídica, aunque sin corresponderse en su extensión, integran una misma identidad sustancial en la que la primera es sólo una parte diferenciada en lo accidental. Se entiende por ello que, sin tensión ni contradicción alguna, puedan hablar de la «verdad oficial» del Registro quienes explican la eficacia del mismo desde la teoría de la apariencia jurídica⁵⁸⁸. Por el contrario, si el recurso a la «verdad oficial» se pretende como una forma de arrumar la aplicación de la teoría de la apariencia al Registro de la Propiedad, la eficacia sanante de la publicidad registral, conservando, sin duda, el sólido fundamento del dato legal que la sustenta, habrá quedado huérfana de explicación alguna que la integre con fisonomía típica y naturaleza conocida en el conjunto de las figuras e instituciones sustentadoras del ordenamiento jurídico y organizadoras de su coherente conjunto⁵⁸⁹. Negada su propia matriz y ais-

588 Ocurre ello en el discurso de AUNÓS, cit., donde, entendiéndose el Registro desde la «doctrina de las apariencias jurídicas» –cfr. pp. 9 y 11–, se argumenta la exclusión de la inscripción constitutiva en la reforma de la Ley Hipotecaria –p. 8– porque «no haría sino agravar un divorcio ya por desgracia existente entre el mismo (el Registro) y la realidad, entre la verdad oficial y la real». También, en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien, explicando el efecto de la fe pública registral desde la doctrina de la protección de la apariencia («se trata –dice: *op. cit.*, p. 605– de un supuesto más en que la apariencia produce los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico»), fundamenta el valor de los asientos registrales diciendo –ib. p. 581– «el Registro proclama la verdad oficial sobre las situaciones jurídicas de cada finca, a todos los efectos». Algo parecido puede observarse en CASTRO, quien, citado por Pau Pedrón: *op. cit.*, p. 2209, como valedor de la consideración del Registro como «verdad oficial», destaca, no obstante, la personalidad de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 –cfr. *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192– al haber sido construida (superando el germanismo de Luzuriaga y la concepción afrancesada de García Goyena) sobre «la fórmula práctica y original de la protección del tercero», expresión ésta, en sí y en su contexto, evidentemente evocadora de la doctrina de la protección de la apariencia.

589 Algo de esto nos parece ver en el texto de AMORÓS, en el prólogo cit., pp. XVII–XVIII, donde la «verdad oficial», aparece como una verdad relativa –una verdad para el tercero– o una ficción de verdad que funciona como auténtica verdad sobre la sola base de la autoridad del Registro mientras no se declare su inexactitud: «De manera que no hay una situación aparente que se superpona a la real para proteger a quien confía en esa apariencia, sino que, al menos frente al tercero de buena fe, la realidad jurídica es la publicada por el Registro, y ésa es la verdad oficial y no otra, hasta que no se declare judicialmente su inexactitud o nulidad, declaración judicial que no afectará a los terceros anteriores, salvo que sean posteriores a la formalización de la correspondiente anotación de demanda». A nosotros, de todas formas, nos sigue pareciendo que un régimen como el descrito, donde a la verdad «oficial» se da trato de auténtica y única verdad sólo en favor de quienes –sin serlo realmente– como tal la consideran, coincide en todo con el de la protección de la apariencia jurídica, y que en él –aunque el nombre se evite– la «verdad oficial» es tratada como el supuesto objetivo provocador y sustentador de la confianza protegible del tercero de buena fe.

lado en la afirmación de su autonomía y suficiencia, el régimen de la publicidad registral queda obligado a convertirse en clave de sí mismo. Es su condena a un erratismo sin más límite que el del dato legalmente indiscutible.

Y así vista y valorada en sí misma la expresión «verdad oficial», pasemos ya a examinar las razones que hoy llevan a proponerla como superadora⁵⁹⁰ de la comprensión de la publicidad como apariencia jurídica. ¿Cuáles son los defectos que recomiendan el abandono de dicha comprensión y su sustitución por una explicación distinta –la de la «verdad oficial»– que logre evitarlos? Tal como nosotros las hemos entendido y captado, creemos que se reducen a las que a continuación exponemos y tratamos brevemente de responder:

a) Publicidad registral y apariencia nada tienen que ver –se dice–, simplemente, porque son cosas distintas entre sí. La apariencia consiste en un hecho social, visible⁵⁹¹; es un fenómeno fáctico atinente al exterior de las cosas⁵⁹²: la manifestación de las mismas tal como natural y externamente pueden percibirse groseramente o en bruto y sin mediación de instrumento de refinamiento alguno. La apariencia es algo que se produce naturalmente en el tráfico, y cuyo valor y límites reside justamente en su rechazo de cualquier instrumento tendente a fijarla o cristalizarla⁵⁹³. En una palabra: la apariencia es un fenómeno natural y directo de manifestación en bruto de la realidad, mientras que el Registro de la Propiedad es un instrumento o mecanismo técnico-jurídico, no consistente, de suyo, en una exteriorización social de la materia inscrita, y que se alimenta de datos

⁵⁹⁰ Así la considera y propone AMORÓS: en el prólogo, cit., p. XVII: «Tesis que parece encajar con la idea clásica, pero superada por la doctrina más reciente, de que el fundamento de la protección registral está en la protección de la apariencia jurídica».

⁵⁹¹ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2210, nota 23: «Es inadecuado (el término “apariencia” para referirse a la publicidad) porque puede hablarse de apariencia de un hecho social –como la posesión–: es un hecho visible, y sólo cuando se ha visto produce su eficacia protectora la apariencia [...]».

⁵⁹² PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211, nota 23: «Pero es también un término insuficiente, porque la apariencia es un fenómeno fáctico. Apariencia, según el Diccionario de la Academia, es aspecto exterior de una cosa [...]».

⁵⁹³ MOSCHELLA, Rafaële, en Apéndice a Nicolò, R.: *La trascrizione*, Milano, 1973, p. 52: «L'apparenza costituisce una manifestazione immediata di titolarità, che si forma e si percepisce al di fuori di qualsiasi apparato di strumenti e di mezzi, ma che per converso può operare in un ambito piuttosto ristretto, e cioè rispetto ai terzi che vivono in un certo ambiente o quanto meno rispetto ad attività che abbiano una certa continuità; per di più, manca alla apparenza ogni controllo preventivo, ogni stabilità nel tempo ed ogni precisione di contorni della situazione manifestata. L'apparenza vive cioè nel traffico giuridico e trova il suo pregio ed il suo limite nella insofferenza di qualsiasi strumento che cerchi di fissarla e cristalizzarla».

contrastados, lo que permite afirmar que genera algo distinto y más sólido que una simple apariencia o probabilidad⁵⁹⁴.

No puede negarse que las diferencias indicadas son ciertas, y que, como tales, dan razón de la distinción existente entre los fenómenos naturales de apariencia, producidos en el mundo del Derecho y fuera de él, y el Registro de la Propiedad. Pero la cuestión, en nuestra opinión, no es ésa; o, al menos, no es ella sola ni principalmente la cuestión que aquí interesa. Lo que en realidad y decisivamente importa es saber si un instrumento, que, como artificial y técnicamente elaborado, no consiste en la natural y directa exteriorización de la realidad, puede desempeñar en *Derecho* –de apariencia jurídica estamos concretamente hablando– la función atribuida por éste a la apariencia natural, y generar sus mismas consecuencias. Por lo que hace a la relación entre Registro de la Propiedad y apariencia no puede negarse que entre ellos, y en lo estructural, habiendo evidentes diferencias, también existen analogías⁵⁹⁵. Pero, ¿y en lo funcional? ¿Puede asignarse al Registro la función naturalmente desempeñada por la apariencia? La prueba de que entre apariencia y publicidad hay comunidad de función es que incluso quienes más subrayan sus diferencias estructurales, tienen que plantearse si la publicidad registral, una vez instaurada, es compatible o no con la relevancia jurídica de las apariencias naturales surgidas *qua tales* en el campo sometido a registración⁵⁹⁶. Por encima de este dato, indudablemente significativo, la posibilidad de ver en el Registro de la Propiedad un especial supuesto de apariencia jurídica, llamado, como tal, a desempeñar la función propia de ésta y provocar sus efectos, ha sido concienzudamente sostenida y razonada por la doctrina que más atención ha dedicado al problema; justamente, también, la que ha tenido que explicar el mecanismo del más arquetípico Registro Inmobiliario de desenvolvimiento técnico y publicidad positiva. A partir de Wellspacher⁵⁹⁷,

⁵⁹⁴ PAU PEDRÓN: *op. et loc. ant. cit.*,: «El contenido del Registro lo forman datos contrastados, lo que es más que una simple apariencia externa de verdad, que una simple probabilidad de verdad».

⁵⁹⁵ MOSCHELLA: *op. el loc. ant.*, cit.: «Vediamo ora in che rapporti il delineato istituto dell'apparenza si trovi con quello della pubblicità. Da un punto di vista strutturale, analogie e differenze sono evidenti».

⁵⁹⁶ Cfr. MOSCHELLA: *op. cit.*, pp. 52-58.

⁵⁹⁷ WELLSPACHER, Moritz: *Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht*, Wien 1906, pp. 22 ss y 58 ss. La distinción puede verse ya recogida en OERTMANN, Paul: «Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (1930), vol. 95, p. 476: «Dem Gedanken, im Interesse des Verkehrs äußere Tatbestände der Rechte und Rechtsverhältnisse als maßgebend zu erklären, wird teils dadurch Rechnung getragen, daß die Rechtsordnung künstliche äußere Tatbestände schafft [...]», y también –p. 484– su aplicación al Registro de la Propiedad: «Unter den sehr zahlreichen fällen des behördlich hergestellten Rechtsscheins will ich nur in aller Kürze auf folgende hinweisen: Grundbucheintrag [...]».

y sobre todo en Canaris⁵⁹⁸, la distinción entre apariencia jurídica natural y artificial forma ya parte de la doctrina consagrada en materia de apariencia jurídica y de protección de la confianza. El Registro de la Propiedad sería una de las formas –no, ciertamente, la única– de apariencia jurídica artificial, o «provocada» como en nuestra doctrina la califica De Ángel⁵⁹⁹.

Nosotros pensamos que ésta línea de explicación y pensamiento marca la buena dirección⁶⁰⁰. En todo caso, se entre o no a distinguir entre apariencias naturales y artificiales, lo cierto es que la publicidad registral inmobiliaria ofrece una información merecedora siempre en nuestro Derecho de confianza legalmente tutelada⁶⁰¹, y que, justo cuando no coincide con la realidad publicable, constituye jurídicamente una apariencia tratada como tal por la ley⁶⁰².

b) La idea de la apariencia jurídica no cuadra a la publicidad registral inmobiliaria –se dice también–, llana y simplemente por la evidente razón de que ni siempre, ni en la gran mayoría de los casos la inscripción es sólo apariencia, sino expresión o publica-

⁵⁹⁸ CANARIS: *op. cit.*, p. 492: «Was zunächst die [...] Frage betrifft, aus welchen Umständen sich überhaupt das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes entnehmen läßt, so ist insoweit im Anschluß an Wellspacher zwischen „künstlichen“ und „natürlichen äußeren Tatbeständen“ zu unterscheiden. Für die ersten ist charakteristisch, daß sie erst durch das Gesetz selbst geschaffen und zur Grundlage des Vertrauenschutzes erhoben worden sind; typische Beispiele bilden die verschiedenen Register und der Erbschein [...].»

⁵⁹⁹ DE ÁNGEL YÁGUEZ: *op. cit.*, p. 28: «La apariencia puede ser: o espontánea (derivada de ciertos hechos sociales), o provocada por el ordenamiento jurídico, en aras de la seguridad», y 28: «El ordenamiento arbitra, en este caso (al organizar ex profeso todo un sistema de publicidad de derechos), una apariencia que podríamos llamar “artificial” o provocada, no espontánea».

⁶⁰⁰ La mantuvo ya BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Curso de conferencias 1945, Valencia, 1946, p. 245: «El elemento material de la apariencia puede consistir: 1.º En una medida de publicidad. Por medida de publicidad debe entenderse todo artificio exterior, añadido a la constitución esencial del acto, tendente a facilitar a los terceros una información, y, al mismo tiempo, a defenderles contra las consecuencias perjudiciales para ellos de los actos no sujetos en tiempo hábil a la forma de publicidad requerida» (cva. del a.) y p. 253: «Pero cuando la protección de la apariencia jurídica cobra su máxima expresión y triunfa casi en toda línea, es con la entrada en el tráfico del factor tercero [...]; los pronunciamientos del libro se sobreponen a las realidades de la vida, y surge el concepto de la *fides publica*, que permite resolver casi todas las batallas jurídicas con el triunfo y la apoteosis del subadquirente».

⁶⁰¹ Justo el dato que, siguiendo a Wellspacher, permite a OERTMANN: *op. cit.*, pp. 457-458, circunscribir la doctrina de la apariencia en el ámbito donde obtiene peculiaridad propia y unidad de sentido: «Und ein solch engerer Begriff scheint mir allerdings aus dem geltenden Recht –nicht freilich schon kraft einer unerfindlichen naturrechtlichen Notwendigkeit!– entnehmen zu lassen. Er umfaßt etwa die Fälle, die Wellspacher in einem ausgezeichneten Buch, dem m. E. besten der gesamten bisherigen Reschtscheinliteratur, unter dem Gesichtspunkt des „Vertrauens auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht“ zusammengefaßt hat».

⁶⁰² En este mismo sentido y en la doctrina francesa, e. c., MAZEAUD: *La maxime error communis facit jus*, Rv. Tr. Dr. Civ. (1924), p. 940, y CALAIS-AULOY, Jean: *Essai sur la notion d'apparence en Droit Commercial*, Paris, 1961, p. 38.

ción de la verdadera situación inmobiliaria⁶⁰³. A lo sumo, pues, únicamente en el reducido número de supuestos en que la inscripción publica una situación disconforme con la realidad podría decirse que la publicidad genera un caso de apariencia jurídica tratado como tal por Derecho; y aun esto sólo si se admite que publicidad registral –disconforme con la realidad– y apariencia jurídica tienen algo que ver⁶⁰⁴.

Mucho de cierto hay en esta primera objeción, pero no tanto, en nuestra opinión, como para tener que excluir que la doctrina de la apariencia jurídica sea la clave explicadora de la eficacia de la publicidad registral si se entiende –como parece obvio que debe hacerse– que la puesta en conexión de publicidad y apariencia, aunque no se advierta y repita una y otra vez siempre que se hable de ella, se limita a esos casos de divergencia entre la situación inmobiliaria real y la registralmente publicada. La razón de tal limitación es tan clara que quizás ella misma sea la causa de que con frecuencia se la omita cuando se habla de la publicidad como apariencia jurídica: cuando la publicidad revela o manifiesta la realidad, ésta se hace valer por sí misma, y, en tal caso, la efectividad de la situación publicada se explica, sin más, por su propia existencia y valor, sin tener que apoyarse en el dato de su publicación. La inscripción

⁶⁰³ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 675: «Lleva, en definitiva (el tópico de la apariencia), al tópico de la llamada “Concordancia entre Registro y realidad jurídica extraregistral”, como si el Registro fuera algo irreal separado siempre de la realidad extraregistral, y no, como es lo normal, íntimamente conectado con la verdadera “realidad jurídica”, que es lo que ocurre en la práctica en el 95 por 100 de los casos [...]. Lleva, en definitiva, a la idea peyorativa y absurda de que el Registro es una especie de archivo de fantasmas o de entes ficticios o formales»; AMORÓS: *La teoría de la publicidad*..., cit., p. 181: «Es preciso partir de la afirmación según la cual el Registro en la mayoría de los supuestos coincide con la realidad extraregistral, y que sólo en contados casos se plantea la contradicción entre una y otra»; BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pp. 18: «[...] no puede afirmarse, sin más, que el tercero registral confía en el titular aparente, según el Registro. Porque en la inmensa mayoría de los casos ese titular aparente es titular real», y 19: «Pero otras instituciones sólo son manifestaciones de la apariencia jurídica en los contados supuestos en que despliegan eficacia jurídica, a pesar de la inveracidad de los hechos que proclaman: por ejemplo, el Registro de la Propiedad».

⁶⁰⁴ Es el caso, de entre los autores antes citados, de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 42: «[...] cuando excepcionalmente no coincide la situación jurídica exteriorizada por la publicidad registral con la situación fáctica, ha de prevalecer respecto a terceros la “exteriorización” que cumple las reglas del juego, precisamente porque es la “apariencia” la que, por declaración legal y seguridad jurídica ha de tener en cuenta el tercero; id., II, p. 231: «[...] la clave del artículo 34 LH es la *confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro*, es decir, *en la apariencia registral* derivada del principio de legitimación registral [...]» (cva. del a.); BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, pp., e. c., 50, 68 y, especialmente, 72: «Pues bien, para el tercero no es dudoso que el registro, como medida de publicidad organizada en su favor, precisamente, por el Estado, constituye el primer elemento de la apariencia jurídica».

registral ha cumplido en tal caso su normal función publicadora. Es ésta la hipótesis deseable, la que debe considerarse normal, y, sin duda, la más frecuente; pero es también la hipótesis en que el peso y valor de la realidad de la situación publicada deja menos espacio al juego del efecto peculiar y autónomo de la publicidad registral. ¿Cuándo se desencadenará el efecto propio de la publicidad? Justo en los casos –todo lo infrecuentes que se quiera, pero, desde luego, no imaginarios– en que no coinciden la situación inmobiliaria real y la registralmente publicada; cuando –limitándonos al caso más simple– el derecho real efectivamente existente no se ha llevado al Registro, y el que en él figura como actual dejó ya de serlo como perteneciente a quien todavía lo conserva inscrito. Entonces es cuando hay que dar razón de la protección otorgada en Derecho a quien adquiere confiando en lo que, sin ser ya cierto, sigue publicando el Registro. Y es entonces, también, cuando, no pudiendo fundamentarse la adquisición registral en la realidad de la situación publicada, hay que recurrir a la idea de la protección de la apariencia jurídica para poder explicarla.

En definitiva, que cuando se dice que la publicidad registral constituye un supuesto de apariencia jurídica, o que la virtud del Registro se explica por la doctrina de la protección de la apariencia, se está hablando elípticamente, dando por sobreentendido que ello sólo ocurre cuando lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad, y, justamente, porque, al no darse tal correspondencia, el Registro, generador –a su pesar– de tal apariencia irreal, tiene que venir en auxilio de la confianza depositada en él por el tercero. Advertido esto, debe quedar claro que la llevada de la publicidad registral al campo de la apariencia jurídica –o, en sentido inverso, la traída de la doctrina de la apariencia a la explicación del efecto de la publicidad registral– no pretende afirmar que el Registro de la Propiedad nazca en nuestro sistema, ni en ningún otro de publicidad positiva y desenvolvimiento técnico, para publicar «a tontas y a locas» –perdóñese la expresión– simples apariencias. Nace, indudablemente, para reflejar la realidad, y adopta las garantías y cautelas necesarias para lograrlo. Pero como, a pesar de tales cautelas, la discordancia entre realidad y Registro es moralmente inevitable, y como, por encima de ellas, el Registro nace para asegurar el tráfico inmobiliario de buena fe, la ley que lo crea tiene que dotarlo de virtud suficiente para proteger a quien en él confía, aunque tenga que ser a costa del titular que no inscribió su derecho. Ése es, obviamente, el campo donde la publicidad tiene que hacer valer sus propios recursos, por encima incluso de los que por sí corresponderían a la realidad publicable y no publicada; y es

en ese mismo campo donde la protección de la confianza del tercero en lo que el Registro publica se identifica perfectamente con la protección dispensada al tercero en la doctrina de la apariencia jurídica; tanto, que el mecanismo de la fe pública registral es una de sus más elaboradas aplicaciones.

c) En línea de continuidad con las anteriores objeciones –que el Registro no es una apariencia natural y espontánea, y que en la mayoría de los casos publica la realidad– se avanza ahora un paso más, añadiendo que supone un cierto desdoro para la institución registral la asimilación de la publicidad registral a la apariencia jurídica, cuando, realmente, el Registro de la Propiedad reviste carácter oficial y, por clarísima disposición de la ley, su contenido se presume exacto e íntegro. De nuevo, pues, más que mera apariencia, la información registral constituye auténtica «verdad oficial»⁶⁰⁵.

La misma idea se desarrolla advirtiendo que pretender explicar la virtud del Registro recurriendo a la idea de la apariencia jurídica, equivale a entender que los hechos materiales han de ser preferidos a los hechos inscritos⁶⁰⁶, siendo así que, en razón de las exigencias del principio de legalidad y de la calificación registral, el contenido del Registro está formado por datos contrastados –lo que es más que una simple apariencia de verdad⁶⁰⁷– y que su función no es crear una incierta o aproximada apariencia, sino poner al alcance del conocimiento de todo posible interesado esos mismos datos que, justamente por su contraste y depuración, obtienen una fiabilidad muy superior a la que puede esperarse del valor exteriorizador de la apariencia posesoria⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2210: «La expresión “verdad oficial” no es arbitraria: la *veracidad* del Registro de la Propiedad equivale a la exactitud e integridad de su contenido. “El Registro se presumirá exacto e íntegro”, dice la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El carácter *oficial* del Registro de la Propiedad es evidente, y ese rasgo suele aparecer en las definiciones formuladas por los autores» (cva. del a.).

⁶⁰⁶ PAU: *op. cit.*, ib.: «En algunas ocasiones se contraponen los pronunciamientos registrales –la llamada “realidad registral”– con la realidad sin más, es decir, con los hechos. Y se afirma que éstos “exceden”, superan siempre a aquélla»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 675: «Ese conjunto de *tópicos antihipotecarios*, y, concretamente, el de la apariencia, puede llevar a pensar que el Registro de la Propiedad se refiere únicamente a una realidad formal o aparente que se puede desvirtuar en seguida por la llamada “realidad material” [...]» (cva. del a.).

⁶⁰⁷ PAU: *op. cit.*, ib.: «Pero afirmar que todos los hechos –que pueden estar o no ajustados a la legalidad– han de ser preferidos a los hechos inscritos –que son hechos controlados en su legalidad– no puede hacerse con ligereza».

⁶⁰⁸ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211: «Lo importante en el caso del Registro no es crear una apariencia –una apariencia cualquiera–, sino ofrecer unos datos depurados, contrastados. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta» (cva. del a.).

En definitiva, que es rebajar la función del Registro considerarlo como generador de apariencias jurídicas, y que, dadas las exigencias de la registración, es insuficiente explicar valor recurriendo a la teoría de la apariencia.

Pero es el caso que –si no hemos entendido mal– en este mismo sentido se argumenta a veces, pero desde el presupuesto contrario al anterior. Se encontrará ahora extraño que quienes fundamentan la apariencia registral en los controles a que se somete la inscripción y en el hecho de que estadísticamente el Registro dice la verdad, añadan a continuación que aquella apariencia haya de cubrir los casos, muy raros, en que la inscripción no publica la realidad jurídica. Sorprende –se añade– que, diciéndose esto, se olvide en seguida la «realidad registral» y se haga prevalecer sobre ella a la «realidad material»⁶⁰⁹.

Nos parece que en modos de argumentar como los anteriores se desliza algo de confusión y de precipitada deformación e incomprendimiento de la teoría de la apariencia; y, sobre todo, que los razonamientos ahora expuestos minimizan abiertamente los supuestos de inexactitud registral o, más ampliamente hablando, de discordancia entre el Registro y la realidad, con la inevitable consecuencia de hacer más difícil la comprensión del sistema registral y entorpecer el camino que lleva a la explicación de que tales supuestos de discordancia no priven al tráfico de la seguridad en él necesaria, ni al Registro, aun entonces, de su condición de medio proporcionador de tal seguridad; todo ello, sin necesidad de salirse de los grandes principios informadores de nuestro Derecho.

Efectivamente, supone confusión acerca de la teoría de la apariencia, y deformación de la misma, afirmar que la interpretación de la eficacia de la publicidad desde la teoría de la apariencia jurídica significa dar prevalencia al hecho material o a la verdad extra-registral sobre el Registro. Es justamente al contrario: significa afirmar y justificar que aunque la noticia registral no sea cierta, es ella la que debe prevalecer, frente a la situación inmobiliaria real, a favor del tercero que de buena fe se guía por lo que el Registro le dice.

Por otra parte, en la posición doctrinal que criticamos, nos parece ver una excesiva minimización de la discordancia entre el Registro y la realidad⁶¹⁰; un incomprensible afán de cerrar los ojos a ella o

⁶⁰⁹ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, ib.: «Y lo curioso es que se diga que la apariencia se fundamenta en que, como estadísticamente el Registro dice la verdad, esa apariencia ha de cubrir los casos en que no hay tal realidad jurídica. Lo sorprendente es cómo diciendo esto se olvida en seguida la “realidad registral” y se alude en todo caso, como prevalente, a la “realidad material”».

⁶¹⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 675: «Lleva (el tópico de la apariencia), en definitiva, al tópico de la llamada “Concordancia entre Registro y realidad jurídica extraregistral”, como si el Registro fuera algo irreal separado siempre de la realidad extraregistral [...]».

de esconderla en el más oscuro rincón del campo abarcado por el Registro y alcanzado por sus más valiosos efectos. Negar la inexactitud registral es imposible, y a tanto –obviamente– nunca se llega. Pero, evitado ese extremo, sí que se enfatiza su extremada infrecuencia estadística y la razón de su casi completa imposibilidad: las exigencias del principio de legalidad y, muy destacadamente, el riguroso y severo control de la calificación registral. Nosotros no vamos a entrar aquí a calibrar tales infrecuencia e improbabilidad; lo que sí creemos necesario resaltar es que, a pesar de las cautelas impuestas por la ley para la práctica de la inscripción, la posibilidad de la discordancia entre la situación inmobiliaria que el Registro publica y la que existe en la realidad como única situación verdadera –inevitable tal discordancia incluso en el Registro alemán, a pesar del extraño artificio de la adquisición abstracta y del exceso de la inscripción constitutiva⁶¹¹– no es ninguna quimera; y que, lejos de apartar la mirada de ella considerándola como algo excepcional y poco merecedor de atención, lo que hay es que destacarla para dejar bien claro, como criterio fundamental y efecto de primer orden, que, incluso cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, el Registro, para cumplir su propia función, tiene que seguir proporcionando seguridad al tercero de buena fe. Incluso entonces, hemos dicho, y nos hemos quedado cortos. Lo justo y acertado sería decir que precisamente y más que nunca entonces, cuando la realidad no publicada pudiera suponer una amenaza a la actuación del tercero, es cuando el Registro, recurriendo a su propia virtud y desplazando a la de la realidad no inscrita, tendrá que asegurar al tercero un resultado conforme con la información –irreal, en tal caso– que él mismo le proporcionó. Esto es algo fuera de toda duda, tanto en los numerosos textos de la Exposición de Motivos de 1861, que cifran la tarea aseguradora del Registro en hacer que para los terceros las cosas funciones según las presenta la inscripción registral, y no según son en la realidad que no se inscribió⁶¹², como en los de Gómez de la Serna, cuando describe al ter-

⁶¹¹ Acerca de la insuficiencia de tales expedientes para erradicar la discordancia entre el Registro Inmobiliario alemán y la realidad jurídica extra-registral, y para la relación de las más frecuentes posibilidades de inexactitud registral en Alemania, *vide, e. c.*, BAUR: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13 Auflage, München, 1985, pp. 154-155; WEIRICH: *op. cit.*, pp. 179-182.

⁶¹² Hicimos amplia relación de tales párrafos en *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, *cit.*, pp. 33-38. He aquí, de nuevo, algunos de ellos: «al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente» (p. 248); «... si está la comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio u obtiene sobre ella

cero favorecido por la publicidad como alguien llevado a engaño por la información obtenida del Registro; y al que inmediatamente padece los efectos de tal favorecimiento, como alguien que, al no inscribir, provocó el error de ese tercero⁶¹³. Pero esto mismo, resultante de textos tan autorizados, es justamente lo que permite la comprensión del Registro de la Propiedad desde la teoría de la protección de la apariencia; y lo que en ella obtiene, con razón, la consideración de elemento fundamental. Parece innecesario añadir que en nada se menoscaba con ello el valor del Registro –evidentemente ocurre justamente lo contrario– ni se infravaloran las exigencias necesarias para inscribir ni la función e importancia de la calificación registral. Ya Luzuriaga advertía que es más bien al revés: «por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido necesario rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda»⁶¹⁴. Ésta sí que es una explicación acertada de las exigencias de la inscripción, y de su necesidad para fundamentar los efectos que la ley le atribuye: el más importante de ellos, sin duda, el de servir de soporte a la fe pública registral. Ésta y aquéllas se explican y fundamentan recíprocamente entre sí. Es exactamente lo que ocurre cuando la teoría de la apariencia impone la necesidad de un sólido fundamento a la buena fe del tercero protegible. No cualquier mero indicio es suficiente⁶¹⁵. El Registro francés, sin iguales garantías que el nuestro

algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición resarcitoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido» (p. 250); «... pero, sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compra en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria» (p. 251); «... el que ignorante de ella (de la equivocación en el asiento registral) acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera modificada» (p. 312); «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo deben perjudicar los derechos inscritos, no los que dejan de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes» (p. 314).

⁶¹³ Recuérdense los textos ya tan conocidos y citados de SERNA: *op. cit.*, pp. 567-568: «[...] pero si no lo hizo (inscribir), dando lugar a que otro, engañado por el silencio del Registro comprara la finca creyendo que el dominio existía aún en aquel que la vendió, este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior [...] cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro [...].».

⁶¹⁴ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944.

⁶¹⁵ Es el «elemento material» que, unido al «psicológico» (la buena fe), como hermanos siameses, exigía BÉRGAMO: *op. cit.*, p. 244, para la existencia de una apariencia jurídica susceptible de protección jurídica. Sobre él, más recientemente, BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, pp. 68-77. Por nuestra parte, nos remitimos aquí a lo dicho, a propósito de la apariencia de representación, acerca de la objetividad material y necesaria solidez de la *species facti* aparente, en *La representación aparente..., cit.*, pp. 255-265.

para la práctica de la transcripción, no puede sostener el efecto de la fe pública registral; el nuestro puede perfectamente sustentarlo en ellas. Se ve así claramente cómo, lejos de haber contradicción, lo que hay es mutua exigencia entre las garantías impuestas a la inscripción por el principio de legalidad y el control de la calificación registral, de una parte, y la explicación de la eficacia de la publicidad registral, de otra, en los casos de discordancia entre el Registro y la realidad, cuando tales garantías y eficacia se explican desde la originaria inspiración de la Ley Hipotecaria y como un supuesto de aplicación de la doctrina de la protección de la apariencia.

d) Sin salir del mismo núcleo estimativo y argumentador, aunque se sigue afirmando la superioridad del Registro sobre las «apariencias» no registrales, el acento se va a cargar ahora sobre las carencias de estas apariencias. Mientras la apariencia generada por la posesión es una mera *verosimilitud* que puede fácilmente deshacerse por otras vías, lo propio del Registro no es crear una apariencia cualquiera, sino la consistente en una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por vía distinta; mientras la apariencia posesoria, al poder provocar confianzas infundadas, supone un riesgo potencial de creación de víctimas, la registral, reduciendo dicho riesgo por la exigencia de titulación auténtica y calificación registral, lo conjura a través del equilibrio entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. Ese equilibrio –se afirma rotundamente y concluyendo– es el que falta, entre otras muchas cosas, en las demás «apariencias»⁶¹⁶.

⁶¹⁶ PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 2211-2212: «Lo importante en el caso del Registro, no es crear una apariencia –una apariencia cualquiera– [...]. La apariencia de la posesión es una *verosimilitud* que, con facilidad, puede deshacerse o confirmarse por otras vías. La apariencia del Registro es una *verdad* que sólo excepcionalmente puede deshacerse por una vía distinta [...]. La posesión puede inspirar confianza, pero su mensaje puede ser verdadero o falso, legal o ilegal. Si es falso o ilegal, la apariencia provocará una víctima. El Registro de la Propiedad, afortunadamente para la sociedad, es una institución más evolucionada. El riesgo de inexactitud –reducido, en realidad, por la concurrencia de título público y calificación– se conjura, como advirtió Ehrenberg, a través del equilibrio entre seguridad jurídica y seguridad del tráfico. Y ese equilibrio es el que falta –entre otras muchas cosas– en las demás “apariencias”». El texto de EHRENBURG, citado en la nota 27 y correspondiente a las pp. 276-277 de *Rechtssicherheit*..., cit., dice literalmente así: «Heilkraft und öffentlicher Glaube der Registereintragungen ist zweierlei, letzterer ist aussließlich der Verkehrssicherheit wegen da [...] während erstere zwar auch der Verkehrssicherheit zu gute kommen kann, prinzipiell aber der Rechtssicherheit wegen da ist; in der Tat werden beide auch nur selten miteinander verwechselt». Aparte la involuntaria omisión del *nur selten* detectable en la transcripción de Pau, debe advertirse que el texto invocado no se propone, ni en sí mismo ni en su contexto, la comparación entre la apariencia registral y la posesoria o extra-registral, sino que, pensando en la publicidad registral, plantea la incidencia de las distintas posibilidades de inscripción –la «sanante» o constitutiva [...] wird die heilende Wirkung der Eintra-

Como se ve, el grueso de estas afirmaciones se pone en la infiabilidad y peligros de las apariencias no registrales, o mejor y más simplemente –si de lo que se trata es de marcar las distancias entre el Registro y la apariencia jurídica–, de la teoría de la protección de la apariencia. Las apariencias jurídicas, inseguras en sí y fácilmente desvirtuables, pueden provocar víctimas incompensadas al no salvarse en ellas el justo equilibrio entre la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos. En contraste con estas carencias y contraindicaciones se presenta de nuevo un Registro idealizado donde apenas queda espacio a la inexactitud registral y donde el riesgo, reducido, de ésta resulta debidamente conjurado. Naturalmente, no es éste el lugar para entrar a defender la teoría de la protección de la apariencia; tampoco es necesario hacerlo. Los esfuerzos de la doctrina que la ha construido y explicado son suficientes para sustentar una visión de ella bastante más positiva que la que aquí se ha reflejado, y, sobre todo, para evitar la alarma de su peligrosidad, aunque sólo sea porque dicha doctrina, más que erigirse en fuente autónoma de soluciones jurídicas, se limita a ofrecer unitaria, razonada y coherente explicación a las que la ley consagra positivamente en las numerosas ocasiones en que sostiene la actuación de los terceros a impulsos de la buena fe objetivamente fundada en situaciones generadoras de confianza protegible⁶¹⁷. Por otra parte –y tampoco en este punto hay que extenderse a estas alturas–, deberá admitirse que, por mucho que se idealice la exactitud registral, lo que con la ley en la mano nunca podrá negarse es que, en ocasiones, lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad de las cosas: no es la verdad. ¿Que a esa no-verdad se la quiere llamar «verdad oficial»? Hágase en buena hora, pero reconózcase también que, con igual razón, se la podría llamar «verdad aparente» o «apariencia de verdad», y, por encima de una u otra expresión, que la protección legal a la confianza suscitada por ella –la fe pública registral– coincide en

gung oft verwechselt mit der rechtsbegründende (konstitutiven) Kraft, die manchen Eintragen zukommt, añade inmediatamente en p. 277] y la simplemente generadora de fe pública registral– en las encontradas exigencias de la seguridad de los derechos y la seguridad del tráfico.

⁶¹⁷ Como sostiene OERTMANN: *op. cit.*, pp. 457-458, el concepto y la doctrina de la apariencia se construye rigurosamente sobre la base del Derecho positivo («[...] ein solch engerer Begriff scheint mir allerdings aus dem geltenden Recht –nicht freilich schon kraft einer unerfindlichen naturrechtlichen Notwendigkeit!– entnehmen zu lassen»), dando explicación a las soluciones que en él se sancionan [«Das Rechtsscheinproblem in diesem (engeren) Sinne hat es ausschließlich mit der Frage zu tun, ob und inwieweit gewisse Rechtswirkungen –Rechtserwerb, Schuldbefreiung usw.– durch Akte des geschäftlichen Verkehrs auch dann eintreten können, wenn in der Person des Geschäftsgegners nicht alle Voraussetzungen erfüllt sind, von denen der Wirkungseintritt grundsätzlich abhängig sein würde, vielmehr nur der bloße Schein des Vorhandenseins dieser in Wahrheit fehlenden Voraussetzungen vorgelegen hatte»].

todo con la que, según la teoría de la apariencia, dispensa la ley a la que ponen los terceros en el *Tatabestand* conformador de la apariencia. La mayor elaboración técnica del mecanismo provocador de la apariencia registral «artificial» no saca a esta apariencia –como tampoco a las demás de su especie– del género común que las integra con las apariencias naturales o espontáneas en un mismo espacio sustancialmente unitario.

En definitiva, pues, y para terminar definitivamente: que cuando se acude a la doctrina de la protección de la apariencia jurídica para explicar la función y eficacia de la publicidad registral, no se afirma, en modo alguno, que el Registro de la Propiedad nazca para crear apariencias; esto es, para publicar simples verosimilitudes no contrastadas o, más llanamente, situaciones inmobiliarias falsas o irreales. El Registro nace con vocación publicadora de la realidad y para poner al alcance de todo interesado el conocimiento del verdadero estado de la propiedad y sus gravámenes⁶¹⁸. Ahora bien, como en nuestro sistema registral –al igual que en los demás de desarrollo técnico y publicidad positiva– es posible la divergencia entre lo que el Registro publica y lo que en la realidad se produce, y como, por otra parte, la publicidad se establece como imprescindible instrumento de seguridad en el tráfico inmobiliario, es perfectamente comprensible y resulta del todo justificado que cuando lo que el Registro publica no se corresponde con la realidad –¡cuando la publicidad se convierte en apariencia!– pero, por la oficialidad y fiabilidad del Registro, provoca la confianza del tercero que de buena fe lo toma como pauta de su actuación, dicha buena fe deba ser jurídicamente protegida, haciendo la ley que para tal tercero lo que es sólo apariencia funcione como si fuera la auténtica realidad de las cosas. Es ello lo que exige y basta a la seguridad del tráfico de buena fe⁶¹⁹.

⁶¹⁸ La vocación publicadora de la realidad, propia del Registro, pero, al mismo tiempo, la necesidad de que la información por él facilitada valga para el tercero como realidad cuando efectivamente no lo es, aparece perfectamente formulada en la E. M. 1861, p. 228, al explicarse en qué consiste la publicidad: «Consiste ésta [...] en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable, al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la Propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que pueden corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

⁶¹⁹ Parece negarlo PAU PEDRÓN: *op. cit.*, p. 2211, invocando dos textos de EHRENBURG: «El Registro adquiere todavía más fuerza, porque pone de manifiesto la existencia de un derecho por encima de cualquier duda». Y escribe más adelante: «No puede ser considerado beneficioso un Registro que solamente tiene por efecto originar la buena fe de los

Por ello hemos mantenido⁶²⁰, y lo repetimos ahora para concluir, que nuestro Registro, sin necesidad de desintegrar la unidad de la inscripción haciéndola constitutiva en unos casos (las transmisiones negociales *inter vivos* y declarativa en las demás, antes al contrario, atribuyéndole en general un mismo carácter publicador (declarativo) y convirtiéndola siempre en seguro fundamento de la buena fe de los terceros, logra para nuestro ordenamiento jurídico una seguridad del tráfico inmobiliario inalcanzada en el sistema francés de inscripción declarativa (pero de publicidad negativa o preclusiva) y no inferior a la que, con tanta carga de innecesaria artificiosidad se obtiene en el sistema alemán de transmisión negocial abstracta e inscripción constitutiva. Es lástima que nuestra doctrina no haya valorado como se merece esta tan lograda y peculiar concepción de la inscripción en nuestro Derecho de la publicidad registral inmobiliaria.

terceros"». El primero de los textos, en EHRENCBERG: cit., p. 275, dice literalmente así: «Indessen die Wirkung der Eintragung kann eine noch viel stärkere sein, es kann auch die Existenz des Rechts dadurch dargetan und sogar über jeden Zweifel erhoben werden». Y sigue como explicación: «Die Eintragung hat dann heilende Kraft, d.h. Mängel im Recht des Eingetragenen werden aufgehoben [...]»; el segundo, en p. 276, dice: «Nicht als heilend wirk die Eintragung da, wo sie lediglich die Wirkung hat, dem gutgläubigen Dritten zu gute zu kommen», añadiendo: «dergestalt, daß dieser sich auf ihre Richtigkeit verlassen darf». Como puede verse, pues, los textos aducidos no niegan la suficiencia de un Registro provocador de la fe pública registral para la protección de la seguridad del tráfico. Lo que Ehrenberg plantea en estos párrafos, en sí mismos y debidamente situados en su contexto, es cómo la inscripción constitutiva, en cuanto suprimidora de los defectos del derecho inscrito, tiene eficacia sanante del mismo, en interés de la seguridad de los derechos, mientras que la que no sana tales defectos sino que, en favor del tercero de buena fe, se limita a provocar su confianza en la existencia y legitimidad del derecho inscrito, carece de tal eficacia sanante en interés de esa misma seguridad de los derechos; pero de ningún modo se dice que esta segunda forma de inscripción sea insuficiente para el otro y contrario aspecto de la seguridad jurídica: la seguridad del tráfico. En palabras de EHRENCBERG (cit., p. 280), lo que como imprescindible exige la seguridad del tráfico (*„dies ist augenscheinlich ein dringendes Erfordernis der Verkehrssicherheit“*) es, exactamente, el efecto de la fe pública registral: «daß der Beabsichtigte Erwerb, und zwar so, wie er beabsichtigt war, gelingt und nicht, ganz oder teilweise, vereitelt wird durch Umstände, die ihm, dem Erwerber, unbekannt sind».

⁶²⁰ En *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, cit., pp. 80-81.

Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas *

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.-1. Los casos principales de responsabilidad por informaciones falsas.-2. Delimitación del campo de estudio.-3. Líneas generales de Derecho Comparado.-3.1 El sistema alemán.-3.2 Portugal.-3.3 Sistemas de *Common Law*.-3.4 Francia.-3.5 Italia.-II. *El punto de partida: el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual*.-1. La naturaleza de la responsabilidad en nuestro Derecho.-2. El problema de la responsabilidad excesiva.-2.1 La insuficiencia de la culpa.-2.2 Reacciones.-2.3 ¿No bastaría con un control a través de la causalidad?.-3 Características especiales del problema.-3.1 La información es especial.-3.2 El daño es puramente económico.-4. Ideas para una solución. 4.1 ¿Se exige en nuestro sistema la antijuridicidad del daño?.-4.2 El deber de cuidado en el *Common Law*.-4.3 El deber de cuidado en nuestro sistema.-4.4 El deber de cuidado en nuestro campo de estudio.-5. Dos alternativas no tan buenas.-5.1 La exigencia de la gravedad de la culpa.-5.2 La imputación objetiva: el fin de protección de la norma violada.-III. *La regla de fondo*.-1. Existencia y alcance del deber de cuidado en el *Common Law*.-1.1 Introducción histórica.-1.2 La regla operativa.-1.3 El ori-

* El origen último de este artículo se encuentra en un cuestionario sobre la situación en España de la responsabilidad por daño puramente económico elaborado para el llamado *Common Core Project*. Tuve la oportunidad de participar en ese proyecto gracias al profesor Pantaleón, a cuya generosidad debo también la oportunidad de haber profundizado en este tema que estaba casi totalmente abandonado por nuestra doctrina. En la elaboración de este artículo también me he beneficiado de la generosa ayuda intelectual del profesor Basozabal, en Madrid, y de los profesores Salvador Coderch, Egea, Gómez-Pomar, Pintos Ager y demás participantes en el seminario del área de Derecho Civil de la *Universitat Pompeu Fabra*, en Barcelona. A todos ellos, en absoluto responsables de los fallos que subsistan, mi gratitud y mi reconocimiento. Por otro lado, la fase inicial de este trabajo fue realizada en la *Columbia University* con la ayuda de una beca del Programa de Formación de Personal Investigador en el Extranjero del (entonces) MEC. En esa fase, mi agradecimiento se extiende también a los profesores Pastor y Goldberg y a los doctores Bandrés y de la Morena.

gen del deber de cuidado.—2. La responsabilidad por informaciones falsas en nuestro Derecho.—2.1 La acción.—2.2 La relación de causalidad y la imputación objetiva.—2.3 La información dolosamente incorrecta.—2.4 Existencia del deber de cuidado.—2.5 Extensión del deber de cuidado.—Notas sobre el régimen jurídico de la acción.—IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Un comerciante se dirige al banco de otro comerciante con el que está en negociaciones y le solicita información sobre la solvencia de este último. Ese banco da informes netamente positivos sobre la solvencia de su cliente, pero al cabo de unos meses y una vez que se ha cerrado la operación proyectada, dicho cliente se declara insolvente, ocasionándole cuantiososas pérdidas al primer contratante. ¿Incurre el banco informante en responsabilidad ante el comerciante informado?

A primera vista, la respuesta a esta pregunta no parece muy difícil. Parece que el banco informante sí podría incurrir en responsabilidad ante el usuario de la información incorrecta que aquél elaboró y/o comunicó de forma negligente. Además, y también a primera vista, parece que esa responsabilidad sería de carácter extracontractual, dada la inexistencia de relaciones contractuales entre el comerciante informado y el banco informante.

Sin embargo, las cosas no deben estar tan claras por lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad en cuestión, como pone de manifiesto el hecho de que en nuestra doctrina se hayan mantenido dos posturas completamente antitéticas al respecto. En efecto, para un caso como el que acabamos de describir, se ha defendido tanto el carácter extracontractual de la responsabilidad como su carácter contractual¹.

Estas diferencias en cuanto al punto de partida para solucionar uno de los casos paradigmáticos del campo de la responsabilidad

¹ SÁNCHEZ MIGUEL, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, III, *La Ley*, Madrid, 1994, p. 2442, y FERNÁNDEZ COSTALES, «Aspectos de la responsabilidad del banco por las informaciones a los clientes y de los clientes», *Estudios en homenaje al prof. Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, p. 3237, defienden el carácter extracontractual de la responsabilidad; este último autor basa su opinión en la afirmación de que el uso bancario de dar esa información es *contra legem*. EMBID IRUJO, «Contrato bancario y cuenta corriente bancaria. Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad», *Contratos Bancarios*, dirigido por García Villaverde, Madrid, 1992, p. 112, y, más claramente, FERRANDO VILLALBA, *La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios*, Valencia, 2000, pp. 362 ss., defienden la naturaleza contractual.

por daño puramente económico causado al usuario de informaciones incorrectas pone de relieve que, para solucionar estos casos, se plantea, antes que nada, el problema básico de delimitar el campo de juego respectivo de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Es decir, se plantea el problema de saber si en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se exige o no la antijuridicidad del daño resarcible y el significado que, en su caso, tiene esa exigencia. Asimismo, también pone de manifiesto que nos adentramos en un terreno fronterizo, a caballo entre los mundos de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual².

Al lado de este problema relativo al cauce contractual o extracontractual que se debe emplear, se plantea el problema de fondo de decidir en qué casos y con qué requisitos se debe imponer responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Como veremos más adelante, en nuestro campo de estudio, no es nada fácil dar una regla de fondo sobre cuándo y con qué límites imponer responsabilidad. En esa tarea, son especialmente relevantes algunas consideraciones de política jurídica que analizaremos en su momento y que matizan algunas soluciones a las que lleva la intuición.

Este trabajo se estructura sobre estas dos cuestiones que hemos enunciado: la de elegir el tipo de responsabilidad preferible y la de definir, en su seno, una regla para decidir qué casos son indemnizables y qué casos no. Sin embargo, antes de seguir adelante en el planteamiento de estas dos cuestiones, vamos a definir mejor nuestro campo de estudio. Para ello, en dos epígrafes introductorios vamos a ver, en primer lugar, qué tipos de casos hay que considerar incluidos en ese campo de estudio. Cuando ya tengamos una primera idea intuitiva acerca de lo que estamos hablando, pasaremos, en segundo lugar, a precisar de qué manera es necesario delimitar rigurosamente este campo de la responsabilidad por daños puramente económicos causados por informaciones falsas para que su estudio sea factible y útil. También en esta parte introductoria recogeremos, en tercer lugar, unas ideas generales de Derecho Comparado, en las que empezaremos a ver los cauces elegidos en cada sistema y las reglas de fondo que se han elaborado para los casos incluidos en nuestro campo de estudio.

² Para la idea de que la responsabilidad por informaciones falsas está a caballo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, véase, por todos, MARKESINIS (94), p. 48. La idea es recogida por multitud de autores en distintas doctrinas. Es gráfico el título del trabajo de BUSNELLI, «Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte», *Contratto e Impresa*, 1991, 2.^o, pp. 539-577.

1. LOS CASOS PRINCIPALES DE RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES FALSAS

En la jurisprudencia española no he logrado localizar ningún caso referido al campo de estudio que se quiere afrontar en este trabajo. Sin embargo, en la lectura de la jurisprudencia surgida en los sistemas de nuestro entorno, se puede apreciar a simple vista la importancia que la materia puede tener también en nuestro Derecho. A continuación, voy a recoger los casos principales para ofrecer una panorámica de los problemas que este trabajo va a tratar de solucionar. En esta panorámica aprovechamos para indicar que los casos que hay que solucionar se dividen en dos grandes grupos.

1.1 Hay un primer grupo de casos que se caracteriza por la inexistencia de un contrato en cumplimiento del cual se proporciona la información que, con posterioridad, se revela como falsa. El ejemplo más claro de este grupo de casos lo proporcionan los informes sobre solvencia que elaboran los bancos a los que ya nos hemos referido.

También podemos encuadrar en este grupo los casos de responsabilidad por confirmación telefónica de un cheque. En estos casos, el banco librado da por teléfono información errónea o equívoca que induce al banco que solicita la información a adoptar lo que posteriormente se revela como la mala decisión de conceder la disponibilidad inmediata de los fondos al tomador del cheque que se lo presenta. En Italia hay un caso, muy citado por la doctrina, en el que el empleado del banco informó incorrectamente de forma dolosa: dijo que sí existían fondos porque el titular de la cuenta solía hacer un ingreso mensual a los pocos días de la llamada, ingreso que finalmente no se produjo³.

De la práctica italiana podemos recoger un caso en el que es un comerciante el que mediante una carta da informaciones incorrectas sobre la solvencia y seriedad de otro comerciante. En concreto, lo que hace es afirmar que el comerciante al que recomienda o presenta era «solvente al ciento por ciento», cuando, en realidad, apenas lo conocía. Además, el receptor de la carta, que se había decidido a contratar con el insolvente precisamente por venir recomendado por el demandado, sufrió grandes pérdidas⁴. El tribu-

³ VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padua, 1967, pp. 253-254, recoge esta sentencia.

⁴ Es un caso muy comentado decidido en la sentencia del Tribunal de Bolonia de 17 de octubre de 1952. FANELLI, que escribe una nota favorable a la sentencia («Un originale caso di responsabilità aquiliana», *Foro Italiano*, 1953-1.^º, pp. 422-426), señala que el informante se podía haber limitado a poner a las partes en contacto. Es interesante el comentario a la misma sentencia que escribe MICCIO en «Una strana forma di responsabilità aquiliana», *Giustizia Civile*, 1953-1.^º, pp. 1010-1016. Para este autor (p. 1016) no se debería haber

nal condenó al demandado. En realidad, la conducta del informante de este caso parece gravemente culpable e, incluso, podría decirse que dolosa pues, como decía el juez Cardozo, es doloso pretender que sabes cuando eres consciente de tu ignorancia.

También de la práctica italiana podemos recoger un caso muy conocido y muy debatido. El caso debe parte de su renombre al hecho de que el demandado era el célebre pintor De Chirico⁵. Los hechos fueron como sigue: un coleccionista estaba pensando adquirir un cuadro del famoso artista y, como éste fue especialmente perseguido por los falsificadores a lo largo de toda su carrera, se decide a visitar al pintor y preguntarle directamente a él por la autenticidad del cuadro antes de decidirse a adquirirlo. De Chirico le comunica que el cuadro es auténtico y, de hecho, vuelve a estampar en él su firma. Sin embargo, el cuadro resultó ser falso, cosa que se descubre cuando el coleccionista ya lo había comprado. Este último, dirige una acción contra el maestro (en realidad, contra su heredera) y los tribunales le acaban dando la razón.

1.2 Hay un segundo grupo de casos en los que la información es elaborada y/o transmitida en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte.

El ejemplo de este tipo de caso por antonomasia es el de la responsabilidad del auditor ante el tercero usuario de los informes que el auditor elabora. En el caso de la responsabilidad del auditor frente a tercero se plantea con toda virulencia el problema de que la información pasa fácilmente de mano en mano, con lo que el número de perjudicados y el tamaño de esa responsabilidad son potencialmente ilimitados. Comparativamente, el caso de la responsabilidad del auditor ante la entidad que le ha contratado es mucho más sencillo.

También pertenecería a este grupo de casos, el de la posible responsabilidad ante el adquirente de una finca del tasador que da un informe incorrecto sobre el valor de esa finca, pero que ha sido contratado para ello, no por el adquirente, sino por la entidad que va a financiar la compra de la misma. En este caso, el daño consiste en el sobreprecio que el adquirente acaba pagando por la finca, a causa de la incorrección de la tasación negligente. Es muy similar y también habría que encuadrar aquí el caso del agrimensor que determina incorrectamente los linderos de una finca de tal manera que un

impuesto responsabilidad ya que (a) no hay lesión a un derecho absoluto de la víctima, (b) no existe un derecho a la infalibilidad técnica y (c) no es admisible la imposición de una suerte de garantía extracontractual.

⁵ Cass. 24-5-1982, núm. 2765, *GC*, 82, I, 1749, comentado por DI MAJO, «Ingiustizia del danno e diritti non nominati», *Giustizia Civile*, 1982-3.^o, pp. 1749-1751.

posterior adquirente de esa finca acaba construyendo sobre suelo ajeno.

El sector de la construcción también nos ofrece buenos ejemplos. Se puede recoger un rocambolesco caso decidido por la jurisprudencia italiana⁶. Un comitente financiaba la construcción de un edificio con un préstamo en el que se había pactado que el banco iría entregando los fondos según fuese avanzando la obra. El préstamo fue garantizado con un aval prestado por un hermano del comitente. En un momento dado, el arquitecto encargado de dirigir la obra elaboró un informe en el que afirmaba que la obra estaba más adelantada de lo que estaba en realidad. El banco, sobre la base de ese informe, entregó una cantidad de dinero que, más tarde, no pudo recuperar del comitente, por lo que tuvo que ser pagada por el avalista. Acto seguido, este avalista dirige una acción de responsabilidad extracontractual contra el arquitecto alegando que fue por su negligencia por lo que el banco entregó la cantidad adicional de dinero cuya devolución tuvo que afrontar el citado avalista.

De la experiencia estadounidense podemos recoger este otro caso que más adelante volverá a ser objeto de comentario⁷. Se trata de la demanda interpuesta por un contratista contra un ingeniero que, por encargo del comitente, había hecho el estudio del suelo sobre el que la obra se iba a desarrollar. Ese estudio se había incorporado a la documentación sobre la que el contratista había hecho la oferta por la que le adjudicaron la obra. El estudio del suelo había sido elaborado incorrectamente y eso supuso que el contratista tuviese mayores gastos a los inicialmente proyectados.

2. DELIMITACIÓN DEL CAMPO DE ESTUDIO

En la panorámica sobre los casos que este trabajo trata de solucionar, se puede apreciar el tipo de caso que nos interesa. En este epígrafe, me propongo delimitar el campo de estudio de forma más precisa.

Cuando nos preguntamos por la responsabilidad que puede surgir por el daño causado a una persona por la información falsa que

⁶ Sobre este caso, decidido en la sentencia de App. Palermo, 11 de junio de 1959, comentada por SACCO, «L'ingiustizia di cui all'art. 2043», *Foro Paduano*, diciembre 1960, pp. 1420-1442, y recogida por VISINTINI (67), p. 256, se puede ver a PIRAINO LETO, «La tutela aquiliana del crédito», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1977-1.^º, p. 445, RANIERI, «La responsabilità da false informazioni», *Giurisprudenza Commerciale*, 1976-1.^º, pp. 630-659. p. 648.

⁷ Se trata de *M. Miller Co. v. Central Contra Costa Sanitary District*, 18 Cal. Rptr. 13 (Dist.C.A.) (1982).

otra le proporciona, lo primero que tenemos que hacer es reconocer que el campo de estudio así acotado, sin más, es amplísimo y que es necesario limitarlo para hacerlo más manejable. De hecho, si contemplamos por un momento el campo entero de los daños causados por informaciones falsas, habrá que reconocer que muchos de los casos ahí comprendidos o bien tienen reglas especiales para solucionarlos (como los casos de lesión al honor), o bien es irrelevante que la acción causante del daño fuese una información falsa (como los casos de daño físico causados por informaciones incorrectas)⁸.

Esa limitación necesaria para que el campo de estudio sea manejable y significativo puede hacerse a través de los siguientes pasos:

2.1 Vamos a estudiar el problema de informaciones negligentemente erróneas que causan daño al destinatario o usuario de esas informaciones. No vamos a estudiar los casos, normalmente resueltos con normas especiales, en los que la víctima es el sujeto sobre el que versa la información falsa. El ejemplo más claro de este tipo de caso es el de un atentado al honor. También es usual el ejemplo de un trabajador al que no se le contrata o al que se despidió por unas referencias erróneas emitidas por el anterior empleador (existían, por ejemplo, dos trabajadores con el mismo nombre, uno que dejó buen recuerdo en la empresa y otro que lo dejó malo y el antiguo empleador toma al uno por el otro). En estos casos, resultará muchas veces factible encontrar un derecho absoluto implicado (honor, identidad personal) y no será raro que el sistema jurídico contenga normas especialmente diseñadas para encauzarlos. Esta distinción entre los casos en los que la víctima es el sujeto sobre el que se informa y los casos en los que la víctima es el usuario de la información falsa está claramente establecida en los distintos ordenamientos: está claro que cada caso plantea sus propios problemas y que éstos tienen poco que ver con los que plantea el otro caso⁹.

⁸ Esta es una observación de origen anglosajón (véase, por ejemplo y entre otros, PROSSER y KEETON, *Torts*, 5.^a ed., St. Paul, Minn., 1984, p. 725), que se ha extendido a otras doctrinas [véanse, por ejemplo, ALPA y BESSONE, «I Fatti illeciti», en *Trattato di diritto privato*, 14, dirigido por P. Rescigno, Turín, 1990 (reimpresión de la ed. 1982), p. 191, VISINTINI (67), p. 240].

⁹ En nuestro país, la distinción está claramente establecida entre los estudiosos de la información bancaria; véase, FERRANDO VILLALBA, pp. 395 y ss., donde se encuentra información muy detallada; también se puede ver EMBID IRUJO, p. 112, FERNÁNDEZ COSTALES, pp. 3237 y ss. En los ordenamientos de nuestro entorno, se puede ver, VAZ SERRA, «Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)», *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 85, 1959, p. 287; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, p. 11, n. 8; ABILIO NETO, *Código civil anotado*, 8.^a ed., Lisboa, 1994, p. 367; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, 1982,

2.2 Vamos a colocar dentro de nuestro campo de estudio los casos en los que la información incorrecta ocasiona daños puramente económicos, que son los más interesantes¹⁰. Por daño puramente económico se entiende aquel daño que no es daño físico a la persona o propiedades tangibles de la víctima del accidente ni tampoco es consecuencia de éstos¹¹. De esta manera, relegamos a un segundo plano los casos en los que la información falsa causa un daño físico. El ejemplo más claro de este tipo de accidente sería el de un choque provocado por la incorrecta señal de vía libre que un camionero dirige al conductor del vehículo que le pretendía adelantar¹².

Es cierto que algunas de las cosas que se explicarán en este trabajo también podrían ser aplicadas a estos casos de daño físico. Algunas cosas que más abajo se explica acerca de la acción o acerca

p. 460. También, LUMINOSO, «Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1984-1.^o, pp. 210 y 211; MIRABILE, «Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false o errate informazioni», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1990-1.^o, p. 408; GAUDINO, «Dei fatti illeciti», en *Commentario al Codice Civile*, IV-2.^o dirigido por P. Cendon, Turín, 1991, p. 2022; ALPA y BESSONE (90), pp. 201 y ss. En Francia, y algunos con menos claridad, PLANOL y RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, VII, París, núm. 585, p. 800; AUBRY y RAU, *Droit civil français*, VI, París, 1951, núm. 444 bis, p. 468; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, I, 2.^a ed., París, 1951, núms. 87 y 88, pp. 107 y 108; MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, 5.^a ed., Buenos Aires, 1963, núm. 501, p. 156, n. 2; GAVALDA y STOUFFLET, *Droit de la banque*, París, 1974, p. 837; VÉZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 2.^a ed., París, 1977, p. 229; VINEY y JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité (Traité de droit civil)*, dirigido por J. Ghoshin, 2.^a ed., París, 1998, núm. 480, p. 374. En los países de *Common Law*, lo que sucede es que estos casos en los que la víctima es la persona objeto de la información se encuadran, simplemente, en un *tort* distinto.

¹⁰ Para esta afirmación, por todos, BANAKAS, «Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interest System», *European Review of Private Law*, 1999, VII-3.^o, pp. 261-286, p. 262. A partir de aquí, citaré este trabajo como BANAKAS (99-2.^o).

¹¹ Para un concepto de daño puramente económico, por todos, FELDTHUSEN, *Economic Negligence: The recovery of Pure Economic Loss*, 3.^a ed. Toronto, 1994, p. 1. Para una visión más crítica del concepto y sus potencialidades, es interesante la revisión histórica de GORDLEY, «The Rule Against Recovery in Negligence for Pure Economic Loss: An Historical Accident», en BUSSANI y PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, según la cual, tanto en el B.G.B. como en el *Common Law*, se dio demasiado peso, por accidente histórico, a la idea de que sólo los derechos absolutos pueden ser violados por tercero. Conviene destacar la idea de que este concepto de daño puramente económico no coincide con el de lucro cesante. Es cierto que en muchos de los más conocidos casos de daño puramente económico éste consiste en una ganancia dejada de percibir (por ejemplo: el demandante reclama las ganancias no percibidas por tener detenida la producción de su fábrica en el tiempo que media entre la interrupción del suministro eléctrico debida al corte de un cable —perteneciente a una compañía eléctrica— por las excavaciones que el demandado desarrollaba negligentemente y la restauración de ese suministro eléctrico). Pero también hay un gran número de casos, como son los causados por informaciones incorrectas, en los que el daño puramente económico tiene o puede tener la doble dimensión de daño emergente y lucro cesante.

¹² El ejemplo es de PROSSER, «Misrepresentation and Third Persons», *Vanderbilt Law Review*, marzo 1966, vol. 19, núm. 2, pp. 231-255, p. 236. En la jurisprudencia norteamericana hay otro caso muy conocido en el que el mensaje de un controlador de vuelo en el que se daba una localización inexacta de un avión hizo que unos paracaidistas, en lugar de caer sobre tierra firme, cayeran al lago Eire y perecieran en sus frías aguas.

de algunos aspectos de la relación de causalidad, por ejemplo, son perfectamente aplicables a un daño físico causado por una información incorrecta. Pero lo cierto es que estos casos no presentan caracteres tan marcados como los casos de daño puramente económico y los problemas que plantean no son muy distintos, en su mayor parte, a los que plantea un accidente en el que se cause un daño físico pero en el que la acción no consista en una información falsa¹³. Lo que, en última instancia, parece decisivo es el hecho de que las consideraciones de política jurídica que son relevantes para definir el alcance óptimo de la responsabilidad son distintas en los casos de daños físicos que en los casos de daño puramente patrimonial.

2.3 En ocasiones, la información falsa o errónea (o, incluso, la simple reticencia) se encuadran en los tratos preliminares a la celebración de un contrato. En estos casos, estamos ante una información falsa o errónea que se ha intercambiado entre dos partes que acaban realizando un contrato normal de intercambio entre ellas. Se plantea así un problema de deberes precontractuales de información o de error (o de dolo) como vicio de la voluntad que no nos interesa demasiado en este momento¹⁴.

En nuestro Derecho, además de poder pedirse la anulabilidad del contrato en caso de error, la doctrina admite la procedencia de una acción de daños por *culpa in contrahendo* en estos casos en los que una parte es inducida a contratar con la otra sobre la base de un error imputable a la negligencia de esta última¹⁵.

¹³ En EE. UU. este tipo de accidente se encauza a través de una acción de negligencia normal. Véase, PROSSER, pp. 232 y 235. Ha habido, sin embargo, algunas excepciones; véase PROSSER y KEETON, pp. 726-727 y 745. Las cosas están muy claras en el par. 311 del *Restatement of Torts*. Para el mundo de la Commonwealth, donde la afirmación de responsabilidad en estos casos tampoco es problemática, se pueden ver FELDTHUSEN, p. 23, nota 4; SALMOND & HEUSTON, *The Law of Torts*, 21.^a ed., Londres, 1996, p. 209; FLEMING, *The Law of Torts*, 7.^a ed., Sidney, 1987 (3.^a reimpresión, 1990), p. 160; BAKER, *Tort*, 6.^a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 131-132; BRAZIER, *The Law of Torts*, 9.^a ed. Londres: Butterworths, 1993, p. 207; STEVENS, «Negligent Acts Causing Pure Financial Loss: Policy Factors at Work», *University of Toronto Law Journal*, 1973, pp. 431-467, p. 431; CRAIG, «Negligent Misstatements, Negligent Acts and Economic Loss», *The Law Quarterly Review*, abril 1976, vol. 92, pp. 213-241, pp. 214 y 218; MARSHALL, «Liability for Pure Economic Loss Negligently Caused-French and English Law Compared», *International and Comparative Law Quarterly*, octubre 1975, pp. 748-790, p. 783; GOODHART, «Liability for Innocent but Negligent Misrepresentations», *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 74, pp. 286-301, p. 294. Por su parte, STAPLETON, «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda», *The Law Quarterly Review*, abril 1991, vol. 107, pp. 249-297, p. 260, señala que no siempre estuvo tan claro que las palabras negligentes que causan daño físico dieran lugar a responsabilidad.

¹⁴ RANIERI, pp. 639-640; MONATERI, *La responsabilità civile*, (en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. Sacco), Turín, 1998, p. 576; LUMINOSO, p. 189; VISINTINI (67), p. 240. También se puede ver a ROGERS, *The Law of Tort*, Londres, 1989, p. 85; PROSSER y KEETON, pp. 734-735.

¹⁵ Por todos, GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, pp. 33 y ss.

Se puede destacar, sin embargo, que ese cauce de la responsabilidad precontractual sí ha sido empleado, en casos análogos a los que nosotros estudiamos, en los supuestos de la llamada *responsabilidad derivada del folleto*. En estos casos, se estudia la responsabilidad de los intermediarios que intervienen en la colocación de valores mobiliarios en el mercado, frente a los inversores que los adquieren, por lagunas o falsedades en el folleto que se publica con motivo de la operación. La idea que sirve de base al empleo de la responsabilidad precontractual es la de que la creación de una confianza a través de un contacto negociador puede generarse en fenómenos distintos al contacto físico entre los negociadores; en concreto, la tarea de estos intermediarios es, en los contratos en masa de emisión de valores para recabar el ahorro público en los que intervienen, lo que sustituye al contacto directo entre emisor del título e inversor¹⁶. Por eso es lógico el recurso a la responsabilidad precontractual. Es importante darse cuenta de que en esta idea está implícita la superación de la visión habitual de la responsabilidad precontractual como algo que vincula o interesa a las partes del futuro contrato¹⁷. Los autores que han estudiado este asunto en la doctrina italiana también destacan que es superable la idea de que la responsabilidad precontractual necesariamente ha de resolverse en una indemnización del interés negativo¹⁸.

2.4 Cuando existe un contrato entre el autor del mensaje y su destinatario, la imposición de responsabilidad (contractual) no plantea especiales problemas¹⁹. Se puede distinguir entre los casos en los que la información es la prestación principal nacida del contrato y los casos en los que la información se proporciona cumpliendo una obligación accesoria (que, según destaca algún autor, bien puede derivar de una integración del contrato conforme a la buena fe)²⁰. Normalmente, se dice que se trata de una obligación de medios, no de resultado, de forma que la responsabilidad del informante no derivaría de la inexactitud de la información, sino de la negligencia con la que fue elaborada²¹.

¹⁶ FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milán, 1986, pp. 65 y 67. Por otro lado, para una descripción de estos folletos en Italia, se puede ver el trabajo de ALPA, «Il prospetto informativo», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1988-2.^o, pp. 303-322. También, para la RFA, VON BAR, «Liability for Information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties: A Comparison of English and German Case Law», en B. MARKESINIS, *The Gradual Coverage*, Oxford University Press, 1994, pp. 98-127, p. 120.

¹⁷ PORTALE, «Informazione societaria e responsabilità degli intermediari», *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 1982-1.^o, pp. 3-31, pp. 15 y 21; FERRARINI, p. 52.

¹⁸ FERRARINI, pp. 127-128; PORTALE, p. 26.

¹⁹ RANIERI, pp. 633-634; ALPA y BESSONE (90), p. 194; MICCIO, p. 1011. Desde otro punto de vista, BISHOP, «Negligent Misrepresentation Through Economists' eyes», *The Law Quarterly Review*, julio 1980, vol. 96, pp. 360-379, pp. 370-373.

²⁰ LUMINOSO, p. 198; RANIERI, pp. 633-634; ALPA y BESSONE (90), pp. 192-193; MOLLE, «Responsabilità del banchiere per consiglio o raccomandazione nell'acquisto di azioni o obbligazioni», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1935-2.^o, pp. 39-44, p. 41; GAUDINO, p. 2022.

²¹ Sobre esto, RANIERI, p. 635 y LUMINOSO, p. 198. La misma idea, pero en sede extracontractual, en MIRABILE, pp. 409-410.

Es destacable desde ahora que la jurisprudencia italiana interpreta estas obligaciones contractuales en un sentido más bien restrictivo. Así, se dice que el obligado a informar cumple su obligación trasladando al conocimiento de la otra parte los datos que obrasen ya en su poder (o, según Messineo, que hubiesen debido obrar en su poder), sin que exista una obligación de realizar investigaciones adicionales, excepto para el agente²².

En relación con la imputación de responsabilidad contractual por informaciones falsas, se señala en Italia que el hecho de que esa información sea proporcionada como una cortesía, a título gratuito, se debe traducir en una minoración de la responsabilidad, por analogía con lo que ocurre en el caso del mandato y del depósito²³. Por otro lado, para juzgar el margen de error razonable en toda información se debe de tener en cuenta si el informante disponía ya de esos datos o tenía obligación institucional de tenerlos (en caso de tratarse de un banco, por ejemplo) o si, por el contrario, estaba dando información sobre otras personas y sus tratos con terceros. No es necesario advertir que la exigencia de exactitud es mayor en el primer caso que en el segundo²⁴.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, se puede decir que los casos en los que se centra este trabajo son, aquellos en los que el usuario de la información sufre un daño puramente económico a causa de la falsedad del mensaje recibido de un sujeto –informante– con el que ni estaba preparando la celebración de un contrato ni existía una relación obligatoria previa que pudiera servir para dar una base contractual a la responsabilidad de ese sujeto informante.

Hay que advertir que incluso esta descripción del supuesto de hecho es discutible porque, especialmente en la doctrina influida por ideas de origen alemán, se postula la existencia de un contrato de información por el mero hecho de que un hablante informe a un oyente. También hay que hacer la salvedad de que sí quedan dentro de nuestro campo de estudio los casos en los que el perjudicado no ha contratado con el autor de la información falsa, pero se pueda considerar que aquél está incluido en el ámbito de protección del contrato en cumplimiento del cual se proporcionó esa información errónea.

En nuestro Derecho, igual que sucede en Francia o Italia, la manera natural de encauzar el tratamiento de estos casos es la responsabilidad extracontractual. Veremos, sin embargo, que esta observación ha sido discutida y que, en cualquier caso, esa respon-

²² En contra, LUMINOSO, p. 202, partidario de un análisis caso por caso con los criterios normales de imputabilidad.

²³ LUMINOSO, p. 201.

²⁴ LUMINOSO, p. 201. Véase también MARSHALL, p. 784.

sabilidad extracontractual debe ser empleada con cautela para evitar consecuencias indeseables.

3. LÍNEAS GENERALES DE DERECHO COMPARADO

Decíamos al principio de este trabajo que, para llegar a enunciar una regla de fondo sobre cuándo se debe imponer responsabilidad por informaciones falsas y cuándo no, había que solucionar primero una pregunta muy básica: la de aclarar qué papel juega en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual la antijuridicidad del daño. Es una cuestión espinosa y debatida y en la que, además, se está poniendo sobre la mesa la descripción general del sistema de responsabilidad extracontractual. Para poder afrontar este primer problema y también para ir recogiendo las primeras ideas sobre las reglas de fondo con las que se solucionan en nuestro entorno los problemas de daños al usuario de informaciones falsas, es conveniente estudiar la cuestión desde una perspectiva comparada.

El problema de determinar en qué responsabilidad se incurre cuando se causan daños negligentemente a través de proporcionar al perjudicado una información errónea o falsa no ha sido convenientemente estudiado por la doctrina en Derecho español²⁵. Es una carencia que inicialmente compartimos con los demás ordenamientos basados en Códigos latinos. Sin embargo, mientras la doctrina francesa ha seguido despreocupada del problema, la doctrina italiana sí ha reaccionado ante esa carencia²⁶. En el sistema alemán, la cuestión ha sido estudiada con detalle, aunque desde planteamientos que nos quedan algo lejanos. En los EE. UU. y en los sistemas de la *Commonwealth*, se ha profundizado igualmente en la cuestión y, como veremos, con enfoques que han marcado la pauta de los últimos desarrollos en todo el mundo y con instrumentos técnicos que sí que pueden resultar de interés para nuestro Derecho²⁷.

²⁵ Últimamente sí ha habido algunos trabajos en este campo. Se puede destacar el estudio de PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores*, Madrid, 1996, por ser el primero que plantea la necesidad de una visión global de la cuestión. Últimamente, FERRANDO VILLALBA ha estudiado la responsabilidad en la información bancaria, campo que ha sido más estudiado en los sistemas basados en Códigos de tradición latina. Existe un trabajo centrado casi exclusivamente en el Derecho anglosajón de FRADES DE LA FUENTE, *La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*, Madrid, 1999.

²⁶ RANIERI, p. 632; LUMINOSO, pp. 189 y 197; ALPA, «Diffusione di informazioni economiche e problemi di responsabilità civile», *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1977-1., pp. 39-64, p. 40; ALPA y BESSONE (90), p. 193; MIRABILE, p. 405; MONATERI (98), p. 575.

²⁷ VON BAR, p. 98, texto y n. 4; BANAKAS (99-2.), p. 282, y GALLO, *L'elemento oggettivo del Tort of Negligence*, Milán, 1988, pp. 289 y 293, por ejemplo, reconocen abiertamente la preeminencia del enfoque de los sistemas de *Common Law* en la materia de informaciones falsas en la actualidad.

Las respuestas de los distintos ordenamientos a los casos de responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones incorrectas han sido muy distintas. Sin embargo, en todos los sistemas se puede apreciar la necesidad de que esa responsabilidad por informaciones falsas permanezca encerrada entre límites especiales. Para delimitar esa responsabilidad, se ha ido desde la simple exigencia de una culpabilidad agravada en Derecho italiano o francés (el informador, según algunas posiciones doctrinales, sólo responde en caso de dolo o culpa grave) a la negativa tajante de responsabilidad a través de negar la indemnizabilidad del daño puramente económico en los sistemas de *Common Law*²⁸.

A continuación, vamos a examinar esas respuestas para después proponer soluciones en Derecho español que, dentro de las restricciones de nuestro sistema, recojan lo mejor y más aprovechable de cada una de estas experiencias. En este recorrido, los datos en los que vamos a centrar nuestro interés son (a) si existe o no algún problema en indemnizar los daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, lo que implica estudiar el elemento que, en cada sistema, define el campo de lo indemnizable, (b) el grado de flexibilidad del derecho de contratos para ver si facilita o dificulta una solución por esa vía y (c) la existencia o no de una solución especial codificada para estos problemas de responsabilidad por informaciones falsas.

3.1 El sistema alemán

Para establecer el régimen de la responsabilidad por informaciones falsas en Alemania, es necesario jugar a dos bandas, teniendo en cuenta tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual. Desde el primer punto de vista, no es necesario aclarar que se puede imponer responsabilidad contractual cuando entre informado e informante se ha celebrado un contrato en cumplimiento del cual se intercambia la información. También desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, y centrándonos ya en nuestro campo de estudio, el parágrafo 676 del BGB establece, en sede de contrato de mandato, que no se incurre en responsabilidad por el simple hecho de dar un consejo que, seguido por su destinatario, es causa de que éste sufra ciertos daños²⁹. La justificación de esta

²⁸ MARSHALL, p. 783, para esa observación de que exigir culpa grave persigue limitar la responsabilidad.

²⁹ Ese parágrafo 676, en la traducción del BGB preparada por EIRANOVA ENCINAS, dice así: «Quien aconseje o dé una recomendación a otra persona no está obligado a indemnizar por ningún daño que se derive de seguir el consejo o la recomendación, sin perjuicio de su responsabilidad derivada de un contrato o de un acto ilícito».

regla está en la idea de que el mandato es dado en interés del mandatario, que es muy libre de seguir o no ese consejo recibido.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, hay que recordar que el sistema alemán está basado en una tipificación de los casos en los que se incurre en responsabilidad y que esa tipificación se hace atendiendo a si existe o no un daño antijurídico, en el sentido de que resulte lesionado un derecho subjetivo de carácter absoluto (vida, propiedad, etc.) o bien se viole una norma específicamente dictada para proteger al demandante del concreto daño sufrido. De esta manera, por exclusión, el daño puramente económico no es indemnizable a través de acciones de responsabilidad extracontractual en el sistema alemán.

Aquella regla (par. 676 BGB) de que no hay responsabilidad contractual por el hecho de dar una información en interés del informado, en combinación con la exclusión de la indemnizabilidad de los daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, hace que la víctima que padece daños causados por haber usado una información incorrecta no encuentre fácil remedio en Derecho alemán. Ciento que el parágrafo 826 del BGB permite reclamar cuando el informante informó de manera dolosa; pero no menos cierto que, incluso ampliando esa posibilidad a través de aceptar como suficiente el dolo eventual, esa norma ofrece una protección insuficiente a los usuarios de informaciones incorrectas³⁰.

La insuficiencia de la solución codificada queda patente por la tarea doctrinal y jurisprudencial que ha venido admitiendo, por vías más o menos tortuosas, una responsabilidad por falsas informaciones equiparable a la existente en otros ordenamientos en los que no existe norma codificada equiparable³¹. Estos trabajos y sus excesos han hecho que algunos autores hablen de estas normas que específicamente tratan de regular la cuestión de la responsabilidad por informaciones negligentemente falsas como normas fracasadas y obsoletas³².

En Alemania, se han propuesto distintas maneras de argumentar para superar la irresponsabilidad del informador negligente La pri-

³⁰ Para el diagnóstico, RANIERI, pp. 642-643. En VON BAR, pp. 102-106, más información sobre los intentos jurisprudenciales de ampliar la idea de dolo para que el par. 826 BGB ofrezca mayor protección a los usuarios de informaciones falsas. El autor citado explica que esto puede llevar a problemas dado que las compañías de seguros no responden de los daños causados por el asegurado dolosamente.

³¹ Hay un cumplido resumen de esa jurisprudencia en ZUGENHÖR, «Berufliche Dritthaftung -insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare- in der deutschen Rechtsprechung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 22, 2000, pp. 1602 y ss. Para esto, también es útil el trabajo de Von Bar.

³² Es una norma que se da por fracasada y obsoleta en BUSNELLI (91), p. 539, y PORTALE, p. 12, donde se pueden encontrar más citas.

mera idea consistiría en teorizar la existencia de una relación contractual entre informante e informado. De esta manera, si finalmente la información es errónea por negligencia, se impondrá al informante una responsabilidad contractual, con lo que ya no se tiene ningún problema en indemnizar un daño puramente económico. Este es el camino que tradicionalmente ha seguido la doctrina alemana cuando *ha querido ampliar el campo* de los daños indemnizables³³.

Para utilizar esta vía de la responsabilidad contractual se recurrió, en primer lugar, a la idea de obligaciones contractuales accesorias. Así, bastaba la relación genérica entre un banco y su cliente para hacer pesar sobre el primero una obligación accesoria de información. Aún se da un paso más cuando del mero hecho de proporcionar información se deduce la existencia de un contrato tácito de información. Este contrato tácito de información sirve de instrumento técnico para imponer responsabilidad respetando las reglas del sistema de ilícitos civiles típicos del BGB. Este contrato tácito en realidad no es más que una ficción, como reconocen muchos autores, y en ciertos casos se trata de una solución muy forzada³⁴.

Por este carácter de solución forzada de esta última idea, la doctrina alemana más reciente prefiere, bien teorizar la existencia de una tercera vía de responsabilidad basada en la buena fe y la protección de la confianza, bien postular una vuelta a la solución basada en el principio de *neminem laedere*³⁵.

La segunda manera de trabajar consiste en ir descubriendo nuevos derechos absolutos que hayan sido infringidos por la acción, para poder imponer responsabilidad manteniendo la coherencia del sistema³⁶. Los problemas a que esto conduce consistirían en la hipertrofia de la figura del derecho subjetivo.

3.2 Portugal

El ejemplo de Portugal es también muy claro para ilustrar el fracaso del modelo típico de responsabilidad por informaciones incorrectas. En este sistema, el artículo 483, 1º, del Código vigente

³³ ALPA (77), p. 43; REIMANN, «Pure Economic Loss in Germany»; en BUSSANI y PALMER, *The Frontiers of Tort Liability: Pure Economic Loss in Europe*, pp. 9-10; BANAKAS (99-2.º), p. 282; VON BAR, p. 119.

³⁴ BUSSANI y PALMER, p. 15; VON BAR, p. 113; RANIERI, p. 641; PORTALE, p. 13; GALLO, pp. 285-286.

³⁵ RANIERI, p. 644; BUSNELLI (91), p. 541; PORTALE, p. 18; ALPA (77), p. 43, explica que en los sistemas de *Common Law*, la respuesta ha sido crear el *tort de Misrepresentation*.

³⁶ LIMPENS, «La faute et l'acte illicite en droit comparé», *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, París, 1963, pp. 723-741, p. 725, y GALLO, p. 270, explican cómo, por necesidades prácticas, tuvo lugar la aparición de dos nuevos derechos absolutos en el sistema alemán.

exige, como uno de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en general, la antijuridicidad del daño. En concreto, con clara influencia alemana, se exige que se viole un derecho ajeno o bien una disposición legal destinada a proteger intereses ajenos. Aunque el legislador no proporciona una lista de derechos protegidos, esta norma de partida es interpretada siguiendo los esquemas propios del sistema alemán³⁷.

Por otro lado, el artículo 485 del Código Civil de ese país, siguiendo también el modelo alemán, establece que:

«1.º Los simples consejos, recomendaciones o informaciones no responsabilizan a quien los da, aunque exista negligencia por su parte.

2.º Sin embargo, la obligación de indemnizar existe cuando se haya asumido la responsabilidad por los daños, cuando existiese el deber jurídico de dar el consejo, recomendación o información y se haya procedido con negligencia o intención de perjudicar, o cuando el comportamiento del autor constituya un hecho punible.»

La exclusión de responsabilidad establecida en el párrafo primero se justifica por referencia a ideas muy frecuentes en el campo de las informaciones falsas: que esos mensajes normalmente se emiten de forma gratuita y con grandes dosis de subjetivismo por parte de su autor y, por otro lado, que el que recibe el consejo, recomendación o información puede y debe controlar su exactitud y corrección, pues debe contar con posibles inexactitudes en su contenido³⁸. Son ideas que se ponen en relación con el *mandatum tua gratia* del Derecho Romano, esto es, un mandato dado en interés exclusivo del mandatario que, se dice, equivale a un consejo, que el destinatario es libre de seguir o no. Esta figura está también en la base del parágrafo 676 del BGB, antecedente inmediato de las normas portuguesas que comentamos³⁹.

De esta manera, se reproduce la situación que habíamos descrito para el Derecho alemán: también en Portugal se combina una norma de no indemnizabilidad de daños puramente económicos a través de la responsabilidad extracontractual, con una norma especial pensada para los casos de responsabilidad por consejos, informaciones o recomendaciones.

³⁷ BUSSANI y PALMER, p. 75.

³⁸ VAZ SERRA (59), p. 285; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 9.^a ed. Coimbra, 1996, p. 570; BAPTISTA MACHADO, «A cláusula do razoável», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, julio 1986, pp. 65 y ss., p. 163; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, p. 460.

³⁹ SINDE MONTEIRO (89), p. 335.

Lo cierto es que, como ya advertía Busnelli, el sistema tipificado no ha funcionado bien en la práctica, tampoco en Portugal. En el profundo estudio que Sinde Monteiro ha dedicado a esta materia, se critica y trata de corregir el sistema basado en el artículo 485 del Código portugués y se elogia la flexibilidad existente en los ordenamientos en los que no hay una norma específica sobre responsabilidad por informaciones falsas⁴⁰. Este autor dedica gran parte de su obra a mostrar cómo el artículo 485 no puede ser aplicado conforme a su sentido literal porque ello llevaría a un choque frontal con algunos de los pilares básicos del Derecho de Obligaciones. Sólo después de realizar esa tarea ingente, puede Sinde Monteiro dar por probada la necesidad de superar el estrecho marco diseñado en ese artículo 485. El esfuerzo de este autor es realmente notable y aleccionador sobre los peligros de la técnica utilizada por el codificador portugués en esta materia.

Según Sinde Monteiro, el artículo 485 no puede interpretarse siguiendo su apariencia de completud y su apariencia de que sienta una norma de irresponsabilidad (art. 485, 1.^º) y algunas excepciones tasadas (art. 485, 2.^º). Por el contrario, ese artículo 485 debe ser entendido como una norma con afán meramente pedagógico y, ya en los tiempos en que fue elaborada, un tanto inútil. Lo que nos trata de decir es algo similar a lo que trataba de decir el párrafo 676 BGB (norma, recordemoslo, colocada entre las que regulan el mandato) según la interpretación que le parece preferible: que del hecho de que una persona informe a otra, no se puede deducir la celebración de un contrato entre ellos⁴¹. Por ello, no habrá responsabilidad contractual y se llegará en muchos casos, dada la no indemnizabilidad del daño puramente económico en Derecho alemán y en Derecho portugués, a una solución de no responsabilidad⁴².

Según este autor, la idea que se desprende del artículo 485, 1.^º, así entendido ya se podía deducir de los principios generales; por otro lado, también el segundo párrafo sobra, ya que el intérprete es el que tiene que saber en qué casos sí se puede engendrar responsabilidad conforme a los Principios Generales del Derecho de Obligaciones (responsabilidad precontractual, contractual o delictual) y, en cualquier caso, los supuestos recogidos en ese artículo 485, 2.^º no agotan la materia. En esos casos en los que hay que reconocer la posibilidad de imponer responsabilidad, propone Sinde Monteiro, ya no estaremos ante un «simple» consejo, recomendación o información de los que habla el artículo 485, 1.^º⁴³.

⁴⁰ Véase, entre otras muchas, las pp. 26, 439, 441, 558.

⁴¹ El párrafo 676 del BGB se redactó teniendo como telón de fondo la polémica entre los que creían que sí se celebraba un contrato entre hablante y oyente y los que creían que no siempre. Más información sobre esto en SINDE MONTEIRO, pp. 443 y ss., y allí numerosas citas.

⁴² SINDE MONTEIRO (89), pp. 337, 444-445, 450.

⁴³ SINDE MONTEIRO (89), pp. 451 y 452.

3.3 Sistemas de *Common Law*

En los sistemas de *Common Law*, también existe una norma, aunque de origen y formulación poco claros, que excluye la indemnizabilidad de los daños puramente económicos en el *Tort* de Negligencia⁴⁴. En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, era difícil encontrar sentencias en las que se afirmara que sólo se podía accionar extracontractualmente en caso de daño físico a la persona o propiedades del demandante. Lo que ocurría era simplemente que todas las sentencias que concedían indemnizaciones trataban casos de daños físicos y así, por exclusión, se llegó a la consecuencia (o generalización) de que la ley dejaba fuera las demandas de indemnización de daños puramente económicos⁴⁵.

Por otro lado, los sistemas de *Common Law* tienen una rígida doctrina sobre contratos que dificulta cualquier intento de ampliar la responsabilidad del emisor de informaciones incorrectas a través de la responsabilidad contractual. El elemento contractual que dificulta este camino es fundamentalmente el de la necesidad de que haya un intercambio (*consideration*) entre las partes que soporte el contrato⁴⁶.

Por esta rigidez del Derecho de contratos, la solución para los casos de informaciones falsas en que los jueces querían imponer responsabilidad se ha encauzado a través de vías extracontractuales. Así, se ha llegado a imponer responsabilidad extracontractual por informaciones incorrectas, sentando así una excepción a la no indemnizabilidad de los daños puramente económicos. En un epígrafe posterior se verá con mayor detenimiento.

Esta responsabilidad por daños puramente económicos causados por informaciones incorrectas es una de las pocas excepciones

⁴⁴ Es interesante el resumen de la evolución histórica que hace GORDLEY, pp. 36 y ss. Quizá merecía la pena recordar que, en el *Common Law* originario y probablemente todavía hoy, no hay un principio general de responsabilidad equiparable al entendimiento habitual de nuestro artículo 1902, sino que sólo había una pluralidad de remedios aislados –las distintas figuras de *tort*– con un campo de actuación diferenciado. Para una primera aproximación a este sistema de *Torts*, se puede ver a DÍEZ PICAZO (99), pp. 89-92.

⁴⁵ GALLO, p. 90, y MONATERI (98), p. 61, señalan que en esta manera de funcionar es decisivo el método de vinculación por el precedente propio del *Common Law*. Este último autor explica cómo se llega a la norma de no indemnizabilidad del daño puramente económico: en *Donoghue v. Stevenson* (caso en el que se generalizó la existencia de un deber de cuidado definido por la previsibilidad del daño y se vino a crear un *Tort* general de negligencia) el tribunal estableció que la demandante tenía derecho a ser indemnizada por la gastritis (y otros daños) causada por un producto defectuoso porque era la víctima previsible de un daño previsible para el demandado. Como el deber de cuidado definido en la sentencia aludía a un daño físico, dice MONATERI (p. 62) se entendió que ese deber de cuidado basado en un test de previsibilidad del daño dejaba fuera los casos de daño puramente económico. Ideas similares también en ATIYAH, «Negligence and Economic Loss», *The Law Quarterly Review*, abril 1967, vol. 88, pp. 248-276, p. 248, o GORDLEY, p. 40.

⁴⁶ LAWSON y MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, 1982, p. 82; BANAKAS (99-2.^º), p. 272; VON BAR, p. 110.

que se reconocen a la regla de que no se indemnizan los daños puramente económicos⁴⁷. La explicación de que se haya colocado una excepción en este punto está en el hecho de que, como veremos, se han podido formular unos casos de responsabilidad con criterios justos, claros y practicables en los que no se plantean los problemas generales que se plantean en el resto de casos de daño puramente económico. Además, también ha influido el hecho de que, en casos en que la información incorrecta versa sobre asuntos económicos, sólo se van a producir, en su caso, daños de ese tipo.

En estos países de *Common Law*, además de las ideas de fondo sobre el nivel de responsabilidad conveniente en estos casos de informaciones falsas sobre lo que nos extenderemos luego, también es destacable la existencia de un instrumento conceptual específico que juega un papel de filtro equiparable a la exigencia de antijuridicidad del sistema alemán y que no lleva a las rigideces de este último⁴⁸. Es el «deber de cuidado» (*duty of care*), definido como la obligación legalmente impuesta de comportarse diligentemente respecto de otra persona⁴⁹. Se introduce así una idea de relatividad que, como se verá más adelante, va a ser decisiva para nuestros fines. Esa relatividad consiste en decir que sólo hay lugar para la pregunta de si el demandado fue diligente, es decir, si se comportó con arreglo al modelo de conducta del honrado padre de familia (*reasonable man*), si previamente tenía el deber de hacerlo respecto de ese perjudicado y respecto del concreto daño sufrido por el mismo.

3.4 Francia

En el Código francés, la responsabilidad extracontractual está organizada en torno a una cláusula general de responsabilidad. No

⁴⁷ Así lo hacen, por ejemplo, ROBERTSON, «Recovery in Louisiana Tort Law for Intangible Economic Loss: Negligence actions and the Tort of Intentional Interference with Contractual Relations», *Louisiana Law Review*, marzo 1986, núm. 46, pp. 737-760, p. 740, donde la empareja con la acción de *nuisance*, y PALMERI y BARNETT, «The Continuing Vitality of the Economic Loss Rule», *Land and Water Law Review*, 1996, núm. 31, pp. 757-772, p. 762. Véase también PROSSER, p. 235. En la *Commonwealth*, STEVENS (73), p. 432; CRAIG, p. 213; SMITH, «Clarification of Duty-Remoteness Problems Through a New Physiology of Negligence: Economic Loss, a Test Case», *University of British Columbia Law Review*, 1974, vol. 9, núm. 2, pp. 213-243, p. 213; BAKER, p. 137; WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, 13.^a ed., por W. V. H. Rogers, Londres, 1989, p. 88; ROGERS (89), p. 52; HOWARTH, «Economic Loss in England: the Search for Coherence», en BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Londres, La Haya, Boston, 1996, p. 32; CLARK & STEPHENSON, *Law of Torts*, 4.^a ed. Londres, 1995, p. 129. También, ROGERS, SPIER y VINEY, «Preliminary Observations» en Spier (ed.), *The Limits of Liability*, La Haya, Londres, Boston, 1996, p. 8. Más crítico con esa formulación, ATTIAH, pp. 261-262.

⁴⁸ Sobre la idea de que el *duty to take care* juega un papel similar a la exigencia de que el daño sea por lesión a derechos subjetivos absolutos, se puede ver FLEMING (87), p. 125; KOZIOL, «Conclusions», Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, p. 129; LAWSON y MARKESINIS, p. 99; GALLO, p. 269.

⁴⁹ Por todos, SALMOND y HEUSTON, p. 197, y PROSSER y KEETON, p. 356.

existe, por ello, ningún filtro previo que impida la indemnización de los daños puramente económicos a través de acciones de responsabilidad extracontractual. Por otro lado, en el *Code* tampoco existe una norma especial sobre la responsabilidad por informaciones falsas. Por ello, los problemas que surgen, especialmente de responsabilidad por informaciones incorrectas emitidas por bancos, son resueltos por la jurisprudencia haciendo uso de los requisitos generales del artículo 1382 (equivalente a nuestro art. 1902)⁵⁰. Además, la doctrina francesa se desentiende de un problema que, cuando se plantea, se hace de forma desenfocada y fragmentaria⁵¹.

Sea como sea, lo más característico de la respuesta del sistema francés a los problemas de responsabilidad por informaciones falsas es la flexibilidad con la que se pasa de la afirmación de una responsabilidad contractual a la afirmación de una responsabilidad extracontractual. En efecto, la doctrina francesa señala que, en los casos que nos ocupan, normalmente se tratará de responsabilidad contractual, pero no se pone inconveniente alguno a la posibilidad de que sea de carácter extracontractual, sobre todo si existe dolo o culpa grave, pasándose de una a la otra con flexibilidad⁵². Esa flexibilidad se debe a que no hay ningún problema a la hora de encauzar el tratamiento de responsabilidades por daños puramente económicos y al hecho de que tampoco el Derecho de contratos es especialmente rígido.

Desde el punto de vista del funcionamiento general del sistema francés, es conveniente recordar que, en la doctrina, existe un consenso bastante general sobre estas cuestiones y que también hay acuerdo sobre la idea de que la culpa (*faute*) tiene una dimensión objetiva (a veces denominada *ilicitud*) y una dimensión subjetiva (imputabilidad o culpabilidad)⁵³. La vertiente objetiva consiste en que existe un modelo de conducta preexistente que está en contradicción con la conducta del demandado. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de imputar el comportamiento dañoso a su autor, que lo comprende y asume sus consecuencias.

⁵⁰ Véase, HERBOTS, p. 8; BANAKAS (99-2.º), p. 262, y MARSHALL, p. 750. Por otro lado, hay abundantes citas de jurisprudencia, por ejemplo, en VEZIAN, pp. 230 y ss.

⁵¹ En el diagnóstico coinciden muchos autores. Entre ellos, BUSNELLI (91), pp. 551 y 553; RANIERI, pp. 645 y 648; SINDE MONTEIRO (89), p. 523, n. 241, HERBOTS, p. 8; LAWSON y MARKESINIS, p. 88. Para un planteamiento no muy claro, por ejemplo, GAVALDA y STOUFFLET, pp. 837-838.

⁵² VINEY y JOURDAIN, núm. 481, p. 374, n. 283; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, II-1.º, París, 1967, núm. 415, p. 409; AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 469, n. 121; SAVATIER, núm. 87, p. 107; MAZEAUD y TUNC, núm. 501, p. 156, n. 2; GAVALDA y STOUFFLET, pp. 837 y 838; VEZIAN, p. 232. Desde la perspectiva extracontractual, sólo se plantea con claridad la responsabilidad ante el sujeto sobre el que versaba la falsa información, supuesto que, como hemos dicho, queda fuera de nuestro campo de estudio.

⁵³ VINEY y JOURDAIN, núm. 442, p. 320, están de acuerdo con este diagnóstico.

Dentro de ese consenso general, se discute lo que, a primera vista, parece ser una cuestión puramente de enfoque. Por un lado, está la corriente mayoritaria que sigue el trabajo de Planiol de ir definiendo modelos de conducta preexistentes cuya contravención determinaría la tacha de ilicitud en el comportamiento del autor que está implícita en la culpa (*faute*)⁵⁴. Por otro lado, está el sector minoritario de los que creen que, ante la riqueza de la realidad, es imposible acabar de determinar los deberes de conducta que pueden dar lugar a responsabilidad, por lo que juzgan preferible definir la culpa, no por referencia a esos concretos deberes infringidos, sino por referencia a un modelo de conducta ideal (la conducta del buen padre de familia) que nos va dando la respuesta de si el autor se comportó correctamente en cada caso⁵⁵. Esa decisión la toma el juez del caso concreto, autorizado para ello por un legislador que es consciente de sus limitaciones y que completa su decisión con el sometimiento de ese juez del caso concreto al control del Tribunal Supremo a través de la casación⁵⁶.

Al final, la diferencia entre las dos corrientes de opinión parece consistir, para lo que ahora nos concierne, en el distinto momento en que, según cada una, debemos tirar la toalla y ponernos en manos del juez del caso concreto. Interesa observar, además, que la posición consistente en comparar la conducta real con el modelo de conducta del honrado padre de familia, supone entender la culpa (*faute*) de forma reduccionista y como sinónimo de juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño. En relación a la postura mayoritaria de ir definiendo deberes preexistentes infringidos por la conducta del caso concreto, se puede decir que donde la cosa tendría realmente importancia y habría una diferencia con la postura minoritaria sería en la posibilidad de afirmar un deber de comportamiento no general ni absoluto, sino presidido por la idea de relatividad, de forma que la dimensión objetiva de la culpa sirviera para delimitar más claramente el terreno de lo indemnizable.

⁵⁴ La referencia es al trabajo de PLANIOL titulado «Etudes sur la responsabilité civile», *Rev. crit. législ. et jurisp.* 1905, pp. 277 y ss. (citado por VINEY y JOURDAIN y LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., París, 1949). Véase también DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, IV, 1925, núms. 225 y 226, pp. 367 y 368, o LALOU, núm. 696, p. 427. En la misma línea, pero con una visión simétrica, SAVATIER, núm. 37, p. 49.

⁵⁵ MAZEAUD y TUNC, núm. 417, pp. 67 y ss. La misma opinión en MARTY y RAYNAUD, núm. 398, p. 388, y en LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 2.^a ed., París, 1976, núm. 1436, p. 501. Por su parte, JOSSERAND, *Derecho Civil*, II-1.^a, Buenos Aires, 1950, núm. 422, p. 303, comparte el diagnóstico, pero no la solución. Para ver la similitud entre la corriente de pensamiento minoritaria y la mayoritaria, véase AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 425.

⁵⁶ AUBRY y RAU, núm. 444 bis, p. 427; MARTY y RAYNAUD, núm. 400, p. 391; PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, París, 1973, p. 55; JOSSERAND, núm. 438, p. 325.

Desde un punto de vista del Derecho comparado, se puede describir el funcionamiento general del sistema francés diciendo que en éste la idea de culpa (*faute*) viene a ocupar el campo que en Alemania cubre la antijuridicidad y la culpabilidad o que en los sistemas de *Common Law* juega el deber de cuidado (*duty to take care*) y el juicio de negligencia (*breach of the duty*)⁵⁷. Es decir, que las cuestiones que en la RFA o en el *Common Law* se discuten en términos de antijuridicidad o deber de cuidado, se discuten en Francia bajo la rúbrica de la culpa (*faute*), lugar donde también se coloca (a veces identificándolo de manera reduccionista) el juicio de si el demandado faltó o no al modelo de conducta del hombre medio razonable⁵⁸.

En efecto, en la RFA o en el *Common Law* se emplea, por un lado, la antijuridicidad o la existencia del *duty to take care* para señalar el campo en el que es exigible la responsabilidad extracontractual y, por otro lado (y una vez que ya se ha superado ese umbral y ya está claro que estamos dentro del campo en el que son aplicables las normas de responsabilidad civil), se emplea la idea de la culpabilidad o el *breach of the duty* para expresar, con mayor o menor fortuna, la idea de que el daño ha de ser negligentemente causado. En cambio, en Francia sólo se tiene el elemento de la *faute*, por lo que ahí se tienen que discutir las dos cuestiones. Esta es la explicación de la hipertrofia del concepto de culpa en Derecho francés y del relativamente mayor grado de inseguridad jurídica que supone⁵⁹. Además, como se tiende a identificar la *faute* con el juicio de negligencia, se crea la apariencia de querer indemnizar cualquier tipo de daño con tal de que sea negligentemente causado, sin distinguir entre distintos tipos de daño.

En realidad, esto de que el Derecho francés no conozca este paso previo de selección de los casos que sí son accionables en responsabilidad extracontractual no supone que en ese sistema no se discrimine entre grupos de casos según la importancia del interés perjudicado por la acción del demandado, entre otras cosas⁶⁰. Lo único que en realidad supone es que permanezcan en la oscuridad las razones que llevan a un juez a decidir un caso de determinada manera. De esta forma, se

⁵⁷ LAWSON y MARKESINIS, p. 99; LIMPENS (63), p. 724. Por su lado, BUSSANI y PALMER, p. 52, dicen que el concepto de antijuridicidad se hace invisible en el sistema francés.

⁵⁸ KOZIOL (98), p. 130.

⁵⁹ ALPA y BESSONE (90), p. 67.

⁶⁰ MONATERI (98), p. 55, está de acuerdo con esto. Son interesantes las palabras de VINEY (98), p. 58, donde confiesa que sí, que también en Francia se da mayor importancia a la vida que a los daños solamente económicos en las acciones de responsabilidad extracontractual. Más aún por venir de la misma autora que en 1971 (citada por MARSHALL, p. 749) afirmaba, en el transcurso de un seminario en un encuentro internacional de juristas, que en Derecho Francés el hecho de que el daño afectara a la persona o a la propiedad del demandante no influía en absoluto ni en el Derecho a ser indemnizado ni en la cuantía de la indemnización. También en Francia, se puede destacar el comentario de HUET, «Res-

dificulta la posibilidad de hacer predicciones informadas sobre las decisiones futuras, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica.

3.5 Italia

En Italia, al igual de lo que ocurre en Francia, no existe una norma codificada con pretensiones de solucionar la cuestión de la responsabilidad por informaciones falsas. Sin embargo, la postura de la jurisprudencia italiana es bastante uniforme por lo que respecta a las soluciones de fondo. Siendo esto así, hay que advertir que las argumentaciones empleadas sí pueden llevar a engaño debido al reflejo sobre la cuestión del debate sobre el sistema de responsabilidad existente en Italia.

En efecto, para recoger de forma inteligible la experiencia italiana sobre la materia, es necesario recordar que el sistema italiano de responsabilidad extracontractual es especial, básicamente, por la inclusión en el artículo 2043 del Código de 1942 de la exigencia de que el daño causado sea «injusto»⁶¹. Eso ha causado un debate muy conocido sobre la naturaleza misma del sistema, pues no está claro que —como sostén la posición doctrinal que en la actualidad se califica de «tradicional»— la inclusión de ese adjetivo suponga adoptar un sistema de tipicidad del ilícito civil al estilo del BGB (interpretando «injusto» como sinónimo de lesión de un derecho subjetivo de carácter absoluto) ni, por otro lado y en el otro extremo, tampoco parece que estemos ante un sistema similar al francés basado en una cláusula general de responsabilidad y en el principio más amplio de *neminem laedere* (en el que poco añadiría el término «injusto»)⁶².

ponsabilité du fait de l'information: obligations de l'éditeur et obligations de l'auteur», *Revue de Droit Civil*, 1987, pp. 552 y ss., p. 554, según el cual, sería defendible que el trato debe ser distinto según la información falsa entrañe o no peligro para la integridad física del usuario de dicha información.

⁶¹ Ese artículo 2043 dice así, «Risarcimento per fatto illecito.— Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

⁶² Sobre este debate, hay una exposición muy clara en ALPA y BESSONE (90), pp. 72-81, y también en MONATERI (98), pp. 195 y ss. También muy claro el estudio, más antiguo y fundamental, de SCHLESINGER, pp. 336 y ss. Hay una interesante exposición histórica en SACCO, pp. 1422 y ss. Este mismo autor explica (p. 1438) cómo puede llegarse, en un plano meramente abstracto, a un modelo de tipicidad partiendo de una cláusula general y viceversa, lo cual no deja de causar perplejidad. Por otro lado, la postura llamada *tradicional* se puede ver en DE CUPIS, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, 2.^a ed.(Commentario SCIALOJA-BRANCA), Bolonia, Roma, 1971, p. 12, entre otras. Según MONATERI (99), p. 8, o VISINTINI (87), p. 78, el abandono de esta postura hacia otra más flexible fue obra de SACCO, en «L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.», *Foro Paduano*, 1960-1.^o, p. 1420, de SCHLESINGER, «La ingiustizia del danno nell'illecito civile», *Jus*, 1960, p. 336, que son los estudios a los que se hace referencia en el principio de esta nota; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán 1961 y *Causalità e danno*, Milán 1967; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milán 1964, y RODOTÁ, *Il problema della responsabilità civile*, Milán 1967.

Por este debate sobre la naturaleza del sistema de responsabilidad, en la doctrina italiana se discute qué respuesta debe dar el ordenamiento a los casos en los que se produce un daño puramente económico a consecuencia de una información falsa por negligencia. La primera opción que el intérprete debe realizar es la de si encauzar la consecuencia jurídica por la vía de la responsabilidad contractual o si hacerlo por la vía de la responsabilidad extracontractual.

a) Los que entienden que el término «injusto» del artículo 2043 del *Codice* significa alusión a un derecho subjetivo absoluto encuentran cerradas las puertas de la responsabilidad extracontractual, pues el punto de partida elegido supone excluir la indemnizabilidad por esa vía de los daños puramente económicos. Por eso, algunos autores defienden el camino de la responsabilidad contractual, siguiendo la tendencia del sistema alemán, que ya hemos recogido críticamente⁶³.

Los partidarios de aproximar el sistema italiano al sistema alemán han propuesto otra manera de explicar los casos de informaciones falsas en el campo de la responsabilidad extracontractual que es coherente con la lógica del sistema de tipicidad del ilícito; consiste en teorizar la existencia de un *derecho absoluto a la integridad del patrimonio* derivado del derecho a determinarse libremente en el desarrollo de una actividad económica. En la jurisprudencia, la idea se introduce en el conocido y ya citado caso De Chirico. Recordemos que en este caso, un sujeto se dirige a De Chirico para preguntarle si un cuadro que planeaba comprar era de su autoría o era una falsificación. El pintor le informa que el citado cuadro era auténtico y, de hecho, vuelve a estampar en él su firma. Sin embargo, cuando el sujeto ya lo había comprado, se descubre que, en realidad, era una falsificación.

Ese derecho a la integridad del patrimonio que postula el Tribunal Supremo italiano sería violado, sirviendo de base a una responsabilidad extracontractual, en todos los casos en que un mensaje negligentemente equivocado provoca la aparición o el incremento de la deuda que el ahora demandante tenía para con un su acreedor. Aparte del argumento de la coherencia interna del sistema, el argumento principal para defender este derecho parece ser la mayor seguridad que proporciona la técnica de ir construyendo derechos nominados cuando se siente la necesidad de aumentar el campo del daño resarcible⁶⁴.

De todas formas, ese derecho absoluto a la integridad del patrimonio –a veces se usa la forma de *derecho de libertad negocial*– tiene bastantes inconvenientes, empezando por la inversión lógica de su creación, pasando por la hipertrofia del concepto de derecho

⁶³ Esta solución de general irresponsabilidad por información negligente la defiende en Italia, dentro de la interpretación tradicional de la injusticia del daño, DE CUPIS (71), p. 92, n. 49. También MIRABILE, p. 420.

⁶⁴ DE CUPIS, «Il diritto di libertà negoziale», *Giustizia Civile*, 1982-4.^º, p. 3104, opiniéndose a DI MAJO.

subjetivo de que es reflejo, y acabando por la observación de que con un derecho tutelable como ése desaparecería lo que es más propio de un sistema basado en la identificación entre daño injusto y lesión de un derecho absoluto: desaparecería cualquier posibilidad de establecer un filtro previo de indemnizabilidad y, además, una vez creado un derecho absoluto tan amplio, todos los demás derechos absolutos sobrarían por innecesarios⁶⁵.

b) La interpretación mayoritaria de la expresión «daño injusto» en el citado artículo 2043 no la identifica con lesión de un derecho absoluto de la víctima. Por ello, se puede reconocer la indemnizabilidad de los casos de información falsa a través de la responsabilidad extracontractual. Esta es la vía que recorre la jurisprudencia italiana con toda normalidad y la mayoría de la doctrina⁶⁶. Los autores que defienden en Italia la opción por la vía de la responsabilidad extracontractual destacan que no tiene sentido recorrer la vía de la responsabilidad contractual e incurrir en las rigideces y tensiones a que conduce en un sistema en el que no existe un *Enumerationsprinzip* que force a ello. Son partidarios, pues, de superar la interpretación tradicional del término «daño injusto» en el artículo 2043 del *Codice*. Además, no se ve clara la idea de ensanchar la responsabilidad contractual en un campo en el que la prestación de información se realiza con carácter gratuito⁶⁷.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL FUNCIONAMIENTO DE NUESTRO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL

En esta segunda parte del trabajo, vamos a ver en primer lugar que, en nuestro sistema, el cauce de la responsabilidad extracontractual está abierto con toda normalidad para encauzar los casos de daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. En segundo lugar, se explicará que nuestro sistema está necesitado de ciertos ajustes si queremos

⁶⁵ SACCO, p. 1437; DE FRANCISCO, «Il c.d. diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, tra illecito aquiliano e illecito concorrenziale», *Rivista di Diritto Civile*, 1988-2.º, pp. 683-701, pp. 692 y 693; BUSNELLI (91), pp. 560-561; DI MAJO, p. 1750; MIRABILE, p. 419; LUMINOSO, p. 204; RODOTÀ, p. 188; MONATERI (98), pp. 578-582. Se puede ver otro ejemplo de lo que parece una inversión lógica en el discurso de otro partidario de la interpretación tradicional del *daño injusto* en MICCIO, p. 1011.

⁶⁶ Para el diagnóstico, por todos, SCHLESINGER, p. 340, y MIRABILE, p. 409.

⁶⁷ RANIERI, p. 641; BUSNELLI (91), pp. 543-564. Es de señalar que en la doctrina italiana estas cuestiones sobre informaciones falsas jugaron un papel esencial en el giro que en los años sesenta autores como Sacco o Schlesinger introdujeron en la interpretación del término «daño injusto» en el artículo 2043 del *Codice*.

evitar el resultado indeseable de que acabemos imponiendo una responsabilidad excesiva en estos casos de informaciones incorrectas. Después, se hará una descripción de las características principales del problema que estudiamos para, a continuación, proponer un cierto entendimiento de la idea de culpa que nos llevará, sin alterar la normalidad de su funcionamiento, a que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual pueda tener en cuenta esas características ya descritas.

1. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD EN NUESTRO DERECHO

En el epígrafe anterior, se ha descrito de forma somera el enfoque inicial que cada uno de los sistemas examinados adopta en términos generales y cómo eso influye en los cauces disponibles para dar solución al problema de la responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas. En este epígrafe se explica a cuál de los enfoques descritos se acomoda nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. La respuesta es sencilla y casi de Perogrullo: nuestro sistema de responsabilidad extracontractual es similar al francés, en el que nuestro legislador se inspiró.

En efecto, en nuestro Derecho, recordando la delimitación del campo de estudio realizado, se puede y se debe elegir, por regla general, la vía del artículo 1902 del Código Civil, con toda naturalidad. Esta opinión se basa en la observación general de que cada sistema debe emplear los medios técnicos que sean coherentes con su lógica interna. Además, las soluciones de fondo –que son las verdaderamente importantes– no son muy distintas en los diferentes ordenamientos, por mucho que cada uno les dé una diferente construcción técnica⁶⁸.

Para apoyar esta idea, además de esas observaciones generales, se pueden añadir los siguientes argumentos:

1.1 Nuestro sistema de responsabilidad civil, como el sistema del Código de Napoleón en el que está inspirado, es un sistema de cláusula abierta de responsabilidad. Por ello, no hay ningún obstáculo técnico que impida o dificulte la vía del artículo 1902, como sí ocurre, por el contrario, en los sistemas típicos

⁶⁸ Para el mismo diagnóstico sobre las soluciones de fondo, BUSNELLI (91), pp. 550 y 564; RANIERI, pp. 648-650 y 653; BANAKAS (99-2.^o), p. 283. La misma conclusión, más matizada y haciendo la comparación sólo entre los sistemas inglés y alemán, en VON BAR, p. 126.

de responsabilidad, en los que el daño indemnizable está delimitado de forma tasada.

1.2 No tiene sentido recorrer el arduo camino que sigue la doctrina alemana y portuguesa para imponer una responsabilidad por informaciones falsas (teorizar la existencia de un contrato de información, teorizar la existencia de un derecho subjetivo absoluto implicado, etc.), dado que nuestro camino no está pre-determinado por normas codificadas como las que existen en sus respectivos Códigos.

1.3 Es significativa la experiencia italiana sobre el asunto, donde se defiende mayoritariamente la practicabilidad de la vía de la responsabilidad extracontractual a pesar de que en su Código sí habría alguna base literal para negarla (la inclusión en el art. 2043 del *Codice* del requisito de que el daño sea «injusto»).

1.4 En el campo de la responsabilidad por informaciones falsas, las distintas doctrinas, incluido el sector de los comparatistas, critican el sistema de responsabilidad típico y alaban el sistema abierto de origen francés por su flexibilidad demostrada.

2. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EXCESIVA

A estas alturas, hemos tratado de explicar que no hay en nuestro Derecho ningún problema para encauzar por la vía del artículo 1902 los casos de responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas. En este epígrafe se verá por qué en nuestro país el problema que se plantea es el de que acabemos imponiendo una responsabilidad excesiva.

En nuestro Derecho, dada la inexistencia de norma especial codificada y dada la practicabilidad de la vía de la responsabilidad extracontractual, los problemas que se planteen en el campo de las informaciones falsas tienen que ser resueltos a través de los requisitos generales de la acción del artículo 1902 CC. Lo que ocurre es que esos requisitos ofrecen una respuesta insuficiente.

Para explicar por qué esa respuesta es insuficiente habrá que volver a insistir en la manera de funcionar de los sistemas basados en una cláusula general de responsabilidad similar a la francesa. Pero, al mismo tiempo, hay que ser consciente de que la terminología usual en nuestra doctrina no es igual a la que maneja la doctrina francesa. En nuestra doctrina es usual afirmar la existencia de un deber general de no causar daño a otros y

emplear el término *ilicitud* (o antijuridicidad) para referirse a las violaciones de tal deber⁶⁹. En ese uso de los términos usual en nuestra doctrina, se reserva la expresión *culpa* para aludir a la violación del modelo de conducta del honrado padre de familia definido en términos de previsibilidad del daño.

El uso del término *ilicitud* que estamos comentando se centra en lo que, en nuestra doctrina, Pantaleón denomina *desvalor de resultado en sentido impropio* y parte de la idea de que la acción es ilícita porque es dañosa⁷⁰. En realidad, ese empleo de los términos añade poco a la descripción del funcionamiento del sistema que vimos al hablar del Derecho Francés y, por ello, en este trabajo seguiremos empleando la idea de culpa entendiendo que en ella se engloba la idea de ilicitud de la conducta. Veremos más abajo que, pese a lo dicho, ese reconocimiento expreso por este sector doctrinal de la necesidad de que preexista un deber violado por la conducta del demandado que, por ello, se tacha de negligente es útil y aprovechable.

En nuestro sistema, pues, los daños puramente económicos causados por informaciones falsas son indemnizables si superan la exigencia de que la acción la podamos considerar *culpable* (o *ilícita* y *culpable*, en esa otra terminología usual en nuestra doctrina) y, en un momento lógico posterior, causalmente unida a la acción de proporcionar una información falsa⁷¹. Así, se prescinde aparentemente de introducir un filtro previo en el momento de la antijuridicidad similar al existente en la RFA o en el *Common Law* (es decir, centrado en un *desvalor de resultado en sentido propio*), con lo que la función de delimitar el campo de aplicación de la responsabilidad se fía al juego normal de los requisitos de la culpabilidad y la relación de causalidad, como también ocurría en Francia⁷².

⁶⁹ Así, entre otros, DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 258 y ss. y 285 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, II-3.^º, Barcelona, 1983, pp. 81 y 87; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, III, 4.^a ed., Madrid, 1975, pp. 467 y ss.; LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1995, pp. 338 y 341; PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, II-2.^º, Barcelona, 1990, p. 128; CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, IV, 4.^a ed., por J. Ferrandis, Madrid, 1988, p. 943; MANRESA, *Comentario al Código Civil español*, XII, 6.^a ed. (revisada por Gómez Ysabel), Madrid, 1973, pp. 844 y ss.

⁷⁰ La idea de la antijuridicidad como juicio de desvalor está explicada en PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 1995 y, ahora, en DÍEZ PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 297 y ss.

⁷¹ Hay una explicación sobre qué va antes, si la culpa o la causalidad, en SALVADOR CODERCH (Indret 20-10-99). Me parece significativo que la idea de que lógicamente la causalidad actúa antes se haya expresado en la doctrina penalista, que ya tiene resuelto el momento de la antijuridicidad de antemano, por el principio de legalidad penal.

⁷² Véase, entre otros, HERBOTS, p. 25, y BANAKAS (99-2.^º), p. 262.

2.1 La insuficiencia de la culpa

2.1.1 En realidad, el requisito esencial que juega el papel de delimitar el perímetro exterior de la responsabilidad extracontractual es el de la culpa, mientras que la relación de causalidad se fija principalmente en definir el alcance de la misma, una vez que se ha calificado el daño como culpable⁷³. En efecto, es la culpa el elemento que hace de umbral en la puerta del campo de los daños que son indemnizables. Al menos en apariencia, nuestro legislador aspira en el artículo 1902 a indemnizar cualquier tipo de daño cierto con tal de que sea culpablemente infringido.

El hecho de que las *reglas operativas* que determinan las decisiones que finalmente se alcancen dependan (o estén formuladas en términos) de relación de causalidad en nada obsta a la idea que acabamos de formular.

El comportamiento es culpable, por lo que ahora interesa, cuando es negligente. Decimos que un comportamiento es negligente cuando no se acomoda al estándar de conducta del honrado padre de familia. Si el demandado no se comportó en las circunstancias del caso como se hubiera comportado una persona razonable media en iguales circunstancias, el daño ha sido culpablemente causado y, por ello, entra ya en el campo de lo indemnizable.

Lo que ocurre es que el elemento de la culpa entendido como violación de un modelo de conducta definido en términos generales es un filtro insuficiente para dar entrada al campo de la indemnizabilidad cuando nos preguntamos por daños puramente económicos causados por informaciones falsas. En efecto, la idea de colocar al honrado padre de familia en el papel de filtro que determina cuáles casos entran y cuáles no en la casa de la responsabilidad civil no funciona bien en el campo de los daños puramente económicos causados a través de informaciones falsas debido a que el criterio que se emplea para decidir si el comportamiento fue negligente es, básicamente, el de la previsibilidad del daño⁷⁴. Este criterio da unos resultados excesivos en nuestro campo de estudio debido a que, como vamos a ver en el siguiente epígrafe, siempre es previsible que alguien confíe en su propio perjuicio en la información errónea⁷⁵.

⁷³ En este sentido, GREGOIRE, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civil*, Bruselas, 1971, pp. 77-79. Para la idea del perímetro exterior, PLANIOL y RIPERT, núm. 477, p. 660, o también PUECH, p. 39. Entre los comparatistas, por todos, BANAKAS (99-2.º), p. 267.

⁷⁴ LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II-2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1995, p. 472; DE ÁNGEL, p. 262; DÍEZ PICAZO (99), pp. 361-363, y ahí más citas de autores españoles en el mismo sentido.

⁷⁵ Esta idea de que la previsibilidad del daño no basta como criterio de indemnizabilidad se puede ver en PROBERT, «Negligence and Economic Damage: The California-Flori-

2.1.2 En los casos en que la culpa se revela insuficiente, se puede forzar un poco su funcionamiento para alcanzar las soluciones que, desde un punto de vista de política jurídica, nos parezcan más adecuados. No es necesaria demasiada experiencia en el campo de la responsabilidad extracontractual para reconocer ese tipo de ardid. Veámoslo con un ejemplo.

En un caso muy conocido en los países de *Common Law*, se desestimó la demanda de una compañía de seguros contra una compañía de ferrocarriles basada en que la primera había tenido que pagar la póliza de un seguro de vida a la viuda de un hombre atropellado y muerto negligentemente por uno de los trenes de la compañía demandada⁷⁶. El daño experimentado por la demandante era puramente económico y eso puede ser una buena razón para no acoger su demanda. Sin embargo, un autor ha llegado a justificar el resultado de la sentencia diciendo que el demandado no se comportó de forma negligente ya que no conocía la existencia de la póliza y no había razón para que hubiera debido conocerla⁷⁷. La observación de que es imprevisible que la víctima de un accidente tenga contratado un seguro de vida quizás se podría sostener a finales del siglo XIX, años en los que se dictó la sentencia de este caso, pero no parece una idea muy afortunada hoy en día (pese a que la solución de irresponsabilidad alcanzada por los jueces sí parece adecuada).

Sin embargo, aun reconociendo la necesidad perentoria de los jueces en salir del paso, esta manera de actuar consistente en manipular la idea de previsibilidad al antojo del operador es muy poco recomendable porque oculta las verdaderas razones de la eventual decisión judicial, es capaz de llevar a los jueces a consecuencias equivocadas si ellos mismos se creen la formulación de los requisitos examinados y dificulta enormemente a los demás operadores jurídicos el hacer predicciones sobre el funcionamiento del sistema.

da Nexus», *University of Florida Law Review*, 1981, vol. 33, pp. 485-504, pp. 498 y 503; GOBLE, «All Along the Watch Tower: Economic Loss in Tort. The Idaho Case Law», *Idaho Law Review*, 1997, núm. 34, pp. 226-281, p. 272; RABIN, «Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A reassessment», *Stanford Law Review*, vol. 37, pp. 1513-1538, pp. 1522 y 1524; FLEMING (87), p. 161; ATIYAH, p. 258; STEVENS (73), 448; JAMES, Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal», *Vanderbilt Law Review*, 1972, vol. 25, pp. 43-58, p. 44; WINFIELD & JOLOVICZ, p. 275; BRAZIER, p. 208; ROGERS, p. 86; PROSSER y KEETON, p. 748.

⁷⁶ Es *Connecticut Mutual Life Insurance Company v. New York and New Haven R.R.*, 25 Conn 265 (1856).

⁷⁷ La idea criticada en el texto es de CARPENTER, «Interference with Contract Relations», *Harvard Law Review*, pp. 728-763, p. 739. En FLEMING, «Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence», *The Canadian Bar Review*, mayo 1953, núm. 5, pp. 471-502, pp. 487-488, se explican otros casos de flagrante manipulación del test de previsibilidad. Véase también ROGERS, p. 57.

2.2 Reacciones contra la insuficiencia de la culpa

A estas alturas, lo más probable es que el lector se esté revolviendo en su asiento protestando por la descripción del sistema español de responsabilidad que se ha hecho en el número anterior. ¿Y la antijuridicidad? se preguntará el lector acostumbrado a la lectura de la doctrina española especializada en cuestiones de responsabilidad extracontractual ¿No es la exigencia del requisito de que el daño sea antijurídico la que nos puede sacar de este atolladero? En parte sí y en parte no.

2.2.1 Es cierto que la insuficiencia de la culpa como alusión a un modelo de conducta para desempeñar el papel de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable está siempre presente y es algo muy conocido. En efecto, es curioso observar que, aunque sólo fuese como reacción, ese carácter insuficiente siempre ha estado presente en las doctrinas surgidas en la interpretación de la cláusula general de responsabilidad originada en el *Code* y asumida por los Códigos de la época. Esto es así hasta el punto de que, para sorpresa de quien haya leído una explicación somera de las diferencias entre sistemas de daño típico frente a los basados en una cláusula general de responsabilidad, los exégetas del Código de Napoleón, siguiendo probablemente las tesis de Von Zachariae, entendieron que sólo era indemnizable el daño causado por un hecho ilícito, es decir, que consistiera en violación de los derechos de otro⁷⁸. De esta manera, se puede llegar a convertir un sistema como el francés, basado en una cláusula general de responsabilidad, en un sistema de responsabilidad típico.

Esa insuficiencia expresada en los trabajos de los exégetas, que la aprobación del BGB hizo más patente, fue lo que dio lugar a la introducción de la idea de «injusticia» en la doctrina italiana del Código de 1865 y, tras su estela, en el artículo 2043 del Código italiano de 1942⁷⁹. Algo similar ocurre en el Código de la Obligacio-

⁷⁸ Desde LAROMBIÈRE a LAURENT, pasando por BAUDRY-LACANTINERIE. Esto está bien recogido en MONATERI (98), pp. 54-56, donde también se pueden encontrar todas las citas. Por su parte, BUSSANI y PALMER, p. 51, n. 152, insisten en que se exigía que el derecho violado fuese un derecho absoluto. Simétricamente, es interesante la descripción histórica de GORDLEY de los trabajos preparatorios del BGB, en los que el punto de partida en estas cuestiones era similar al del *Code*. También para ver la poca claridad de estas cuestiones de la antijuridicidad, cláusula general de responsabilidad, etc., en la doctrina de la época, SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 2.^a ed., París, 1901, pp. 354 y ss.

⁷⁹ Sobre la situación de la doctrina italiana, YZQUIERDO, *Responsabilidad Civil*, Madrid, 1993, recoge la frase de MONATERI de que «el Código (de 1865) hablaba francés mientras que la doctrina hablaba alemán». Por su parte, ALPA y BESSONE (90), p. 72, afirman que, tal y como era interpretado (se exigía lesión a un derecho subjetivo absoluto), el sistema del *Codice* de 1865 era un sistema típico de responsabilidad.

nes suizo, donde se exige que la conducta sea ilícita⁸⁰. Lo mismo se puede decir del Código portugués vigente. Es igualmente destacable que, partiendo originalmente de un sistema de inspiración francesa, tampoco el recentísimo Código Civil holandés se ha contentado con la simple exigencia de que concurra culpa⁸¹.

2.2.2 La doctrina y jurisprudencia españolas también han reaccionado a la insuficiencia de la culpa. Esa reacción ha consistido en la exigencia, bastante extendida pero no tan razonable, de que el daño sea antijurídico, además de culpablemente causado⁸². Más abajo diremos algo más sobre esta manera de entender la antijuridicidad. Por el momento, baste con destacar que sí hay algo que nos puede resultar de utilidad en estos intentos doctrinales de introducir en nuestro sistema la antijuridicidad del daño (partiendo, pues, de ideas centradas en el *desvalor de resultado en sentido propio*) como requisito de la responsabilidad extracontractual. La parte interesante de esos intentos, realizados un poco a la manera en que el *Codice* de 1942 exige que el daño sea *injusto*, consiste en la afirmación de la posibilidad de que nos separemos de la idea francesa de que todo daño culpablemente causado (entendido como daño previsible) es indemnizable y que, por consiguiente, la regla general es la de la responsabilidad. Frente a esto, los partidarios de la exigencia de la antijuridicidad del daño afirman que sólo el daño *injusto* es indemnizable, por lo que se parte de que no todo el daño negligentemente causado es indemnizable⁸³. Esta última parte de la idea es la que nos resultará útil. Más abajo se explica, sin embargo, por qué es mejor emplear otros medios distintos a la exigencia de antijuridicidad para obtener un resultado similar.

Lo que sí conviene aclarar es que, como ya hemos destacado, en muchas ocasiones esa antijuridicidad se emplea en un sentido completamente distinto y que no es ni puede ser, de ninguna manera, reacción a la insuficiencia de la culpa de la que venimos hablando. Lo que se hace es predicar la antijuridicidad de la conducta y no

⁸⁰ WIDMER, «The Concept of Unlawfulness- Function and Relevance under Swiss Law», en Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, p. 129-136, p. 115.

⁸¹ SPIER, «Wrongfulness in the Dutch Context», en Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, La Haya, Londres, Boston, 1998, pp. 87-100, p. 87.

⁸² PANTALEÓN (91), p. 1994, niega que la antijuridicidad sea un requisito de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. Le siguen ASUA, «Responsabilidad extracontractual», *Manual de Derecho Civil*, II, dirigido por Puig Ferriol *et al.*, Madrid, 1998, p. 465; YZQUIERDO (93), p. 133, y VALPUESTA *et al.*, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.^a ed., Valencia, 1995, p. 494. Hay una buena y completa exposición del asunto en DÍEZ PICAZO (99), p. 290.

⁸³ Por todos, con una explicación muy clara, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, pp. 187-188.

tanto del resultado: la conducta es ilícita porque es dañosa. Así, se dice, incluso en numerosas SS.T.S, que la antijuridicidad se reduce a mera infracción del principio de *neminem laedere*⁸⁴. De esta manera, se emplea la idea de antijuridicidad más centrada en lo que se puede denominar desvalor de resultado en sentido impropio. Parece claro que, así entendido, poco añade este requisito de la antijuridicidad, puesto que su potencial capacidad de limitar la responsabilidad extracontractual a través del establecimiento con claridad de un filtro previo de casos incluidos y no incluidos en el campo de la indemnizabilidad queda en muy poca cosa. En efecto, mal filtro y muy poca capacidad de selección de casos relevantes tiene la exigencia de antijuridicidad cuando la norma cuya violación lleva a la tacha de antijuridicidad es la idea de *neminem laedere*⁸⁵.

Las siguientes palabras de De Ángel Yágüez ilustran bien este extremo: «Y, de no existir causa de justificación, cualquier daño puede considerarse ilícito porque viola la mentada regla máxima de convivencia: la que nos ordena no perjudicar a nuestros congéneres»⁸⁶. Emplear la palabra ilícito en este sentido y centrada en el desvalor de resultado en sentido impropio parece que nada añade a la idea de culpa, especialmente si se hace hincapié en la vertiente objetiva de esa idea de culpa.

Queda claro, de esta manera, que decir que el acto es ilícito porque es dañoso no puede ser reacción contra esa insuficiencia de la culpa de la que hablamos porque este manejo de la idea de antijuridicidad que criticamos deja las cosas en un estado de indefinición tan grande como el que nos hacía decir que la idea de culpa era insuficiente.

2.3 ¿No bastaría con un control realizado a través de la causalidad?

Decíamos que en nuestro sistema, al igual que lo que ocurría en Francia, la culpa jugaba el papel de delimitar el campo de los daños indemnizables, mientras que la relación de causalidad jugaba el papel de limitar la extensión de la responsabilidad a las consecuencias unidas a la acción con un nexo causal que se juzgara bastante, una vez que se había admitido que el daño había sido culpablemente causado. Luego habíamos explicado por qué la culpa entendida como juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño no

⁸⁴ Por todos, DE ÁNGEL (93), pp. 258 y ss.

⁸⁵ Esto está bien explicado en PANTALEÓN (91), p. 1994, y ASUA, p. 465.

⁸⁶ DE ÁNGEL (93), p. 258. La misma idea en LACRUZ *et. al.*, p. 469; PUIG BRUTAU, p. 81; CASTÁN, p. 943; LASARTE, p. 338; PASCUAL ESTEVILL, p. 128.

funcionaba bien en nuestro campo de estudio. Para acabar de demostrar la insuficiencia de los instrumentos técnicos que se manejan en nuestro sistema a la hora de controlar la responsabilidad por los daños causados al usuario de informaciones falsas, es necesario responder a esta pregunta: ¿No bastaría a nuestros propósitos admitir ampliamente la indemnizabilidad de los daños culpablemente causados y, más tarde, efectuar un uso cauteloso del requisito de la relación de causalidad, para el fin de limitar la responsabilidad que nos ocupa?

La necesidad de responder esa pregunta es clara en la experiencia anglosajona, donde la doctrina ha destacado cómo la jurisprudencia echa mano de la idea de causalidad o de la de deber de cuidado casi de forma intercambiable⁸⁷.

La respuesta a esta pregunta es, en parte, similar a la que hemos dado en relación con el requisito de la culpa. De esta manera, habría que empezar recordando que la manipulación de la relación de causalidad está lamentablemente muy extendida en nuestra jurisprudencia. En este sentido, se puede recoger el diagnóstico descarnado que hace Cavanillas Múgica de la situación: «en el tema de la relación causal, la jurisprudencia se inclina por las frases imprecisas y los conceptos elásticos y ambiguos, adoptando posiciones poco comprometidas [...] que difícilmente pueden servir para formar un cuerpo doctrinal útil»⁸⁸. Así las cosas, parece claro que esa manera de encauzar las soluciones en nuestro derecho es más probable que recomendable y que, si finalmente fuera acogida, sería objeto de las críticas de oscuridad e inseguridad que ya hemos formulado unos pocos párrafos más arriba, hablando del requisito de la culpa.

Si tratamos de responder a la pregunta que tenemos planteada con un poco más de seriedad científica, hay que empezar por asumir la necesidad de controlar la relación de causalidad que describen las ciencias de la naturaleza, y que se encierra en la fórmula de *condicio sine qua non*, con el uso de alguna teoría normativa de la causalidad. Es decir, hay que partir de la distinción entre causalidad e imputación objetiva⁸⁹.

⁸⁷ SPIER, pp. 90-91.

⁸⁸ CAVANILLAS MÚGICA, también citado por YZQUIERDO (93), p. 238, que asume la idea.

⁸⁹ Sobre la imputación objetiva, véase el estudio pionero de PANTALEÓN, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, donde se introduce esta visión en nuestro país. También hay que recordar que la más conocida fórmula de la *condicio sine qua non* debe ser en rigor sustituida por la de la «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica». Para esto, PANTALEÓN (91), p. 1982. Estas teorías sobre imputación objetiva han tenido buena acogida en nuestra doctrina. En este sentido, se puede ver a LACRUZ *et al.* (95), pp. 485-486; DÍEZ PICAZO (99), pp. 340 y ss.; SALVADOR CODERCH (99).

Entre las teorías normativas sobre la relación de causalidad, tiene especial peso la teoría de la *causalidad adecuada*. Consiste en preguntarse por la adecuación *ex ante* entre el comportamiento del demandado y el daño causado. Es una teoría que ha venido gozando de un prestigio y extensión considerable en la doctrina de nuestro país. Su prestigio derivaba, en algún momento, de que era la única alternativa al indeseable entendimiento de la teoría de la *condicio sine qua non* como si fuese un criterio de imputación⁹⁰.

Esta teoría de la causa adecuada se basa, en realidad, en un juicio sobre la previsibilidad del daño, ya que una acción sólo parece que pueda ser causa adecuada de un daño si ese daño era previsible⁹¹. Por esa importancia que juega la idea de la previsibilidad en la determinación de la causalidad conforme a esta teoría, es fácil concluir que tampoco es un buen instrumento para controlar la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. En efecto, como ya dicho visto, siempre es previsible que alguien confíe en propio perjuicio en la corrección de una información, por lo que será difícil negar la imputación objetiva del resultado a la acción. ¿Qué hay más adecuado para causar daños puramente económicos que un informe de auditoría incorrecto?

Además, el test de la previsibilidad que emplea la teoría de la causa adecuada también se presta fácilmente a la manipulación por el intérprete. Unas palabras de Díez-Picazo sirven para aclarar esta idea: «para establecer científicamente un juicio de probabilidad, hay que elaborar una descripción del primero de los eventos y poder así establecer su probable relación con el hecho dañoso. Es claro que esta descripción puede ser más o menos completa y es claro, asimismo, que modificando la descripción se modifica también la relación de frecuencia»⁹².

La poca conveniencia del empleo en nuestro campo de estudio de la teoría de la causalidad adecuada no tiene que ocultar que dicha teoría es sólo parte de las posibilidades que nos ofrece la imputación objetiva. En ésta también podemos encontrar el mucho más conveniente criterio de imputación del *fin de la norma violada*. Este criterio de imputación sí que puede ofrecer buenos resultados en nuestro campo de estudio. Veremos en otro momento en qué

⁹⁰ Entre los penalistas, lo explica bien MIR PUIG, *Derecho Penal: parte general*, 4.^a ed., Barcelona, 1996, p. 226. Para un rastro de ese prestigio a que se alude en el texto, véase, por ejemplo, YZQUIERDO (93), p. 237.

⁹¹ Por todos, DÍEZ PICAZO (99), p. 338. Esa idea, en los países de *Common Law*, en SALMOND y HEUSTON, p. 197, entre otros muchos.

⁹² Véase, DÍEZ PICAZO (99), p. 339.

consiste este criterio y las posibilidades y limitaciones que tiene su uso en el campo de los daños causados al usuario de informaciones incorrectas.

3. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROBLEMA

Hemos dicho que, en nuestro Derecho, el cauce del artículo 1902 está abierto para encauzar el tratamiento de los casos de responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de una información falsa. Hemos advertido del principal peligro que acecha en esta vía del artículo 1902, que no es otro que el de que la responsabilidad se nos escape de las manos. Vamos a ver ahora las características presentes en los casos que estudiamos que justifican que la respuesta que el ordenamiento les dé sea especial. Esas características que hacen a nuestro problema tan distinto a los casos de daños físicos que se suelen encuadrar en la responsabilidad extracontractual derivan, justamente, de que la acción que causa el daño es una información o un mensaje y, en segundo lugar, de que el daño causado es puramente económico. Veámoslo por separado.

3.1 La información es especial

3.1.1 Las dificultades para establecer qué responsabilidad debe desencadenarse por un daño causado a través de proporcionar a la víctima una información falsa se deben en parte a las extrañas cualidades de la información como producto. Esas cualidades especiales han sido apreciadas por distintos autores en épocas distintas.

Los autores anglosajones dicen que «las palabras vuelan», para describir el origen de esas dificultades para determinar el alcance correcto de una responsabilidad por informaciones negligentemente falsas⁹³. En efecto, la información puede pasar con poco coste y fácilmente de mano en mano, con lo que el número de posibles víctimas de una información errónea es potencialmente ilimitado⁹⁴. El juez Cardozo captaba el fenómeno hablando del «poder explosivo

⁹³ Se puede ver, PROSSER, pp. 239 y 252; PERLMAN, «Interference with Contract and Other Economic Expectancies: a Clash of Tort and Contact Doctrine», *The University of Chicago Law Review*, 1982, núm. 49, pp. 61-129, p. 74; CRAIG, p. 216; BAKER, p. 104; BRAZIER, p. 206; FLEMING (87), p. 158, entre otros muchos.

⁹⁴ Para el argumento de la responsabilidad potencialmente ilimitada, se puede ver, por ejemplo, FELDTHUSEN, p. 33, entre otras muchas, PROSSER y KEETON, p. 747. Desde otra perspectiva, RIZZO, «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», *Journal of Legal Studies*, junio 1982, vol. XI, pp. 281-310, p. 305, entre otras. En nuestra doctrina, PANTALEÓN (96), p. 128 (entre otras), FERRANDO VILLALBA, p. 200, núm. 137, se hacen eco de estas ideas.

de las palabras», mientras que Lord Pearce destacaba el hecho de que las palabras no se consumen por su uso, con lo que su capacidad de causar daño permanece inalterada aun después de haber sido usadas por multitud de perjudicados⁹⁵.

3.1.2 Las cualidades especiales de la información han sido también señaladas por el análisis económico del derecho, cuyas enseñanzas han sido recogidas por muchos autores en principio ajenos a dicho enfoque metodológico. Según esos estudios, existe una razón económica para que la responsabilidad por informaciones incorrectas sea más restringida, así como para que sí se acabe imponiendo cierto nivel de responsabilidad⁹⁶.

Desde el primer punto de vista, hay que partir de la observación de que los productores de información, en general, no son capaces de apropiarse de todos los beneficios que genera la información que ellos producen costosamente. Esta característica se debe a que la información, una vez producida y suministrada, puede pasar de un usuario a otro de forma fácil y poco costosa y sin que el productor de esa información gane una sola peseta en cada una de esas transacciones subsiguientes⁹⁷.

Para ilustrar esas especialidades de la información, baste pensar en la posibilidad de que alguien lea el periódico que un amigo le presta o, mejor aún, que lea el periódico que lleva el viajero de al lado en el autobús. El ejemplo más claro, ya en nuestro campo de estudio, es el de los múltiples usuarios de un informe de auditoría: el auditor da un informe y el que lo recibe lo puede exhibir ante otros, prestarlo, hacer fotocopias y distribuirlo entre sus amigos, etc.

Así las cosas, el productor de información se enfrenta a la totalidad de los costes de producción, pero, a diferencia de los productores de otros bienes, no va a beneficiarse de todas las potencialidades de su producto⁹⁸. Ante esta situación, se puede esperar que el productor de información produzca poco o nada de un producto por

⁹⁵ La observación de CARDOZO está en su célebre sentencia en *Ultramaras v. Touche*, (1931) 174 N.E. 441, y la de Lord PEARCE está en el no menos célebre caso *Hedley Byrne v. Heller*, (1964) A.C. 465.

⁹⁶ Son ideas de BISHOP (80), pp. 363 y ss. que han sido bien acogidas. Se puede ver a FELDTHUSEN, p. 34; SCHWARTZ, «The Economic Loss Doctrine in American Tort Law», en Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure economic Loss*, La Haya, Londres, Boston, 1996, pp. 103-130, p. 120, entre otros muchos, y al lado de algunas sentencias estadounidenses.

⁹⁷ En definitiva, se trata de que la información es lo que en economía se llama un *bien público*. En este tipo de bienes no hay rivalidad en el consumo y no hay posibilidad de exclusión para el que no paga por su uso. El ordenamiento, desde luego, reacciona para dar respuesta a ese dato; pensemos en la propiedad intelectual e industrial, por ejemplo.

⁹⁸ En nuestra doctrina, SALVADOR CODERCH *et al.* *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, p. 50, se hacen eco de la idea. Por otro lado, cfr. GOLDBERG, «Accountable Accountants: Is third-Party Liability necessary?», *Journal of Legal Studies*, junio 1988, vol. XVII, pp. 295-312, p. 299.

el que le resulta difícil obtener un beneficio⁹⁹. De ahí que haya que ser cauteloso al imponer responsabilidad sobre los productores de información.

En efecto, como imponer responsabilidad a esos productores de información supone incrementar sus costes de producción, el incentivo perverso se acentúa, con lo que la sociedad puede empezar a padecer escasez de informaciones que hasta el momento venían siendo útiles.

Esto, en nuestro campo de estudio, puede suceder de dos maneras distintas. En primer lugar, en los casos en los que el informante no está contractualmente obligado a informar y, por lo tanto, informa de manera gratuita, nos podemos encontrar con que esos sujetos reaccionen a un endurecimiento del régimen de su responsabilidad simplemente negándose a informar. En efecto, esos sujetos, que disponen de información útil para los demás, pueden dar gratis la información que poseen porque no incurren en una responsabilidad excesiva. Si se endurece la responsabilidad, desearán aumentar el nivel de cuidado empleado en elaborarla o transmitirla, pero no podrán hacerlo indefinidamente, dado que no reciben contraprestación por informar. De esta manera, un exceso de rigor en la responsabilidad por informaciones incorrectas puede llevar a producir falta de información en la sociedad.

De nuevo, encontramos un buen ejemplo de este fenómeno que describimos en el caso de los informes sobre solvencia que los bancos dan sobre sus propios clientes. Los bancos no se dedican profesionalmente a elaborar informes de ese tipo, pero lo cierto es que, en el transcurso de su actividad empresarial, hacen acopio de grandes cantidades de información, que son muy estimados por los operadores económicos¹⁰⁰. Si se endureciera el régimen de la responsabi-

⁹⁹ Explica GOLDBERG (88), p. 302, que, en el caso de los auditores que él estudia, hay que tener en cuenta que el productor de información recibe compensación por la información que produce a través del incremento del valor de su imagen de marca. El productor sabe que cuanto mayor sea la calidad de sus trabajos, más clientes querrán contratar con él para beneficiarse de su buena imagen de marca. Esto matiza el argumento de Bishop sobre que la inapropiabilidad de la información produce necesariamente una producción de la misma en cantidad inferior a la ideal. Sin embargo, tampoco parece que las ideas basadas en la propia imagen de marca sean decisivas. Como explica VON BAR (p. 102), si no hay posibilidad de accionar contra él, un mal profesional puede tranquilamente desprestigiar a la profesión entera.

¹⁰⁰ Para esta idea, por limitarnos a nuestra doctrina, FERNÁNDEZ COSTALES, p. 3236; GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, 2.^a ed. Madrid, 1975, p. 54. Cuando hablamos de información y de bancos, no hay que olvidar que el punto de partida es el secreto bancario, como nos recuerda nuestra doctrina (EMBID IRUJO, pp. 110 y 112; FERNÁNDEZ COSTALES, p. 3229; SÁNCHEZ MIGUEL, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, III, Madrid, 1994, p. 2441). Sobre la posición de los bancos desde este punto de

lidad aplicable a este servicio que los bancos suelen dar de manera gratuita, es previsible que los bancos restringieran aún más su disponibilidad para los operadores económicos.

En segundo lugar, si pensamos en los casos en los que sí existe un contrato en virtud del cual se presta la información, pero en el que el perjudicado no es parte, el efecto previsible de endurecer el régimen de responsabilidad será un aumento del precio de los servicios en cuestión. Ese encarecimiento del servicio de informar también acarrearía previsiblemente una disminución de la demanda de informaciones y, por tanto, una menor producción.

Acabamos de ver por qué es necesario ser cuidadoso a la hora de imponer responsabilidad sobre los autores de informaciones negligentemente incorrectas. Como habíamos advertido, esa observación debe ser complementada con otra, de signo diverso, que pasamos a exponer: consiste en el hecho de que también parece claro que la posibilidad de imponer responsabilidad sobre los que producen información negligentemente puede generar, aunque sólo sea como efecto reflejo, un mayor cuidado por su parte y, así, una información más precisa y con menos posibilidades de error¹⁰¹.

Es más, parece que es necesario que haya cierta dosis de seguridad en que la información ha sido correctamente elaborada para que la sociedad pueda beneficiarse de esas informaciones. En este sentido, se podría decir que basta con que una persona —que desempeñaría el papel de guardián de la calidad de la información— pueda exigir responsabilidad por incorrecciones de la información, para que el resto de la sociedad pueda confiar en que esa información ha sido cuidadosamente elaborada y la pueda usar con cierta tranquilidad.

No es fácil de determinar cuál de las dos tendencias —que se produzca un cambio en la cantidad de información o que se produzca un cambio en la calidad de la información que se produce— va a tener mayor incidencia en el mundo real si nos preguntamos por el resultado de una medida consistente en incrementar o limitar la responsabilidad de los productores de información¹⁰². Pero, en esa incertidumbre, se puede defender que lo más adecuado es una solución intermedia. No se tratará, pues, ni de afirmar la plena responsabilidad por negligencia de los productores de información frente a todas las víctimas previsibles, ni de negar toda responsabi-

vista de sus incentivos para informar, es particularmente interesante la exposición de BISHOP (80) pp. 374 y ss. Para Italia, por todos, MIRABILE, p. 403.

¹⁰¹ Completamente en contra, en posición aislada, GOLDBERG (88), p. 300.

¹⁰² En BISHOP (80), pp 368 y 369, se da una explicación más detallada de las predicciones alcanzables. Ideas distintas, pero aisladas, en GOLDBERG (88), p. 300.

lidad por informaciones negligentemente producidas o comunicadas.

La solución intermedia, que es la más adecuada, consiste en hacer responsable al productor de información sólo frente a un tipo de personas y sólo frente a un tipo de usos de esa información. Con esto tenemos parte del incentivo para que aumente la calidad de la información producida (existencia de responsabilidad) sin que ello suponga que se vaya a producir una cantidad de información mucho menor¹⁰³.

3.1.3 Es necesario que los que en nuestra sociedad procuran información o consejo conozcan con certeza los límites de su responsabilidad, ya que es fundamental que la producción y trasiego de información no esté refrenada por el temor a incurrir en responsabilidad. A este respecto, se puede mencionar la necesidad de respetar la libertad de información. Es claro que en el contexto muchas veces mercantil en el que nos movemos esta idea no tiene el mismo peso que en el campo de la actividad política, pero no deja de tener su importancia, puesto que la información es básica para el funcionamiento del mercado¹⁰⁴.

3.1.4 En los casos que estudiamos, tenemos que, por las características de la información como producto, prácticamente cualquiera puede usar la información que otro produce costosamente. Eso no debe llevarnos, sin embargo, a permitir ni a incentivar que unas partes se aprovechen de informaciones por las que no han pagado y luego traten de sujetar a responsabilidad a los que la produjeron costosamente. La información es un bien público, pero la responsabilidad es un bien perfectamente privado, que sólo debe reconocerse a favor de determinadas personas¹⁰⁵. Como dice Von Bar, los perjudicados por falsas informaciones en nuestra economía de mercado deben saber que, en principio, sólo es posible estar asegurado contra el riesgo de que una inversión sea ruinosa si, mediante un precio, se ha contratado en tal sentido¹⁰⁶.

¹⁰³ Sigue siendo la tesis de BISHOP (80) (p. 369). En esto de que se indemnice sólo parte del daño causado (el sufrido por ciertas personas en ciertas operaciones), este resultado viene a coincidir con el que este mismo autor propone para los casos de daño puramente económico en general; para eso, véase BISHOP, *Economic Loss in Tort*, 1981, vol. 2, pp. 1-29, pp. 4 y ss. También merece la pena destacar que estas ideas parecen ser una justificación en términos económicos de las soluciones alcanzadas con anterioridad por el *Common Law*.

¹⁰⁴ FELDTHUSEN, p. 34. También sobre libertad de información, PERLMAN, p. 74. Para ALPA (77), pp. 46-47, es destacable la política legislativa de incentivar el trasiego de informaciones económicas. En nuestro Derecho, PANTALEÓN (96), p. 125.

¹⁰⁵ El profesor Gómez-Pomar me destacó la importancia de esta idea.

¹⁰⁶ VON BAR, p. 102.

3.2 El daño es puramente económico

3.2.1 En nuestro campo de estudio, los daños que se producen son puramente económicos. Este dato es destacable porque hay que reconocer que el ordenamiento debe proteger y protege con mayor intensidad frente a los daños físicos que frente a los puramente económicos¹⁰⁷. En efecto, el daño físico (si nos centramos en el daño personal, la cosa es aún más clara) es absolutamente indeseable, mientras que el daño puramente económico es, por ejemplo, el objeto de la libre competencia¹⁰⁸. No hay duda, por formularlo de otra manera, que la integridad personal goza de una protección máxima en los ordenamientos actuales, mientras que los intereses inmateriales gozan de una protección menor¹⁰⁹.

Está clara la jerarquía entre los daños a la integridad personal y los daños puramente económicos. Desde este punto de vista, la pregunta difícil de contestar es la de por qué se debe dar mayor protección a las cosas materiales que a los bienes inmateriales. Las razones que se aducen por algunos autores son la tradición histórica y las ideas, que tiene más peso, de que los accidentes capaces de causar daños a cosas tangibles o materiales son capaces también de lesionar a las personas y de que, por otro lado, no plantean el problema de una responsabilidad ilimitada. En los sistemas de cláusula general de responsabilidad, no es tan frecuente plantear esa jerarquía de valores, en sede de responsabilidad extracontractual. La doctrina más reciente, sin embargo, sí empieza a aceptar ese planteamiento¹¹⁰.

3.2.2 Una de las características más señaladas de los daños puramente económicos es la de que son capaces de extenderse enormemente, por lo que su indemnizabilidad plantea el problema de cómo manejar una responsabilidad potencialmente ilimitada¹¹¹.

¹⁰⁷ Es destacable que no exista un delito de daños que no sean físicos, por ejemplo. Asimismo, también es un buen ejemplo que el artículo 838 del Código de Comercio ordene, para los casos de abordaje que, «cuando el valor del buque y sus pertenencias no alcancen a cubrir todas las responsabilidades, tendrá preferencia la indemnización debida por muerte o lesiones de las personas».

¹⁰⁸ Este ejemplo es muy utilizado. Se puede ver, por ejemplo, en FLEMING (87), p. 161.

¹⁰⁹ Esta idea es destacada con especial claridad por las doctrinas de los sistemas de *Common Law*. Se puede ver, entre otros muchos, en JAMES (72), p. 54, núm. 45, y FELDTHUSEN, p. 13.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, ALPA y BESSONE (90), pp. 56 y 59, o LAPOYADE DESCHAMPS, «La réparation du préjudice économique pur en droit français», en Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, La Haya, Londres, Boston, 1996, pp. 89-102, pp. 90 y 97.

¹¹¹ Esta idea frecuentemente se denomina en la doctrina el *floodgates argument* (*floodgates* significa compuertas). Se alude así a la idea de las oleadas de litigantes que se dirigirían a los tribunales a buscar remedio para sus daños en caso de que se reconociese la indemnizabilidad del daño económico; la locución es muy conocida en la doctrina comparatista, hasta el punto de que se usa el subtítulo «Keeping the Floodgates Shut» en un libro titulado *The Limits of Liability*. Véase Spier (ed.). Por otro lado, también se habla de la

Esta aptitud de extenderse enormemente se aprecia con claridad, por ejemplo, en los llamados casos de cables cortados. En estos casos típicamente se corta un cable de suministro eléctrico en el transcurso de unas excavaciones negligentemente desarrolladas; hasta aquí, lo que ha sucedido es un daño físico que no plantea problemas especiales (la compañía eléctrica propietaria de la conducción cortada será indemnizada por el daño al cable de su propiedad y por la corriente que no ha podido vender mientras se realizaba la necesaria reparación). Al lado de ese daño físico, también se pueden producir daños puramente económicos muy extendidos. Pensemos, por ejemplo, que la interrupción del suministro eléctrico afecta a todo un barrio de oficinas o a un polígono industrial que se queda sin corriente. Ahora estamos ante un gran número de daños puramente económicos en forma de ganancias dejadas de percibir por todos aquellos que han visto interrumpida su actividad productiva por el apagón.

También es muy ilustrativo de la forma de extenderse de los daños puramente económicos el complicado caso de una demanda por daños de ese tipo presentada por un grupo de vendedores de carne en un mercado de ganado contra un laboratorio por cuya negligencia se había escapado un virus que había provocado una epizootia que llevó a las autoridades sanitarias a cerrar ese mercado en el que los demandantes desarrollaban su negocio¹¹².

Esta mayor capacidad del daño puramente económico de extenderse hasta lugares muy lejanos es debida a que la causalidad juega de forma distinta a como juega en los accidentes más normales en los que se causa un daño físico. Perlman lo expresa con claridad en un párrafo muy citado: «En casos de daño físico a la persona o a una propiedad, la tarea de poner límites a la responsabilidad la cumplen, o al menos la facilitan, las mismas leyes físicas. La fuerza de la gravedad y el rozamiento hacen que las cosas acaben por detenerse, por lo que el daño que es capaz de generar un automóvil lanzado a toda velocidad o un puñetazo está limitado intrínsecamente [...]. Esas leyes de la física no proporcionan el mismo freno cuando de daños puramente económicos se trata. Las relaciones económicas están interrelacionadas tan íntimamente que la lesión de una de ellas puede tener consecuencias muy lejanas, más aún si tenemos en

«objeción pragmática», en una locución acuñada por JAMES, p. 48, que también ha tenido mucho éxito.

¹¹² El caso fue decidido en una conocida sentencia del Reino Unido. Se trata de *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute* (1966), 1 QB 569. No hace falta aclarar que los dueños del ganado afectado no sufren un daño puramente económico, sino un daño físico a un bien de su propiedad.

cuenta que el daño económico fluye de unas personas a otras sin necesidad de que intervengan fuerzas adicionales»¹¹³.

Sin embargo, esta característica aptitud de los daños puramente económicos de extenderse potencialmente sin límites no creo que sea especialmente interesante en nuestro campo de estudio. Hemos explicado que, como la información pasa de mano en mano fácilmente y no se consume por su uso, puede causar un daño muy extendido cuando es falsa. Es cierto que este peligro de que se produzcan daños muy extendidos y de que la responsabilidad resultante sea, por tanto, potencialmente ilimitada podría verse incrementando aún más por el hecho de que el daño causado sea de carácter puramente económico. Sin embargo, no creo que esta idea pueda ser de utilidad en nuestro campo de estudio.

En efecto, lo decisivo en nuestro caso, desde el punto de vista de la posibilidad de un daño muy extendido, son las características de la información como producto. No creo que se puedan determinar *ex ante* las diferencias, desde el punto de vista de lo potencialmente extendido que sea el daño, entre un informe de auditoría contenido en una carta que circula y un libro que informa que es comestible una seta muy venenosa¹¹⁴.

3.2.3 Como los casos de daño puramente económico son capaces de causar un daño muy extendido, los autores, especialmente los estadounidenses (recordemos que en EE. UU. existen las *class actions*) alertan insistentemente sobre la posibilidad de que abrir la mano y reconocer la indemnizabilidad del daño puramente económico produzca una oleada de litigantes y que eso suponga problemas para los causantes de daños de ese tipo, que se verían sometidos a una responsabilidad desproporcionada y, por imprevisible, difícilmente asegurable. Además, esa oleada de litigantes también causaría problemas al sistema de administración de justicia¹¹⁵. Estos argumentos se pueden repetir aquí, en cuanto las informaciones falsas tienen la misma capacidad de causar daños muy extendidos.

3.2.4 Un argumento muy utilizado para justificar en general la no indemnizabilidad del daño puramente económico es el de que es

¹¹³ PERLMAN, p. 72. Véase, por ejemplo, SCHWARTZ (96), p. 106, y ROBERTSON, p. 742. Véase la misma idea en JAMES (72), p. 50; PALMERI y BARNETT, p. 759; SMILLIE, «Negligence and Economic Loss», *University of Toronto Law Journal*, 1982, pp. 231-280, p. 231; RIZZO, p. 285; RABIN, p. 1532.

¹¹⁴ En Francia se planteó un caso de lesiones físicas a raíz de la publicación en aquel país de un libro sobre hierbas comestibles que llevaba a engaño entre dos plantas, la una comestible y la otra un tipo de cicuta. Lo comenta HUET (87).

¹¹⁵ Sobre este peligro del daño muy extendido (*widespread loss*) se podría citar a incontables autores de los sistemas de *Common Law*, dado que el argumento está muy extendido. Baste con recoger aquí a FELDTHUSEN, pp. 33 y 37.

necesario respetar la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, en el sentido de evitar que esta última deje sin sentido y acabe absorbiendo a la primera¹¹⁶. Es necesario evitar, pues, que una acción de responsabilidad extracontractual pueda destruir la asignación de riesgos pactada por las partes en el contrato.

No es necesario aclarar que semejante argumento sólo es de aplicación en los casos en los que existe un contrato en la escena. Más adelante se verá que este argumento no significa, en realidad, que nunca se deba imponer responsabilidad extracontractual, sino que sólo tiene el sentido de advertirnos que la responsabilidad que en su caso se impone debe respetar esa asignación de riesgos expresada en el contrato.

3.2.5 También hay que tener en cuenta, en último lugar, que nuestro campo de estudio es propicio a la aparición de demandas con poco o ningún fundamento y que esas demandas son difíciles de distinguir de las que tienen un fundamento mayor¹¹⁷. Hay que tratar de evitar que el que ha sufrido un daño puramente económico por sus propias decisiones pueda (a posteriori) achacar ese daño a un consejo o información defectuosos.

4. IDEAS PARA UNA SOLUCIÓN

Hasta aquí, hemos visto que está abierta la vía que ofrece el artículo 1902 para encauzar el tratamiento de la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, pero que esa vía puede resultar problemática. También hemos visto las especiales características que tienen los casos que estudiamos y hemos comprobado la necesidad de instrumentos específicos que perfeccionen el tratamiento de los problemas que estudiamos en nuestro ordenamiento, dado que el criterio de la previsibilidad del daño no funciona bien en este sector.

De entre los instrumentos que se nos ofrecen para limitar la responsabilidad en el sector que estudiamos, vamos a ver por qué el mejor y más efectivo es la exigencia de que el informante esté bajo un deber de cuidado (*duty to take care*) que ampare al informado. El empleo de este concepto, que por cierto no soy el primero en proponer que se reconozca en nuestro Derecho, permite retocar el elemento que hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable¹¹⁸. En ese sentido, estará jugando en el mismo terreno que el

¹¹⁶ SCHWARTZ (96); GOBLE, pp. 229-230 y 267; FLEMING (91), p. 27.

¹¹⁷ FLEMING (53), p. 477; MARSHALL, p. 750.

¹¹⁸ PUIG BRUTAU, p. 89, enumera el concepto, al enumerar los requisitos de la responsabilidad civil. Por su parte, PANTALEÓN (96), pp. 115-118, propone su manejo.

—en nuestro Derecho— pretendido requisito de la antijuridicidad en sentido propio y, por tanto, en competencia con él.

En este epígrafe, voy a presentar el *duty to take care* y voy a explicar por qué no propongo emplear el requisito de la antijuridicidad del daño. Queda para más tarde el examen de otra vía posible de solución: la de dejar las cosas como están en lo relativo al denominado *momento de la antijuridicidad* (es decir, admitir como indemnizable todo el daño previsible) y emplear luego el criterio de imputación objetiva del fin de la norma violada para mantener la responsabilidad dentro de unos límites estrictos. Asimismo, queda para más tarde la crítica de la idea propuesta en las doctrinas francesa e italiana de exigir culpa grave para reconocer la indemnizabilidad de los daños causados al usuario de informaciones falsas.

En nuestro campo de estudio, por el hecho de que la información pasa fácilmente de mano en mano y no se consume por su uso, es patente la insuficiencia de la culpa como criterio de indemnizabilidad de cualquier tipo de daño. Ante esto, se propondrá, primero, insistir en que es necesario desdoblar el contenido de la idea de culpa en las dos vertientes que indudablemente tiene y que nuestra doctrina, habituada al manejo de la idea de ilicitud de la *conducta*, no puede tener problemas en percibir: la idea de existencia previa de un deber de conducta y el juicio de negligencia consistente en la violación de ese deber. En segundo lugar, se destacará la posibilidad y conveniencia de definir el deber de cuidado implícito en la idea de culpa en términos relativos.

De lo que se trata, en definitiva, es de reconocer las dos funciones que ese requisito de la culpa tiene encomendadas en los sistemas que, como el nuestro, son de cláusula general similar a la francesa. Dadas las características descritas del grupo de casos que estudiamos, no podemos permitirnos renunciar a ningún instrumento técnico útil. Como dice Monateri en relación al sistema francés, se trata de poner palabras a una necesidad que, los juristas franceses han sentido pero no han sabido verbalizar¹¹⁹. Es decir, poner palabras al hecho de que la culpa está llamada a responder a las preguntas que en la RFA o en el *Common Law* responden dos elementos distintos (los binomios antijuridicidad-culpabilidad y *duty of care-breach of the duty*, respectivamente).

4.1 ¿Se exige en nuestro sistema la antijuridicidad del daño?

Parece excesivo admitir en nuestro país el requisito de que el daño sea injusto para corregir esa insuficiencia de la culpa, dadas

¹¹⁹ MONATERI (98), p. 55.

las rigideces que surgirían en ese camino y dada la ausencia de base legal para esa exigencia. Sin embargo, Busto Lago ha tratado de encontrar base legal para esa exigencia en el artículo 1089 del Código Civil. Sus intentos no parecen muy convincentes.

No es convincente el argumento literal de que, en contra de la apariencia, el legislador no emplea la conjunción «o» en sentido disyuntivo, sino que lo hace para aclarar el sentido de la locución «actos y omisiones ilícitos» en ese precepto. El argumento criticado hace que estos «actos y omisiones ilícitos» se identifiquen con aquellos actos en que «intervenga cualquier género de culpa o negligencia», de manera que la idea de ilicitud alcanza a la responsabilidad extracontractual. Creo que es improbable que eso sea así, dado el carácter paralítico que tendría la frase leída de esa manera, dado que los artículos 1090, 1091, 1092 y 1093 desarrollan respectivamente como algo distinto cada uno de las cuatro fuentes de las obligaciones que enumera ese artículo 1089 y dado el silencio del legislador de tan importante (como pretendido) requisito en el artículo 1902.

Además, los argumentos históricos que utiliza este autor creo que resultan muy limitados si tenemos en cuenta que, en los antecedentes del siglo XIX que rastrea, Busto sólo encuentra la tacha de ilicitud en relación a las acciones (no al daño), lo que está en la lógica del modelo codificado en el *Code de 1804*, en el que la acción culpable (dolosa o negligente) es entendida como acción ilícita por violar un modelo de conducta, cosa que no tiene por qué entenderse como lesión de un interés de determinado tipo¹²⁰.

Además de carecer en nuestro Derecho de base legal, la respuesta a la insuficiencia de la culpa de la que hemos hablado no tiene por qué consistir en la exigencia de que el daño sea injusto. Por el contrario, siempre podemos contar con la idea implícita de deber de cuidado que, de forma perfectamente coherente con la lógica interna de nuestro sistema, puede desempeñar igual o mejor el mismo cometido para el que se ha intentado introducir en nuestro sistema ese requisito de la antijuridicidad.

4.2 El deber de cuidado en el *Common Law*

En los sistemas de *Common Law* existe un cuarto elemento entre los requisitos necesarios para que se imponga responsabilidad extracontractual en el *tort* de negligencia. Junto a la acción dañosa,

¹²⁰ Sobre todo esto, BUSTO LAGO, pp. 180-187. También utiliza la idea de daño injusto en un sentido similar, DÍEZ PICAZO (99), pp. 94 y ss.

la negligencia y la relación de causalidad, aparece el *duty to take care*. Este deber de cuidado es el elemento central del *Tort* de *Negligence*, básico para entender su funcionamiento y sus confines y se antepone a todos los demás. Es cierto que, en la generalidad de los casos discutidos ante los tribunales, apenas se discute acerca de este elemento y sí sobre cuestiones de causalidad o negligencia, pero también es cierto que las discusiones sobre el deber de cuidado son centrales en algunos casos más difíciles y no tan comunes, como pueden ser los de daño puramente económico¹²¹.

4.2.1 El deber de cuidado se define como la obligación reconocida por el ordenamiento de comportarse con arreglo a determinado patrón de conducta, en concreto, de comportarse como un honrado padre de familia (*reasonable person*)¹²². Para que exista responsabilidad, se exige, pues, que el demandado estuviese bajo el deber de ser diligente respecto del demandante, que el primero haya sido negligente al incumplir el patrón de conducta del hombre razonable (que viene a ser lo mismo que violar el deber de diligencia bajo el que estaba) y que esa acción suya haya causado el daño.

Al introducir el deber de cuidado, se reconoce que sólo tiene sentido hablar de comportamiento negligente en relación a determinadas personas y por determinados daños¹²³. La negligencia es una cuestión de riesgos, es decir, de peligro de daño reconocible, dice Fleming, y eso plantea inmediatamente la pregunta de peligro ¿de qué? y ¿para quién?¹²⁴ De esta manera, la pregunta de si existe deber de cuidado se desdobra en dos preguntas distintas. En efecto, lo que se responde con el elemento del *duty* es si el caso pertenece al conjunto de casos en los que se puede aplicar la responsabilidad por negligencia y, en segundo lugar, si el demandante era acreedor del deber de cuidado establecido en primer término¹²⁵. Se pone de esta manera un filtro previo al funcionamiento de la responsabilidad por negligencia, puesto que sólo se pasa a ver si el demandado fue negligente y si el daño está causalmente unido a su acción si, primero, hemos establecido que ese demandado estaba bajo el deber de comportarse de determinada manera hacia el demandante.

¹²¹ FLEMING (53), p. 485; ROGERS, p. 40; BAKER, p. 102.

¹²² PROSSER y KEETON (84), p. 356; FLEMING (87) p 125; SALMOND y HEUSTON, p. 197.

¹²³ LIMPENS, «La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé», *Mélanges offerts à René Savatier*, París: Dalloz, 1965, pp. 559-581, p. 569; SALMOND y HEUSTON, p. 198; HERBOTS, pp. 7 y 22-23; GREGOIRE, p. 63.

¹²⁴ FLEMING (87), p. 94.

¹²⁵ WINFIELD y JOLOWICZ, p. 73; ROGERS, p. 40; BAKER, p. 103. Las dos perspectivas pueden llegar a solaparse en determinados casos, como explica LIMPENS (63), p. 579. En ocasiones, se denomina *notional duty* a las cuestiones relativas a la primera de las preguntas aludidas en el texto y *duty on the facts* a las relativas a la segunda.

La función primordial del deber de cuidado es, en efecto, la de definir y delimitar el campo en el que es aplicable el *Tort de Negligence*¹²⁶. Esto es fundamental porque, como dice Fleming, a diferencia de los otros *torts* nominados (*battery*, *assault*, *defamation...*), el *tort de negligence* no da una idea de a qué tipo de daños es aplicable. Así como la sola enunciación del nombre de la *difamación (defamation)* nos indica qué tipo de bien jurídico se está atacando, en el *tort de negligence* falta toda alusión a los intereses lesionados, creándose así la apariencia de que cualquier daño es accionable con tal de que la conducta que lo causó sea de determinada manera, es decir, sea negligente¹²⁷. En realidad, las cosas son justamente al revés, puesto que, si empleamos la noción de deber de cuidado, se llega a la idea de que ese modelo de conducta sólo puede ser definido atendiendo a la persona sobre la que pesa, la manera de su cumplimiento, la persona a la que se le debe y la naturaleza del interés protegido¹²⁸.

4.2.2 Este elemento del *duty to take care* que estudiamos es de aparición relativamente reciente. Se introdujo a mediados del siglo XIX y, desde entonces, los trabajos de la doctrina y jurisprudencia han consistido en tratar de encontrar la fórmula que permita establecer con un cierto nivel de seguridad cuándo existe ese deber de comportarse de forma cuidadosa y cuándo no.

Sobre el origen histórico de la noción de *duty*, es destacable que el primer papel que desempeñaba era negar que el incumplimiento de un contrato constituyese negligencia respecto a un tercero que no fuese parte en ese contrato. Se pensaba que el demandado no tenía deber de cuidado respecto del tercero. Se aprecia ahí la íntima vinculación, desde sus orígenes, entre el *duty* y la idea de la relatividad de la protección¹²⁹. Para ver esta idea en funcionamiento, se puede recordar el célebre caso *Winterbottom v. Wright*¹³⁰. En ese caso, el demandante era un cochero empleado por una compañía de diligencias que resultó herido en un accidente causado por el mal estado del carro que conducía. El demandado no era el empleador del cochero herido, sino que era la compañía que estaba contractualmente obligada a mantener los carros en buen estado de uso. El caso fue decidido en el sentido de negar que la compañía obligada a realizar las labores de mantenimiento del vehículo tuviera ningún deber (contractual) de cuidado respecto del herido. La

¹²⁶ HERBOTS, p. 25; GREGOIRE, p. 60. La aportación fundamental desde este punto de vista funcional es la de FLEMING (53).

¹²⁷ FLEMING (87), pp. 95 y 125.

¹²⁸ SALMOND y HEUSTON, p. 198.

¹²⁹ Esta idea es destacada por LIMPENS (65), p. 569.

¹³⁰ 1842, 10 M & W. 109, 152 Eng. Rep. 402.

regla se extendió al campo de la responsabilidad extracontractual e, incluso, se llegó a entender, en un significado que más tarde fue superado (y que se llegó a conocer como *privity fallacy*), que el que actuaba en cumplimiento de un contrato no estaba bajo un deber extracontractual de cuidado respecto a terceros¹³¹.

También desde el punto de vista histórico, esclarecedor recordar que la responsabilidad por actos negligentes se originó en el mundo anglosajón poco a poco, y a partir de algunos casos aislados en los que se hacía responder por su comportamiento negligente a los que se presentaban ante el público como poseedores de una habilidad especial (*common callings*) y que sólo más tarde se alcanzó una generalización de la responsabilidad por negligencia que causa daños físicos¹³². Es importante retener que la generalización de la responsabilidad por negligencia en el mundo anglosajón sólo alcanza a esos casos de daño físico (y no a todo tipo de daño, como ocurre en los Derechos de inspiración francesa), pero que esa generalización sí tiene sentido y es novedad respecto al punto de partida del *Common Law*, punto de partida que estaba constituido por ese conjunto de casos aislados de responsabilidad por negligencia¹³³.

4.2.3 En el *Common Law*, el funcionamiento del deber de cuidado permite, por un lado, la selección de determinadas personas frente a las que el demandado estaba obligado a ser diligente. Por otro lado, permite la selección y gradación de los intereses que la ley protege a través de la responsabilidad por negligencia.

El mejor ejemplo de la primera función del deber de cuidado –la de seleccionar personas frente a las que el demandado debió ser diligente– lo encontramos en el muy conocido caso *Palsgraf v. Long Island R. R.*¹³⁴. En este caso, unos trabajadores de la compañía de ferrocarriles demandada estaban ayudando a un viajero a subir a un tren que estaba ya en movimiento y al que el viajero en cuestión llegaba por los pelos. En la operación, los trabajadores hicieron que cayera un paquete en el que el pasajero llevaba petardos y fuegos de artificio que explotaron al caer al suelo, bajo las ruedas del tren en movimiento. La explosión hizo que una balanza, que estaba bastante lejos de donde sucedían estos hechos, se moviese e hiriese y asustase a la demandante. El

¹³¹ PROSSER y KEETON, pp. 667-668; FLEMING (87), pp. 465-466, y SALMOND y HEUSTON, pp. 10-11.

¹³² Sobre esto, por todos, GREGOIRE, p. 60.

¹³³ Sobre esto, se puede ver la polémica que recoge GALLO en pp. 55 y ss., si bien hay que señalar que este autor no es muy certero en sus conclusiones.

¹³⁴ (1928) 162 N.E. 99.

juez Cardozo estableció que los trabajadores habían sido negligentes respecto del pasajero –al menos por el daño al paquete que éste portaba–, pero que la demandante estaba fuera del alcance previsible del peligro creado por los trabajadores de la compañía demandada, por lo que no era acreedora del deber de cuidado bajo el que actuaban los ferroviarios. «El riesgo que se debió razonablemente percibir define el deber que ha de ser obedecido», dijo el famoso juez, en una frase citada una y otra vez. El hecho de que el comportamiento de una persona sea negligente respecto de otra (los ferroviarios frente al viajero) no permite a una tercera persona (Ms. Palsgraf) colocar su demanda al amparo de esa negligencia, sino que cada demandante debe establecer la existencia de un deber de cuidado respecto de sí mismo.

El deber de cuidado permite, de esta manera, sacar de la escena a lo que se denomina el *perjudicado imprevisible*, creando una serie de relaciones en las que se encuentran las personas que justifican la imposición de deberes de cuidado a una parte de la relación, en beneficio de la otra¹³⁵. La tarea que cumple esta dimensión del deber de cuidado la puede desempeñar en nuestro Derecho la relación de causalidad, sin demasiados problemas¹³⁶.

Es destacable que esta función del *duty* se vio en su momento impulsada por el hecho de que el test que se empleaba para juzgar la suficiencia del nexo causal era el de que el daño fuese directo. Esto llevaba a una extensión excesiva de la responsabilidad que se trató de corregir por la manera de emplear el *duty* que estamos comentando¹³⁷.

Al lado de esta capacidad del deber de cuidado de seleccionar a determinados tipos de demandantes como candidatos a la indemnización, el *duty* también es capaz de seleccionar algunos intereses frente a otros. De esta manera, el deber de cuidado va definiendo, según su importancia, la mayor o menor protección que merecen esos intereses que selecciona según las cuestiones de política jurídica que planteen.

De esta manera, se puede decir que el deber de cuidado es definido en términos muy amplios (se utiliza la fórmula de la simple

¹³⁵ También se cita mucho para recoger la idea de que el *duty* selecciona a determinados demandantes, una frase de Lord Esher de que alguien que conduce solo en una explanada puede ser tan negligente como le plazca. También es muy conocida la brillante afirmación de este juez de que un hombre puede ser tan negligente como desee ante el mundo entero en tanto no esté sujeto a un deber de cuidado. Ambas frases son de *Le Lievre v. Gould* (1983) 1 Q.B. 491.

¹³⁶ Así los señala también GREGOIRE, p. 77, para el Derecho francés. En nuestra doctrina, DE ÁNGEL (93), p. 755, e YZQUIERDO (93), p. 235, recogen el caso *Palsgraf* para hablar de causalidad. Quizá con mayor precisión conceptual, DÍEZ PICAZO (99) lo utiliza para explicar cuestiones relativas a culpabilidad.

¹³⁷ Para esto, ROGERS, p. 56.

previsibilidad del daño) para los casos de acción que causa daños físicos a la persona o a los bienes materiales del demandado, mientras que es más restringido respecto de las omisiones, donde es necesario encontrar alguna manera de seleccionar las conductas omisivas que deben dar lugar a responsabilidad frente a las que no. De la misma manera, se puede decir que el deber de cuidado se define de manera más restringida en casos de daño nervioso y de daño puramente económico. En todos estos casos en los que se postula la existencia de un *duty* de alcance más limitado, lo que se hace es considerar la previsibilidad del daño como una condición necesaria pero no suficiente para imponer dicho deber de cuidado. La justificación de todo esto está en que hay razones que aconsejan no indemnizar en estas áreas todo el daño previsible causado por la acción.

Siempre es previsible, por ejemplo, que alguien sufra un *shock* nervioso cuando ve un accidente. La cuestión, que lo es de política jurídica, es si la sociedad está dispuesta a reconocer una acción a todo aquel que pueda alegar un daño psicológico sin haber sufrido de forma simultánea un daño objetivamente apreciable¹³⁸.

Podemos recoger un ejemplo de daño puramente económico para ver cómo funciona el deber de cuidado como instrumento de seleccionar los tipos de daño que deben dar lugar a responsabilidad. Para ello emplearemos un ejemplo de cable cortado similar al que ya hemos empleado con anterioridad. Supongamos que un constructor, en el transcurso de unas excavaciones, corta accidentalmente un cable que proporcionaba electricidad a una fábrica de la vecindad y que el cable pertenece a la red general de suministro correspondiente (es decir, que no es propiedad de la fábrica)¹³⁹. El dueño de la fábrica, a raíz del súbito corte en el suministro, no puede tener sus instalaciones en marcha, con lo que sufre el daño consistente en la ganancia dejada de percibir durante el tiempo que dura el apagón. Estos hechos son, para lo que ahora nos importa, los que sucedieron en *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*¹⁴⁰. El tribunal de este caso absolió al contratista responsable de las excavaciones por lo que respecta al lucro cesante experimentado por el demandante hasta que fue restablecido el suministro de electricidad. En estas circunstancias, el demandante

¹³⁸ Véase, entre otros, a LAWSON y MARKESINIS (82), p. 96.

¹³⁹ Cuando la compañía propietaria del cable cortado exige una indemnización al responsable de las excavaciones, está pidiendo responsabilidad por daños físicos y por el lucro cesante vinculado a esos daños físicos. Estos últimos derivarían de la energía que no pudo vender debido al corte del cable y, en su caso, la responsabilidad –contractual– en que haya incurrido frente al cliente que no pudo consumir esa energía.

¹⁴⁰ (1973) Q.B. 27. La práctica totalidad de los manuales del ámbito de la *Commonwealth* recogen este caso. Se puede ver, por ejemplo, en WINFIELD y JOLOWICZ, p. 85.

dado estaba bajo el deber de cuidado de no causar negligentemente daños a la propiedad del demandante, pero no tenía deber de cuidado por lo que respecta a las ganancias dejadas de percibir a causa del apagón en desconexión con cualquier forma de daño físico.

4.2.4 El deber de cuidado también ha recibido críticas. La primera, la de que es un elemento tautológico y que repite innecesariamente el juicio de negligencia¹⁴¹. De hecho, como acabamos de ver, para decidir si el demandado estaba bajo el deber de ser diligente en casos de daño físico, se suele emplear un test basado en la previsibilidad del daño. Ese test es el mismo criterio que se emplea para decidir si su comportamiento fue o no negligente. En efecto, si decimos que el demandado estaba bajo un deber de cuidado porque el demandante estaba dentro de la esfera en que previsiblemente se podría causar un daño, parece que nada queda por añadir cuando nos preguntemos si su comportamiento fue conforme a lo que hubiera hecho en esas circunstancias un honrado padre de familia.

Siendo esto así, y produciendo bastantes equívocos en la jurisprudencia, lo cierto es que el deber de cuidado es útil en otros casos en la medida en que nos permite establecer una lista de relaciones entre las partes en las que se puede afirmar la existencia de ese deber de ser diligente. De esta manera, los autores aconsejan que se reserve la pregunta por el *duty* para indagar sobre la relación que *ex ante* vincula a las partes y que justifica la imposición de un deber de cuidado y que se deje para el juicio de negligencia la pregunta de si el demandado hizo lo necesario para cumplir el deber que se le impuso en primer lugar¹⁴².

Explica Baker que cuando el test para establecer la existencia era la simple previsibilidad del daño, el hecho de poder afirmar la existencia de un *duty on the facts* en una nueva situación fáctica implicaba de por sí la existencia de un *notional duty*. Sin embargo, a medida que el test para el establecimiento del *notional duty* se ha ido complicando (al exigir más que la simple previsibilidad del daño), las cosas ya no funcionan así y la idea de *duty on the facts* es previsible que desaparezca, embebida en el juicio de negligencia (*breach of duty*)¹⁴³.

También se ha señalado la dificultad de distinguir entre el deber de cuidado y la cuestión de la imputación objetiva del daño en tér-

¹⁴¹ Esa crítica está muy bien expuesta en FLEMING (53), pp. 487-488. Se hacen eco LAWSON y MARKESINIS, p. 94, donde también colocan más citas. También ROGERS, p. 56; GALLO, p. 32, y, en nuestra doctrina, PANTALEÓN (96), p. 117.

¹⁴² FLEMING (87), pp. 96-97; SALMOND y HEUSTON, pp. 196-197.

¹⁴³ BAKER, p. 103.

minos de relación de causalidad. Ambos elementos, *duty to take care* y *remoteness of damage* (o *proximate cause*) en la expresión anglosajona, sirven a la fundamental cuestión de delimitar la responsabilidad del demandado en casos de daños negligentemente causados y no es fácil distinguir entre ellos. La forma de hacerlo que Fleming recoge, más como tendencia general que como frontera tajante, es la de atender a si la negativa a imponer responsabilidad está justificada por sólidas y estables razones de política jurídica o si no se quiere imponer responsabilidad por motivos más casuísticos, por las concretas circunstancias del caso¹⁴⁴.

4.3 El deber de cuidado en nuestro sistema de responsabilidad extracontractual

En el artículo 1902 de nuestro Código Civil, sólo tenemos base legal para afirmar la existencia del daño, de la culpa y de la relación de causalidad como requisitos para imponer (y controlar) la necesaria responsabilidad extracontractual en nuestro sistema.

La idea de culpa puede ser entendida, de manera reduccionista, como sinónimo de juicio de negligencia, es decir, como alusión a la conducta que se aparta de lo que, en las circunstancias del caso, hubiera hecho lo que nuestro Código denomina un honrado padre de familia. Si, en un sistema de cláusula general como el nuestro, empleamos así la idea de culpa, estaremos dando por sentado que todo el daño previsible causado por el demandado será en principio indemnizable y, por otro lado, estaremos dificultando la posibilidad de entender la idea de deber de cuidado como algo distinto al juicio de negligencia.

La idea de culpa puede ser mejor entendida si la explicamos aludiendo a un deber preexistente que es vulnerado por la conducta del demandado. Esta idea es fácil de entender en nuestro sistema porque una parte relevante de la doctrina española es clara en afirmar la existencia de un principio de *neminem laedere*¹⁴⁵. Ahí tenemos ya expresamente reconocidos los dos elementos que estábamos buscando: el deber de cuidado y, en el juicio de negligencia, la violación de ese deber. La cuestión de con qué alcance definir ese deber de cuidado será objeto de un epígrafe aparte.

¹⁴⁴ FLEMING (87), p. 126. Sobre este punto, también LAWSON y MARKESINIS (82), pp. 96-97. También GALLO, pp. 213-214; MONATERI (98), p. 64, y SPIER (98), pp. 90-91. Según LIMPENS (63), p. 578, hay casos –especialmente los que hemos denominado de *demandante imprevisible*– que se solucionan perfectamente bien por medio de la causalidad, de forma que preguntarse primero por el deber de cuidado no es más que un rodeo inútil.

¹⁴⁵ Por todos, DE ÁNGEL (93), pp. 258 y ss. y 285 y ss.

A pesar de que entendamos la culpa en el primero de los sentidos indicados, no por ello podremos negar la existencia del deber de cuidado como instrumento conceptual independiente. El hecho de que la culpa entendida como violación del modelo de conducta del honrado padre de familia funcione con toda normalidad en el grupo de casos en los que se causa un daño físico en nada obsta a lo dicho. En realidad, esa normalidad es posible porque, en ese grupo de casos, coincide el contenido del deber de cuidado con el contenido del juicio de negligencia. En los dos casos, nos estamos preguntando por la previsibilidad del daño físico causado y, por ello, tanto nos da decir que el demandado no estaba bajo un deber de cuidado hacia el demandante porque el daño físico (o el mismo perjudicado) era imprevisible, que formularlo diciendo que el demandado no fue negligente porque tampoco un honrado padre de familia hubiera podido prever el daño físico que finalmente ocurrió. Por esa coincidencia en los contenidos, puede funcionar bien un instrumento –la culpa– que estamos diciendo que está cojo si lo entendemos reducido a una violación de la conducta que hubiera seguido en el caso un honrado padre de familia.

En efecto, el hecho de que la culpa como estándar de conducta pueda funcionar sola en los casos normales de daños físicos no debe llevarnos a engaño sobre el contenido excesivo que estamos dando a esa idea de culpa. Como ya hemos visto, le estamos pidiendo que juegue el papel que en el resto de los ordenamientos se desdobra en dos requisitos distintos (antijuridicidad y negligencia) y lo que ocurre es que el contenido de esos dos requisitos distintos coincide (los dos contenidos se enuncian con la idea de previsibilidad del daño) en el campo de los accidentes que causan daños físicos.

Por el contrario, el contenido de esos elementos –deber de cuidado y juicio de negligencia– debe ser distinto en los casos de daño puramente económico causado al usuario de informaciones incorrectas (en los que, como hemos dicho, la previsibilidad no basta para seleccionar los daños indemnizables) y eso hace que ya no coincida el contenido de cada uno de los conceptos. Cuando esos conceptos ya no se superponen, es más fácil darse cuenta de que son dos y no uno sólo. Ocurre igual en los eclipses: sólo cuando los dos astros no están en línea con el observador, éste puede a simple vista decir que hay dos objetos celestes y no uno sólo.

4.4 El deber de cuidado en nuestro campo de estudio

Empleando ya la idea de deber de cuidado, la situación de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se podría resumir

como sigue: en nuestro sistema, aparentemente, todos estamos bajo el deber de cuidado de evitar a todo el mundo que se le causen daños previsibles. La afirmación de la existencia de un deber general de cuidado a cargo de cada uno de los sujetos de derecho y definido con una fórmula basada en la previsibilidad del daño es, en efecto, lo que subyace, por un lado, en la identificación reduccionista de la idea de culpa con el juicio de negligencia basado en la previsibilidad del daño y, por otro lado, en las ideas de la parte de nuestra doctrina que habla de la ilicitud de la conducta (*neminem laedere*) como requisito autónomo¹⁴⁶.

Ante esto, que sabemos que es impracticable en nuestro campo de estudio, ¿qué podemos aprovechar de este concepto de deber de cuidado que, dentro de la tradición de inspiración francesa, recogemos de la experiencia anglosajona y al que proponemos que le sea dada carta de naturaleza en nuestro Derecho?

4.5.1 Lo principal y más importante que podemos sacar en claro del recorrido que hemos realizado por la idea de deber de cuidado en un epígrafe anterior es la idea de relatividad de la protección y la idea de que detrás de la definición y alcance que demos en cada caso del deber de cuidado hay juicios de política jurídica¹⁴⁷. Veámoslo con más detenimiento.

Una vez que hemos señalado la existencia del deber de cuidado como elemento que el juicio de negligencia lógicamente presupone, lo podemos emplear para nuestros fines. La cuestión que, entonces, salta a la palestra es la de si hay alguna razón por la cual el deber de cuidado tenga que ser definido siempre en términos generales, como hasta ahora se ha venido haciendo tanto en nuestro sistema como en el sistema francés. Y la respuesta es claramente negativa. Cualquier jurista no francés que se asoma al sistema de responsabilidad extracontractual basado en una cláusula general similar a la del *Code* se queda muy sorprendido ante la apariencia de que se pretenda indemnizar todo el daño causado negligentemente¹⁴⁸. Que el legislador aspire a indemnizar cualquier daño previsible es impracticable y, lo que es peor aún, inverosímil¹⁴⁹.

En realidad, detrás de la definición de las condiciones de existencia y del alcance del deber de cuidado, lo que hay es una deci-

¹⁴⁶ Así lo reconocen, sin ningún tono crítico, PUIG BRUTAU, p. 89, o ESPÍN CÁNOVAS, p. 469, entre otros muchos. Que eso es lo natural en un sistema basado en una cláusula general de responsabilidad se ve claro en PLANIOL y RIPERT, núm. 477, p. 660, o también en SAVATIER núm. 6, p. 8.

¹⁴⁷ Entre los comparatistas, BANAKAS (99-2.º), p. 263, también destaca el dato de la relatividad de la protección como el más significativo.

¹⁴⁸ Por todos, BANAKAS (99-2.º), p. 262.

¹⁴⁹ Esto está bien explicado en PANTALEÓN (96), p. 115.

sión de política legislativa. Podemos admitir que el legislador, en el campo de los daños físicos, desee una protección máxima de los intereses lesionados. De ahí que, fijándose en la previsibilidad del daño, sea generoso en el primer filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y se contente con controlar el flujo de responsabilidad que se puede desencadenar a través del requisito de la relación de causalidad entendida con arreglo a alguna teoría normativa (imputación objetiva). En cambio, es claro que, tanto por la mayor importancia relativa de los intereses lesionados en caso de daño físico, de un lado, como por el hecho de que la información pasa fácilmente de mano en mano y no se consume por su uso, por otro lado, hay sólidas razones de política legislativa que llevan a que la responsabilidad extracontractual deba ser más restringida en nuestro campo de estudio que en el campo de los accidentes que causan daños físicos.

Cuando afirmamos la posibilidad de basar el juicio de negligencia en la infracción de un deber de cuidado que no es general ni está exclusivamente definido por la previsibilidad del daño, es cuando tenemos el instrumento ideal para imponer de forma controlada responsabilidad en nuestro campo de estudio. Esto se debe a que superamos la objeción de insuficiencia que tantas veces hemos puesto a la idea de culpa entendida bien como violación de la conducta del honrado padre de familia, o bien como basada en el deber general de no causar daño a los demás. En efecto, de esta manera superamos, por un lado, la idea de que nuestro sistema tenga que indemnizar cualquier tipo de daño previsible y, por otro lado, la idea de que éste sea el único posible contenido del juicio de negligencia. A partir de ahora, podremos decir, cuando sea conveniente desde un punto de vista de política jurídica, que la previsibilidad del daño es un elemento necesario pero no suficiente para definir el deber de cuidado en algunos grupos de casos.

4.5.2 Ese desdoblamiento de la idea de culpa en el deber de cuidado y en la infracción de dicho deber de cuidado a que nos estamos refiriendo permite retocar el filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y hacerlo sin recurrir a la idea de la antijuridicidad del daño, que es ajena a la lógica de nuestro sistema. A través del desdoblamiento que proponemos, operamos, pues, en lo que quizá de forma ambigua o reduccionista se ha llamado *memento de la antijuridicidad*, pero sin necesidad de que tengamos que renunciar –lo que, sin el auxilio del legislador, parece imposible para el intérprete– a lo que es más básico del funcionamiento de nuestro sistema.

Decimos que estamos retocando el elemento que en nuestro sistema hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y

que lo estamos haciendo sin que ello suponga recurrir a la exigencia de que el daño sea antijurídico, pero ¿es esto posible? ¿No habíamos quedado cuando examinamos el *duty to take care* en la experiencia anglosajona que en ese elemento se incluía la exigencia de que el daño fuese físico para que el supuesto entrara en el campo de lo indemnizable a través del *tort of negligence*? La objeción parece seria, más si leemos las siguientes palabras de Fleming: «Podría haber sido más elegante hablar, como hacen en el *Derecho Civil* (en este lugar hay una nota a pie de página en la que se cita el BGB), de los intereses protegidos del demandante en lugar de hablar del deber (de cuidado) del demandado, y aún más cuando se presta especial atención al tipo de daño sufrido por ese demandante, como cuando se estudia si hay responsabilidad por daño puramente económico o daño puramente emocional (*mental distress*). La elección de nomenclatura se debe a una casualidad histórica y carece de implicaciones sustantivas»¹⁵⁰.

Sin embargo, me parece que la objeción es fácilmente superable si destacamos que es cierto que en nuestro sistema no se exige la antijuridicidad del daño como requisito de indemnizabilidad, pero que eso no impide tener en cuenta la naturaleza del interés lesionado a la hora de tomar las decisiones de política legislativa que son decisivas para definir el deber de cuidado que pesa sobre los sujetos de derecho en cada caso. Es más, el tipo de interés en cuestión parece que es de los factores más importantes a la hora de formular los pertinentes juicios de política legislativa.

4.5.3 Es preferible elegir el deber de cuidado que la técnica alemana de exigir la antijuridicidad del daño en el sentido de violación de un derecho subjetivo absoluto, porque, apartando por un momento la objeción radical de que no hay base legal en nuestro sistema para ese entendimiento de las cosas, esta última técnica es demasiado rígida¹⁵¹. En efecto, como destacamos en las líneas generales de Derecho Comparado que trazamos anteriormente, esa técnica limita tanto el campo de la responsabilidad extracontractual que conduce a una hipertrofia del derecho de los contratos y a una hipertrofia del concepto de derecho subjetivo. Además, también es antiintuitivo y críptico solucionar algunos casos de daño puramente económico argumentando sólo si el interés del demandado era un interés real (derivado de un derecho de carácter real) o no. Con razón destacan Alpa y Bessone que los sistemas típicos de respon-

¹⁵⁰ FLEMING (87), p. 126.

¹⁵¹ MARKESINIS (94), p. 46, entre otros muchos, destaca esa rigidez del sistema alemán.

sabilidad atienden casi exclusivamente al aspecto formal del interés que tratan de tutelar¹⁵².

Para ilustrar esta última idea, se puede recordar un célebre caso resuelto en la RFA, en el que el demandante trataba de recuperar el lucro cesante experimentado cuando, por negligencia del demandado, su barcaza había quedado bloqueada en un canal por varios meses. El tribunal afirmó en el caso que impedir el uso de la barcaza era una lesión al derecho de propiedad del demandante¹⁵³.

Una manera similar de razonar se encuentra en algunas sentencias emanadas en los sistemas de *Common Law*. Ejemplo prototípico es el de una larga serie de casos, presentes tanto en EE. UU. como en la *Commonwealth*, en los que los fletadores tratan de ser indemnizados por los daños sufridos (normalmente, un lucro cesante) a consecuencia del daño físico experimentado por el buque al ser abordado negligentemente por un tercero. La regla que se utilizaba para decidir si el fletador podía exigir una indemnización o no era atender a si su derecho suponía o no un interés posesorio en el buque, lo que determinaba que su daño era indemnizable en el primer caso, o que su daño –pura mente económico, esta vez– no lo fuera, en el segundo. Esta regla fue muy criticada por arbitraría e injustificable, si bien también se ha defendido esa solución por entender que todas las partes pactan y arreglan sus negocios conforme a sus intereses y eligen lo que quieren¹⁵⁴.

4.5.4 Hemos explicado que el instrumento técnico del deber de cuidado logra filtrar tanto como la técnica de definir derechos subjetivos (o intereses jurídicamente protegidos) y, además, haciendo hincapié en la conducta en lugar de en el daño y que esto es interesante porque es coherente con la manera de funcionar de los sistemas de inspiración francesa, donde se atiende a las características de la conducta para definir el campo de lo indemnizable.

Ahora, decimos que esta técnica del deber de cuidado tiene la ventaja adicional de que permite afirmar la existencia de un deber general de cuidado en el campo de los daños físicos y, al mismo tiempo, ir definiendo subconjuntos homogéneos de casos en los que la puerta de entrada a la indemnizabilidad sea más estrecha por razones de política legislativa. Es decir, que permite encontrar un instrumento específico de solución de los casos que estudiamos sin que ello suponga alterar un ápice las soluciones que hasta el momento se han venido dando en nuestro sistema para los casos habituales de responsabilidad por daños físicos.

También podemos señalar una ventaja más del instrumento técnico cuyas virtudes glosamos. Consiste en decir que el deber de cuidado es

¹⁵² ALPA y BESSONE (90), p. 66.

¹⁵³ BGHZ 55, 153 (1970). Recogida por REIMANN, p. 42.

¹⁵⁴ Sobre esto, ATIYAH, p. 250; STEVENS (73), p. 434; WINFIELD y JOLOWICZ (89), p. 85; HOWARTH (96), p. 44; SMILLIE (82), pp. 244-246.

un buen lugar para formular esas decisiones de política jurídica que están detrás de toda decisión relativa a la responsabilidad extracontractual, porque es transparente (no oculta esas razones) y porque permite alcanzar un equilibrio razonable entre la conveniente seguridad jurídica y la necesaria flexibilidad para que el sistema pueda adaptarse a las necesidades de la práctica. Ya dijimos más atrás que los instrumentos de imposición de responsabilidad crípticos son altamente indeseables por occasionar mayores cotas de inseguridad en un terreno como el de la responsabilidad extracontractual ya de por sí difícil e inseguro.

4.5.5 Si reflexionamos un poco, nos damos cuenta de que, al destacar que el deber de cuidado también puede ser definido en términos relativos, estamos dándole la vuelta a la manera habitual de imaginarse el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual. Se relativizan, de esta manera, algunas de las diferencias entre los sistemas típicos y los basados en cláusula general abierta similar a la incluida en el *Code*. En efecto, ya no se puede decir que un sistema como el nuestro, inspirado en el sistema francés, parte de que todo daño previsible es indemnizable, frente al sistema típico, en el que sólo es indemnizable cierta clase de daño (el daño antijurídico). Ni tampoco parece que se pueda decir –como alguna vez se ha dicho– que, frente al sistema típico que parte de que está permitido (en el sentido de que no desencadena responsabilidad) todo lo que no está expresamente tipificado, nuestro sistema parte de que está prohibido lo no expresamente permitido (causas de justificación).

En nuestro sistema, una vez que se pone sobre la mesa la idea implícita de deber de cuidado relativamente definido, también se parte de la idea de libertad, ya que, para imponer responsabilidad, es necesario encontrar un deber de cuidado sobre el que posteriormente basar un juicio de negligencia. Que este deber de cuidado esté definido en términos muy amplios de previsibilidad en el campo más habitual de los accidentes que causan daños físicos no debe llevarnos al engaño de pensar que ese deber de cuidado tiene la misma extensión en el resto de los casos, de manera que se haga cierta la afirmación de que todo daño previsible (que es lo mismo que decir daño dolosa o negligentemente causado, es decir, culpablemente causado) es indemnizable.

La idea de que hay que partir de la libertad de acción, libertad de la que las reglas de responsabilidad serían simples excepciones, es reconocida por nuestra doctrina. Salvador y Castiñeira hablan, desde este punto de vista, de una función de demarcación de las reglas de responsabilidad civil¹⁵⁵. Es lógico que esté claro en nues-

¹⁵⁵ Véase, SALVADOR y CASTIÑEIRA, *Prevenir y castigar*, Madrid, 1997. Recoge sus ideas DÍEZ PICAZO (99), p. 43.

tra doctrina que el punto de partida es la libertad, si tenemos en cuenta que en ella está extendida la, sin embargo, poco precisa idea de que es necesaria la antijuridicidad del daño como requisito para la imposición de responsabilidad; la idea, en definitiva, de que no todo el daño culpablemente causado es indemnizable, sino sólo el daño antijurídico¹⁵⁶. Ya hemos señalado que es claro que no todo daño culpablemente (negligentemente, en el sentido de previsibilidad) causado es indemnizable, pero que para obtener ese resultado no es necesario exigir la antijuridicidad del daño.

Una vez aclarado este extremo, se hace patente que, cuando en un epígrafe siguiente estemos describiendo el deber de cuidado existente en nuestro campo de estudio, estaremos delimitando los únicos casos en los que se deberá imponer responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Es decir, que en nuestro campo de estudio, antes de que decidamos en qué circunstancias existe un deber de cuidado y qué extensión tiene ese deber, reina la más absoluta libertad. Esto es lo mismo que decir que, fuera de los casos comprendidos en el deber de cuidado que definiremos en el epígrafe siguiente, en este campo no puede jugar ninguna otra idea basada en la generalidad de la protección que deriva del, en el campo del daño puramente económico, pretendido principio de *neminem laedere*.

5. DOS ALTERNATIVAS NO TAN BUENAS

Antes de seguir exponiendo los desarrollos ulteriores de la idea que proponemos en este trabajo de hacer explícita la existencia en nuestro sistema del deber de cuidado y actuar luego sobre este elemento para controlar la responsabilidad en el sector que estudiamos, nos vamos a detener unos instantes en la exposición de dos caminos alternativos, que son bien distintos, pero que tienen dos cosas en común. La primera, el hecho de que son caminos peores al del deber de cuidado. La segunda, el hecho de que ambos admiten que la idea de culpa basada en la indemnizabilidad del daño previsible siga funcionando como frontera del territorio de la responsabilidad extracontractual.

5.1 La exigencia de la gravedad de la culpa

Como mencionamos brevemente en la panorámica general de Derecho Comparado que realizamos en un epígrafe anterior, tanto

¹⁵⁶ La idea también está clara en BUSTO LAGO, pp. 187-188.

en Francia como en Italia, las respectivas doctrinas han manejado la idea de que, en el terreno de las informaciones falsas, sólo se debe imponer responsabilidad en caso de dolo o culpa grave¹⁵⁷. No es, ni mucho menos, una idea mayoritaria y, además, está oscurecida porque, especialmente en la doctrina francesa, no hay un planteamiento claro de los problemas que se plantean en nuestro campo de estudio.

Como normalmente sólo se exige culpa –sin adjetivar– para el juego de la responsabilidad extracontractual en esos sistemas, esta idea de exigir culpa grave supone un intento de limitar la responsabilidad en este sector de las informaciones falsas. En este sentido, la idea es valiosa, como ya señalamos anteriormente, pero también parece una idea bastante limitada y no parece que sirva para mucho más.

En efecto, la idea de exigir la gravedad de la culpa ciertamente limita la responsabilidad en nuestro campo de estudio, pero lo hace de una manera poco transparente, insegura y más fácilmente manipulable por el juez por cuanto no se deja fácilmente recoger en una fórmula sensata. De hecho, parece que lo único que hace esta idea es servir para uno de los dos objetivos que siguen y que tampoco parecen compatibles entre sí.

En primer lugar, si entendemos la culpa grave como aquella en la que incurre el que no hace ningún esfuerzo para evitar el daño previsible y, por tanto, la acercamos al dolo, estaremos imponiendo muy poca responsabilidad por informaciones falsas¹⁵⁸. De hecho, la solución así alcanzada se parece mucho a la solución de entender que el informado sólo puede esperar del informante una respuesta honrada y que éste sólo incurrirá en responsabilidad en caso de dolo; ésta era, justamente, la solución a que inicialmente se llegaba en la RFA o en el *Common Law* y contra la que en ambos sistemas se sintió la necesidad de reaccionar.

En segundo lugar, si entendemos como culpa grave aquella en la que incurre el que incumple el modelo de conducta de una persona muy descuidada y, por tanto, nos alejamos de la equiparación al dolo, la responsabilidad que así impongamos será tan amorfa e insegura como la que estábamos tratando de combatir con la introducción de la idea de limitar la responsabilidad al caso de culpa grave.

¹⁵⁷ Para ambos sistemas, por todos, RANIERI (78), pp. 285-287.

¹⁵⁸ Para esa idea de culpa grave, MONATERI (98), p. 109.

5.2 La imputación objetiva: el fin de protección de la norma violada

Como ya habíamos señalado en un epígrafe anterior, se podría tratar de meter en cintura la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas a través de un uso cuidadoso de la imputación objetiva, es decir, sin necesidad de retocar el filtro de entrada en el campo de lo indemnizable. En este camino, la posibilidad más prometedora la ofrece el criterio de imputación objetiva denominado del *fin de protección de la norma violada*.

Este criterio de imputación objetiva consiste en afirmar que sólo son objetivamente imputables al demandado aquellos daños en preventión de los que se dictó la norma que él ha violado y cuando han sido causados al sujeto para cuya protección se dictó dicha norma violada¹⁵⁹.

Este criterio supone introducir también ideas de relatividad en la protección que se ofrezca a través de la responsabilidad extracontractual. Desde este punto de vista, este criterio puede emparejarse con la idea de deber de cuidado, lo cual nos sirve para destacar el estrecho parentesco entre estos dos instrumentos de control de la responsabilidad¹⁶⁰.

Que el empleo de este criterio del fin de protección de la norma es prometedor y hasta puede hacer sombra al elemento del deber de cuidado en nuestro campo de estudio, ya ha sido puesto de manifiesto por Pantaleón, en su estudio sobre la responsabilidad de los auditores, cuando estudia la situación de los terceros¹⁶¹. Explica este autor cómo para los fines de definir esa responsabilidad frente a tercero es perfectamente intercambiable decir que el auditor no es responsable frente a un tercero cualquiera, porque no tiene respecto a él un deber de cuidado, que decir que el auditor no es responsable porque el daño experimentado por ese tercero no le es imputable al encontrarse fuera del ámbito de protección de la norma violada.

Lo que ocurre es que, como destaca el mismo Pantaleón, el instrumento del deber de cuidado proporciona más seguridad jurídica (a través de él se puede formular lo que algunos autores anglosajones llaman una *bright line rule*). En efecto, como ya vimos que explicaba Fleming, los tribunales del *Common Law* tienden, si bien de forma poco clara e insegura, a formular en término de deber de cuidado aquellos casos en los que hay razones muy claras y esta-

¹⁵⁹ Más datos sobre este criterio en PANTALEÓN (90), pp. 1580 y ss.

¹⁶⁰ Así lo destaca LIMPENS (65), p. 569.

¹⁶¹ PANTALEÓN (96), pp. 112 y ss, especialmente la p. 116.

bles de política jurídica que aconsejan no indemnizar, dejando para el juicio sobre si el nexo causal es bastante aquellos casos en los que la decisión sobre si indemnizar o no se debe basar en datos más circunstanciales e idiosincráticos y, por ello, inhábiles para ser formulados de forma general¹⁶². De esa manera, la norma de no indemnizar se formula más tajantemente y hay menos riesgo de que se llegue a la solución contraria a través de la manipulación de la relación de causalidad.

Sin embargo, donde creo que se hace patente que sí es necesario actuar sobre el elemento que hace de filtro de entrada en el campo de lo indemnizable y que, por ello, es preferible, en general, encauzar las cosas a través del deber de cuidado es en el hecho de que, a diferencia del caso de los auditores estudiado por el profesor Pantaleón, en nuestro campo de estudio no necesariamente contaremos con una norma especial por cuyo ámbito de protección nos podemos preguntar de forma significativa¹⁶³.

Si dijéramos que la norma violada es el deber de cuidado que con tantas cautelas estamos queriendo definir, es cierto que los dos instrumentos técnicos serían prácticamente intercambiables y sólo se diferenciarían en las observaciones de Fleming sobre la estabilidad de las razones de política legislativa que llevan a negar o modular la responsabilidad. Pero también es cierto que parece preferible no forzar así las cosas y dejar a cada instrumento técnico tranquilo en su lugar, dado que en la búsqueda del fin de la norma (especial) violada se trata de definir su ámbito de protección buscando en esa misma norma los datos implícitos que ofrezca, mientras que en la definición de un deber de cuidado para el sector completo de los daños causados al usuario de informaciones incorrectas, la tarea es más abierta y los juicios de política jurídica basados en observaciones más generales.

III. LA REGLA DE FONDO

Hasta ahora, hemos estado tratando de poner a punto nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, para que sea posible

¹⁶² FLEMING (87), p. 126.

¹⁶³ Cfr. LIMPENS (65), pp. 576-578. Más adelante se verá que la idea de preguntarnos por el fin de protección de la norma violada vuelve a aparecer, aunque quizás disfrazada, cuando estudie el origen y la extensión del deber de cuidado en los casos en los que la información fue elaborada en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte. Se pone ahí de relieve que la norma violada también puede ser de origen convencional.

mejorar su respuesta a los casos de daño puramente económico causado por informaciones falsas. En esa tarea, el primer paso fue reconocer la necesidad de desdoblar el concepto de culpa en las dos funciones que éste está llamado a cumplir en un sistema que, como el nuestro, está basado en una versión francesa de cláusula general de responsabilidad. De esta manera, hemos separado el deber de cuidado, señalando al paso que no tiene que estar definido necesariamente en términos de previsibilidad del daño, y el juicio de negligencia.

En esta tercera parte del trabajo, una vez aclarada esa posibilidad de emplear la idea de deber de cuidado y una vez que sabemos que es impracticable definir ese deber de cuidado en términos de previsibilidad del daño en nuestro campo de estudio, vamos a ver de qué manera hay que definir la responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas. Lo que, en definitiva, vamos a hacer es decidir en qué consiste el plus que vamos a exigir, al lado de la previsibilidad del daño, para abrir la puerta de la indemnizabilidad en nuestro campo de estudio.

De esta manera, la tarea que se abre ante nosotros en este momento es, en primer término, decidir cuándo se ha de reconocer que el informante actúa bajo un deber de ser diligente del que es acreedor el informado y, en segundo lugar y por el hecho de que la información circula fácilmente, qué extensión tiene ese deber. Vamos a ver cómo se pueden hacer estas dos cosas de manera que se respeten las especialidades que anteriormente hemos descrito de la acción (informar) y el daño (puramente económico). En esta tarea, de nuevo, vamos a apoyarnos principalmente en los últimos avances de la doctrina y jurisprudencia del *Common Law*, de reconocido prestigio en esta materia en todos los sistemas actuales.

1. EXISTENCIA Y ALCANCE DEL DEBER DE CUIDADO EN LA EXPERIENCIA DEL *COMMON LAW*

Conviene destacar desde ahora que los problemas que vamos a estudiar han tenido un planteamiento y desarrollo distintos en EE. UU. y la *Commonwealth*¹⁶⁴. La primera diferencia, más formal pero que hay que tener en cuenta para poder seguir el hilo de las explicaciones de las respectivas doctrinas, es la de que en la *Commonwealth* la responsabilidad por el daño sufrido al confiar en informaciones negligentemente erróneas aparece y se desa-

¹⁶⁴ La exposición más esclarecedora está en FELDTHUSEN, en pp. 29, 37, 51 y 104.

rrolla como una derivación de la acción (*tort*) de *negligence*, mientras que en EE. UU. el origen está en una extensión de la acción de fraude (*fraud* o *deceit*). Aunque pueda sonar como un juego de palabras, se puede decir que, de esta manera, en EE. UU. la negligencia es, junto al dolo y a la responsabilidad objetiva, una de las formas en que se puede cometer el *tort* de *misrepresentation*¹⁶⁵.

La segunda y principal diferencia radica en que, como veremos, la cuestión más estudiada en los EE. UU. consiste en saber hasta dónde se extiende la responsabilidad del hablante que negligentemente produce o comunica información errónea cuando el perjudicado no es parte en la relación contractual en cuyo cumplimiento se produjo o comunicó la información. En cambio, en la *Commonwealth* la jurisprudencia y doctrina se han centrado en saber cuándo un hablante, al margen de toda obligación de origen contractual, está sometido al deber de evitar el daño puramente económico que previsiblemente sufrirá el que confie en la información errónea producida o comunicada por el primero.

Si nos detenemos un momento a pensarla, veremos que estas dos cuestiones que acabamos de enunciar son, realmente, las que se plantean en esto de la responsabilidad por informaciones erróneas negligentemente producidas o comunicadas (*negligent misrepresentation*): la cuestión del origen y del alcance de la hipotética responsabilidad¹⁶⁶.

1.1 Introducción histórica y presentación de los casos principales

Históricamente, el origen de las reglas sobre la responsabilidad por daño económico causado a través de informaciones erróneas está en la acción de fraude (*deceit* o *fraud*), que protege el interés en formar la voluntad en el mundo de los negocios sin ser informado incorrectamente por otros¹⁶⁷. Esa acción permite reaccionar al que, por haber sido engañado o mal informado por otro (al principio no estaba claro si se exigía engaño doloso o basta engaño negligente), ha tomado alguna decisión que le ha ocasionado un daño económico. En los

¹⁶⁵ De esa manera, se da lugar a la *negligent misrepresentation*, al lado de la *intentional misrepresentation* (que es lo mismo que el *tort* de *fraud* o *deceit*) y de la *innocent misrepresentation*.

¹⁶⁶ Especialmente claro en ROGERS (89), p. 86. También FELDTHUSEN, pp. 31 y 93; CLARK & STEPHENSON (95), p. 134, y WINFIELD y JOLOWICZ (89), pp. 282-283.

¹⁶⁷ HARPER, JAMES y GRAY, *The Law of Torts*, p. 378; JAMES y GRAY, «Misrepresentation-Part I», *Maryland Law Review*, 1977, vol. 37, pp. 286-322, p. 286.

primeros momentos de su desarrollo, tampoco estaba clara la naturaleza contractual o extracontractual de la acción, pero en 1779 se reconoció claramente que se podía exigir responsabilidad incluso en caso de que no hubiera contrato entre las partes, sino que la información incorrecta dada por el demandado hubiese hecho contratar al demandante con un tercero¹⁶⁸. Años más tarde, en *Derry v. Peek*, se limitó esa acción a los casos en los que el demandante había sido engañado dolosamente; es decir, se negó la responsabilidad extracontractual en caso de que el error del demandado hubiese sido causado por una información que resulta ser inexacta debido a la negligencia –no al dolo– del demandado en producirla o comunicarla¹⁶⁹.

En *Derry v. Peek*, los demandantes se habían decidido a invertir en una compañía de transporte público porque confiaron en la información inexacta contenida en un prospecto publicado por la misma compañía. En el prospecto se decía que la compañía tenía licencia para instalar unos tranvías, cuando no era cierto. La acción por *negligent misrepresentation* con la que los demandados tratan de ser indemnizados por los daños sufridos se dirige contra los directivos de la compañía y es desestimada sobre la base de que los demandados creían honestamente en la información que publicaron. Es especialmente destacable que el Tribunal reconoce que los directivos no tenían base razonable para sostener su creencia¹⁷⁰. Es significativo que, al poco de dictarse la sentencia en *Derry v. Peek*, se aprobó una ley que afirmaba la responsabilidad de los directivos por las informaciones publicadas en folletos publicitarios¹⁷¹.

Al lado de *Derry v. Peek*, hay que colocar *Le Lievre v. Gould*, caso esencial también para el desarrollo de la acción¹⁷². En este caso, el demandado era un arquitecto que elabora un informe para el constructor sobre el estado de un edificio en construcción. El constructor, sin consultarlos con el demandado, muestra el informe a un prestamista, el cual accede a prestarle dinero. El prestamista acaba perdiendo el dinero prestado y trata de recuperarlo basándose en que el informe del arquitecto había sido realizado negligentemente y que, por ello, no reflejaba correctamente el estado de las obras. El Tribunal acaba desestimando la demanda, debido a que, en ausencia de un contrato, es inadmisible una acción de responsabilidad extracontractual si no ha habido dolo¹⁷³.

¹⁶⁸ *Pasley v. Freeman* (1779) 100 E.R. 450. En este caso, el perjudicado había contratado con un tercero debido a que confió en el erróneo informe sobre la solvencia del mismo elaborado por el demandado. Según PROSSER y KEETON, p. 728, en este caso está el origen del derecho moderno sobre *deceit*.

¹⁶⁹ *Derry v. Peek* está en (1889) 14 App. Cas. 337 (H.L.).

¹⁷⁰ Véase, FELDTHUSEN, p. 24; FLEMING (87), p. 601; PROSSER y KEETON, pp. 728 y 740-741.

¹⁷¹ Para esto, GOODHART, p. 290. Véase, también, JAMES y GRAY (77), p. 305.

¹⁷² 1 QB 491 (1893)

¹⁷³ Por todos, GOODHART, p. 291.

A partir de ese momento, las cosas evolucionan de forma distinta en EE. UU. y en la *Commonwealth*. En Inglaterra, se sigue a rajatabla y sin excepciones la norma sentada en *Derry v. Peek*, mientras que en EE. UU. hubo jurisdicciones que rechazaron el caso directamente, mientras que otras lo interpretaron de forma muy laxa, dando por cumplido el requisito del engaño doloso a poco que hubiera algo más que leve negligencia¹⁷⁴. En concreto, se limitaba la norma sentada en *Derry v. Peek* diciendo que existe dolo cuando el informante habla con negligente desprecio de que lo que dice sea verdad o diciendo que es doloso el que es consciente de que le falta información para justificar su creencia en la certeza de lo que afirma¹⁷⁵.

Cuenta Goodhart que Sir Francis Pollock escribió *Derry v. Peek in the House of Lords* incitando a los jueces americanos a que no siguieran las normas sentadas en *Derry v. Peek*¹⁷⁶.

En la *Commonwealth*, *Derry v. Peek* cierra la puerta a la indemnizabilidad del daño económico hasta que en 1964 la Cámara de los Lores decide *Hedley Byrne v. Heller*¹⁷⁷. Es un caso también muy célebre y muy influyente tanto desde el punto de vista del daño económico, como desde el punto de vista general de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁸.

En este caso, el demandante (*Hedley Byrne*) era una agencia de publicidad que contrataba anuncios publicitarios en televisión y prensa por cuenta de otros y, además, lo hacía de tal forma que él mismo quedaba personalmente obligado a lo que resultara de la operación. Un cliente (de nombre «Easy Power Ltd.») le encarga a *Hedley Byrne* una gran campaña de publicidad. Ante la importan-

¹⁷⁴ FELDTHUSEN, p. 24; FEINMAN, *Economic Negligence: Liability of Professionals and Businesses to Third Parties for Economic Loss*, Boston, 1993, p 151; JAMES y GRAY (77), p. 307.

¹⁷⁵ Véase, PROSSER (66), pp. 233 y 235; JAMES y GRAY (77), p. 297. Ideas como las del texto aparecen en la célebre sentencia de CARDENAS en *Ultramarines*. Sobre esto de que un *tort* intencional se lleve a convertir en uno para el que basta negligencia, GREEN, «The Duty to Give Accurate Information», *UCLA Law Review*, 1965, vol. 12, pp. 464-485, p. 468, comenta que no es un fenómeno tan extraño.

¹⁷⁶ Véase, GOODHART, p. 290. La referencia es a POLLOCK, *5 Law Quarterly Review* 410 (1889).

¹⁷⁷ (1964) A.C. 465. El fallo en *Hedley Byrne* sigue un muy célebre y energético voto particular dictado por Lord DENNING en *Candler v. Crane, Christmas & Co.* (1951) 2 K.B. 164. El voto particular es célebre, entre otras cosas, porque en él Lord Denning llamaba «almas timoratas» a los magistrados de la mayoría.

¹⁷⁸ FLEMING (87), pp. 128 y 162; SALMOND & HEUSTON (96), p. 200; WINFIELD & JOLOWICZ (89), p. 274; HARVEY, «Economic Loss and Negligence, the Search for a Just Solution», 1972, pp. 580-621, p. 603. Para FELDTHUSEN, p. 37, es una de las sentencias más importantes de todos los tiempos en la *Commonwealth*. Según destaca BANAKAS (99-1.º), p. 21, los principios sentados en *Hedley Byrne* han sido recientemente reforzados en *White v. Jones* 2 A.C. 207 (*House of Lords*).

cia del encargo y preocupado por la responsabilidad en que él mismo incurría, este último se dirige a su propio banco (National Provincial) para que se informe en el banco de Easy Power sobre la solvencia de esta compañía. El banco de Easy Power, que no es otro que el demandado Heller, informó favorablemente sobre la solvencia de su cliente, pero lo cierto es que Easy Power quebró al poco tiempo, con graves pérdidas que tuvieron que ser asumidas por Hedley Byrne. Este último dirige una acción contra Heller, por el daño puramente económico causado por su informe negligente. Los tribunales, coherentemente con la negativa tajante de *Derry v. Peek*, desestiman la demanda. La Cámara de los Lores también desestima la demanda, pero no por la razón dada por el tribunal de instancia, sino por algo que no había sido destacado antes en el proceso: se falla en contra de Hedley Byrne porque el demandado, Heller, había incluido una cláusula de exoneración de responsabilidad en el informe negligentemente elaborado que causó el daño¹⁷⁹.

Al negar la responsabilidad por la existencia de la cláusula de exoneración, la Cámara de los Lores estaba afirmando, en contra de *Derry v. Peek*, que sí existe responsabilidad para el que de forma negligente informa incorrectamente y causa con ello un daño puramente económico. Lo curioso del caso es que, al haberse negado finalmente la responsabilidad, esta parte de la sentencia, que es fundamental, está formada por *obiter dictum*¹⁸⁰. También llama la atención el hecho de que la sentencia se centra en el problema de si existe o no responsabilidad cuando la acción consiste en emitir palabras negligentemente y, paradójicamente, da poca importancia a que el daño sufrido por Hedley Byrne hubiese sido puramente económico y a que admitir la responsabilidad en este caso era contradecir la regla de que ese tipo de daño no es indemnizable a través de una acción de responsabilidad extracontractual¹⁸¹. Por otro lado, tras la decisión en *Hedley Byrne*, queda claro que ya no se puede deducir de *Derry v. Peek* la inexistencia de responsabilidad por afirmaciones negligentes, sino que la exigencia de dolo sólo marca la frontera entre el *tort de negligence* y el *tort de deceit* (o *fraud*)¹⁸².

En EE. UU., tras el poco éxito de *Derry v. Peek*, el desarrollo de la acción de *negligent misrepresentation* fue, en un principio, más

¹⁷⁹ Véase, GOODHART, p. 287.

¹⁸⁰ Véanse GREEN, pp. 465-466, y GOODHART, p. 287.

¹⁸¹ STAPLETON, p. 260; BAKER, p. 107; ATIYAH, pp. 256-257. También los autores que se han acercado al *Common Law* desde un punto de vista de Derecho Comparado dan más importancia al hecho de que el daño sea puramente económico que al hecho de que la acción fuese una información falsa. Véase VON BAR, p. 107.

¹⁸² BRAZIER, p. 208.

tranquilo. Sin embargo, ese desarrollo sufrió un parón en seco en la célebre sentencia dictada por el juez Cardozo en *Ultramaras Corp. v. Touche, Niven & Co.*¹⁸³. Llama la atención el hecho de que, en pocos años, Cardozo dictara dos sentencias tan decisivas en el campo del daño puramente económico y que, además, fueran dos sentencias de signo tan diverso¹⁸⁴.

En efecto, primero parecía que Cardozo abría la puerta de par en par a la responsabilidad por daño económico negligentemente causado a través de informaciones inexactas cuando dictó la sentencia del caso *Glanzer v. Shepard*¹⁸⁵, pero más tarde dictó la sentencia del caso *Ultramaras v. Touche*¹⁸⁶ en la que se afirma que no hay responsabilidad extracontractual de ningún tipo (ni a través de la acción general de negligencia ni a través de una acción de *negligent misrepresentation*) por daño puramente económico negligentemente causado.

En *Glanzer v. Shepard* se discutía sobre la responsabilidad de un profesional que había dado a un vendedor de judías un certificado sobre el peso de la partida de judías vendida. El demandante era el comprador de las judías y el daño por el que se reclamaba era el que el demandante sufrió cuando se descubrió que la cantidad de judías entregada era menor a la debida porque se había cometido un error en el peso que se certificó. En esta decisión el juez Cardozo condenó al demandado razonando que el certificado había sido utilizado en la operación precisamente para la cual se había solicitado. El certificado se realizó a instancias del vendedor y fue pagado por éste, pero el que confió en ese certificado, para su desgracia, fue el comprador, que es el que sufrió el daño. De todas formas, afirmar la responsabilidad del pesador no es difícil porque la transmisión del certificado del peso al comprador de las judías no era uno de los innumerables usos posibles que del mismo se podía hacer, sino que era la «finalidad y propósito» (*«end and aim»*, dice Cardozo) para los que el tal certificado había sido creado.

En *Ultramaras v. Touche* se planteaba la cuestión de la responsabilidad de un auditor, contratado por la entidad auditada, por el informe negligentemente elaborado en el que el perjudicado había basado su decisión de realizar varios préstamos a la compañía auditada. Esta última, que había falsificado sus cuentas, finalmente quebró y causó serias pérdidas que el demandante del caso trata de

¹⁸³ FEINMAN, p. 152; FELDTHUSEN, p. 28; MANNING, «Liability to Third Parties for Economic Injury: Privity as a Useful Animal, or a Blind Imitation of the Past», *Southwestern University Law Review*, 1981, vol. 12, pp. 87-128, pp. 91-92.

¹⁸⁴ Según RIZZO, p. 306, es fácil encontrar una diferencia que justifica las soluciones tan diversas.

¹⁸⁵ (1922), 233 N.Y. 236, 135 N.E. 275.

¹⁸⁶ (1931), 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441.

recuperar del demandado. En esta sentencia, Cardozo condenó a los demandados sobre la base de un concepto amplio de fraude¹⁸⁷; pero lo que nos interesa ahora es su negativa a hacerlos responder por el daño causado negligentemente: si hiciéramos responsable al auditor negligente frente a cualquiera de los usuarios de sus informes (en el caso, los auditores habían proporcionado 50 copias de su informe para que la compañía auditada pudiera exhibirlo a los eventuales prestamistas) y en cualquiera de las operaciones que estos acometan, eso supondría someterle a –en unas palabras de Cardozo citadas una y otra vez– «una responsabilidad por cantidad indeterminada, frente a un número indeterminado de víctimas y durante un tiempo también indeterminado».

Esta decisión cerró la puerta a ulteriores desarrollos de la acción hasta los años 60, cuando aparecen sentencias que se apartan de *Ultramaras*, se redacta el parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law*, texto en el que se admite la *negligent misrepresentation*, y hay cierto movimiento doctrinal en apoyo a abrir el campo de aplicación de la acción de *misrepresentation*¹⁸⁸. Como se ve, coincide este movimiento en EE.UU. con el momento en que se decidió en Inglaterra *Hedley Byrne v. Heller*¹⁸⁹.

Dada la importancia del parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law*, adoptado prácticamente en la totalidad de los estados de EE. UU., conviene que nos detengamos en las sentencias que los redactores tuvieron delante para elaborarlo y que han sido muy influyentes y muy citadas en casos posteriores¹⁹⁰.

La primera de esas sentencias es *M. Miller Co. v. Central Contra Costa Sanitary District*, caso al que hicimos referencia ya al comienzo de este trabajo. En este caso, se admitió la reclamación de un contratista a través de una acción general de negligencia¹⁹¹.

¹⁸⁷ CRAIG, p. 230.

¹⁸⁸ FEINMAN, pp. 152-153, y 160, n. 34, y SCHWARTZ (96), p. 105. Entre esos trabajos destaca el de Prosser, especialmente influyente porque este autor fue el encargado de preparar la redacción del segundo *Restatement of the Law*. Respecto a la responsabilidad de los auditores, GOLDBERG (88), p. 298, señala el año 1983, año en el que se decidió *Rosenblum*, como el más significativo en la adopción de una postura contraria a *Ultramaras*.

¹⁸⁹ STAPLETON, p. 252; FEINMAN, p. 153.

¹⁹⁰ Véanse las ilustraciones al Comentario h) del par. 552. Sobre la importancia de ese par. 552, véanse, FELDTHUSEN, p. 100; FEINMAN, p. 161, y BERNSTEIN, «Civil Liability for Pure Economic Loss Under American Tort Law», *American Journal of Comparative Law*, 1998, núm. 46, pp. 111-130, p. 116, donde destaca que en 1992 había 19 jurisdicciones en EE. UU. que lo habían adoptado frente a 9 que no lo habían hecho. Para la influencia de ese par. 552 en la *Commonwealth*, FELDTHUSEN, p. 105; SMITH, p. 236.

¹⁹¹ PROSSER, p. 249; CRAIG, p. 230; FEINMAN, p. 153; FELDTHUSEN, p. 102; RIZZO, p. 304; JAMES, p. 57. Esta sentencia empleó una muy conocida batería de seis preguntas, utilizadas por primera vez en *Biakanja v. Irving*, a través de la que el T.S. de California fue desarrollando militanteamente una intensa labor de reconocimiento de nuevos campos de

Este contratista había sido encargado de construir un alcantarillado y reclamaba contra el ingeniero que hizo el estudio del suelo que se incorporó a la documentación que sirvió de base a la oferta mediante la que el contratista consiguió que le adjudicaran la obra. Ese estudio del suelo había sido elaborado incorrectamente y eso supuso que el contratista tuviese mayores gastos a los inicialmente proyectados. El tribunal estimó que el ingeniero debía haber sabido que los participantes en el concurso de la obra iban a confiar en el informe que él había elaborado. Aunque el informe del ingeniero encerraba una información errónea, el caso fue solucionado basándose en los principios de la acción general de negligencia.

En realidad, no parece que este caso sea un buen modelo de casi nada, dado que el tribunal primero desestima una reclamación del contratista contra el ingeniero que había hecho el proyecto, debido a la existencia de una cláusula de exoneración de responsabilidad existente en el contrato en cumplimiento del cual se había hecho el informe. Y luego, en el silencio del contrato por lo que respecta al ingeniero que elaboró el estudio del suelo, entiende que se estaba permitiendo que se reclamara contra este técnico¹⁹². La idea no parece muy buena, más si tenemos en cuenta que en el contrato de obra se decía claramente que el contratista elaboraría sus propios estudios sobre el suelo.

La segunda sentencia es la dictada en *Texas Tunneling Co. v. City of Chattanooga*¹⁹³ en un caso similar al anterior pero en el que el demandante era un subcontratista que se quejaba de que el ingeniero no había incluido en la documentación del concurso ciertos estudios sobre el suelo. El Tribunal del Distrito admitió una demanda basada en *negligent misrepresentation*, pero la sentencia fue apelada y parcialmente modificada. Pese a ello, se considera un importante precedente¹⁹⁴.

Tras la redacción del par. 552 del *Restatement*, se deciden dos casos influyentes que nos pueden servir para acabar de describir el panorama de los casos que tenemos que estudiar. El primero de ellos es *Rusch factors, Inc. v. Levin*¹⁹⁵, caso que viene a aplicar el párrafo 552 citado a un caso de responsabilidad de auditores. Este caso era especialmente claro porque el demandante era el único destina-

responsabilidad, a partir de los años sesenta. El caso que acabamos de citar está en 320 P. 2d. 16 (1958).

¹⁹² Estos extremos de la sentencia que comentamos son destacados por FEINMAN, p. 154, n. 12.

¹⁹³ 204 F.Supp. 821 (1962), parcialmente modificado en F. 2d. 402 (1964).

¹⁹⁴ FEINMAN, p. 155; CRAIG, p. 231.

¹⁹⁵ 284 F.Supp. 85 (1968).

tario del informe de los auditores y estos conocían esta circunstancia y habían, pues, previsto que el demandante iba a adoptar una decisión basándose en su informe. El caso, que se parece mucho a *Glanzer v. Shepard*, fue el primero en apartarse de *Ultramaras*¹⁹⁶.

El segundo caso es *Rozny v. Marnul*¹⁹⁷, en el que el tribunal declaró responsable de *negligent misrepresentation* a un agrimensor (*surveyor*) frente a un adquirente posterior de la propiedad negligentemente medida que sufrió un daño económico al descubrirse que el terreno era menor a lo que el demandado había establecido en su informe. El tribunal destaca que el agrimensor había incluido en su informe una garantía absoluta de precisión. También señala que no hay aquí ningún peligro de responsabilidad ilimitada ya que el único posible demandante es el que sea dueño de la finca cuando el error del agrimensor se descubre.

1.2 La regla operativa

Como ya sabemos, la práctica totalidad de los Estados de la Unión utilizan el parágrafo 552 del *Restatement (Second) of the Law* para decidir sobre la imposición y alcance del deber de cuidado en los casos de daños causados al usuario de una información errónea (*negligent misrepresentation*). Ese parágrafo 552 dice así:

«(1) El que, en el transcurso de su negocio, profesión o empleo o en cualquier otra transacción en la que tenga un interés económico, proporciona información para que la usen otros, en el transcurso de sus propios negocios, que resulta ser falsa es responsable por el daño pecuniario que sufren esas personas a causa de su razonable confianza en la información de que se trate, si le faltó el cuidado o la competencia razonables al obtener o comunicar esa información.»

La segunda sección de ese parágrafo 552 añade, «(2) Esta responsabilidad está limitada al daño sufrido (a) por la persona o grupo limitado de personas para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la información el receptor de la misma y (b) al confiar en la información y participar en la transacción para la cual el informante había proporcionado esa información, o en una transacción sustancialmente similar».

Antes de estudiar el tenor literal de este texto, conviene explicar algunas cosas sobre dónde poner la frontera entre un comportamien-

¹⁹⁶ CRAIG, p. 231, y FEINMAN, p. 158. Por su parte, MANNING, p. 95, lo cita con aprobación, mientras que FELDTHUSEN, p. 104, es más crítico.

¹⁹⁷ 250 N.E. 2d. 656 (1969).

to doloso y otro negligente¹⁹⁸. Ya sabemos que el primero de ellos se encauza a través de una acción de *deceit* y que esa acción fue admitida históricamente mucho antes y con menores problemas que la posibilidad de accionar sobre la base de una información engañosa o errónea producida o comunicada negligentemente por el demandado.

Si el hablante sabe que lo que dice es mentira, no cabe duda sobre a qué lado de la raya estamos. Tampoco cabe duda, si el hablante no cree en la verdad de lo que dice, por mucho que no sepa, positivamente, que lo que dice es falso; en este caso, la falsedad consiste en afirmar como cierto algo cuya certeza desconocemos. Lo mismo sucederá, y esto ya es más refinado, si al hablante le es culpablemente indiferente si la afirmación es falsa o no.

El caso fronterizo más difícil es aquel en el que el hablante afirma honestamente algo que es falso y, además, no tiene motivos objetivos para sustentar su creencia en lo que afirma. Esto es lo que se planteaba en *Derry v. Peek*. En los casos en los que el hablante no tiene motivos objetivos para creer que es cierto lo que afirma, se puede inferir que, entonces, su comportamiento no fue honesto, sino que fue doloso; sin embargo, esa inferencia no se puede tomar como una presunción que no admite prueba en contrario: debe poder llegarse a la conclusión que el demandado fue tonto, pero honrado, si es que queremos seguir manteniendo un distinto tratamiento de los casos de informaciones erróneas según si el informante tuvo un comportamiento doloso o simplemente negligente.

Para interpretar el tenor literal del par. 552 del *Restatement (Second) of the Law*, podemos descomponerlo en los siguientes elementos, siguiendo a Feinmann¹⁹⁹:

1.2.1 El primer requisito que encontramos en este párrafo 552 es el de que la información errónea se haya proporcionado «en el transcurso de su (del informante) negocio, profesión o empleo o en cualquier transacción en la que tenga un interés económico». En los casos que se estudian en EE.UU. no es difícil que se cumpla este requisito pues, normalmente, existe un contrato que obliga al demandado a proporcionar esa información y lo que ocurre es que el demandante no es parte en ese contrato²⁰⁰. De hecho, como ya advertimos antes, la experiencia estadounidense se centra

¹⁹⁸ Sobre todo esto, JAMES y GRAY, pp. 297-298.

¹⁹⁹ FEINMAN, pp. 162-163.

²⁰⁰ Observación de FELDTHUSEN, p. 66. Se ve claramente hasta qué punto esta observación es cierta en la manera en que el tratado de Feinman (p. 3) delimita en EE. UU. el campo de estudio que denomina «*economic negligence*»: la responsabilidad del que incumple un contrato respecto a un tercero cuando éste sufre un daño puramente económico a raíz de ese incumplimiento.

más en estudiar la posible extensión de la responsabilidad por *negligent misrepresentation* porque la cuestión del origen del deber de cuidado la tienen solucionada de antemano ya que el demandado informa –aunque lo haga mal– porque está contractualmente obligado a hacerlo respecto de un tercero²⁰¹.

Este requisito hace que quede fuera de la responsabilidad establecida en el parágrafo 552 el llamado *curbstone advice*, que es el consejo o información gratuitamente prestado por un profesional fuera de su círculo de actividad profesional o empresarial, en un contexto de contacto social informal²⁰². El ejemplo más usual es el de un consejo o información brindado por un abogado en una fiesta.

Este requisito que estamos analizando también excluye el caso en que se presta información o consejo de forma gratuita, incluso si el que da la información o el consejo es un profesional actuando en su círculo de actividad²⁰³. Esto se debe a que el elemento en que se fija el parágrafo 552 para desencadenar el deber de cuidado que, más tarde, se extenderá a quien se extienda, es la existencia de un interés pecuniario en la transacción. De esta manera, estar en el campo de actividades empresariales o profesionales es un indicio de que existe un deber de cuidado, pero no es lo decisivo²⁰⁴.

Por otro lado, me parece destacable que el Comentario c) del parágrafo 552 del *Restatement*, para aclarar esto del interés pecuniario, establece una analogía con el caso del que presta o da gratuitamente un bien mueble, cuya responsabilidad se limita a advertir de las características peligrosas del bien en cuestión²⁰⁵. Es un argumento de alguna forma similar al argumento presente en la doctrina italiana consistente en decir que el hecho de que la información sea proporcionada como una cortesía, a título gratuito, se debe traducir en una minoración de la responsabilidad, por analogía con lo que ocurre en el *Codice* vigente en el caso del mandato y del depósito²⁰⁶.

²⁰¹ De hecho, desde el punto de vista del origen del deber de cuidado, se puede decir que ese interés económico es el único criterio empleado en EE. UU. Se puede ver FELDT-HUSEN, pp. 64-65, y los Comentarios c) y d) del par. 552 del *Restatement*.

²⁰² FELDT-HUSEN, pp. 65 y 69; PROSSER, p. 236; FEINMAN, p. 163, texto y nota 13; FLEMING (87), p. 612, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 279, ROGERS, p. 88. Véase también el comentario d) al 552 del *Second Restatement of Torts*; y PROSSER, p. 236.

²⁰³ Está claro en el Comentario d) del par. 552 del *Restatement*. Para JAMES y GRAY, p. 310, n. 20, sólo se excluye la responsabilidad cuando no existe un interés pecuniario directo ni indirecto.

²⁰⁴ FELDT-HUSEN, p. 66, señala que esto puede ser discutible desde el punto de vista de la *Commonwealth*, pero que es perfectamente explicable dada la experiencia estadounidense. El mismo autor explica (en p. 65) cómo se llegó a la actual redacción del par. 552 a partir de una primera versión que hacía más hincapié en el carácter profesional o empresarial de la actividad.

²⁰⁵ También lo destacan JAMES y GRAY, p. 310.

²⁰⁶ LUMINOSO, p. 201.

Una de las bases que utilizaron para su trabajo los redactores del parágrafo 552 es el caso *Renn v. Provident Trust Co.*²⁰⁷, caso que también colocan como ejemplo sobre este requisito del interés pecuniario. En este caso, el demandado proporciona una copia de un testamento al demandante y este sufre un daño al actuar sobre esa base porque, en realidad, el testamento era de otra persona que, sin embargo, tenía el mismo nombre. El tribunal absuelve al demandado destacando que el demandado (*Provident*) no estaba en la línea de negocio de proporcionar copias de testamentos, cosa que sí hace el *Registro de Testamentos* mediante el pago de una tasa, y que si entregó al demandante la copia del testamento en cuestión fue por una simple cortesía. A estas consideraciones, Feldthusen añade el argumento de que como *Provident* no se dedicaba profesionalmente a proporcionar copias de testamentos, no estaría asegurado contra el riesgo que se acaba materializando en este caso. En estas circunstancias, no parece justo que sea *Provident* la que soporte el daño²⁰⁸.

Al fijarse en el interés económico en la transacción como elemento que desencadena el deber de cuidado, el parágrafo 552 plantea el problema de determinar el alcance de ese elemento. En concreto, si es necesario que exista un interés pecuniario directo o si basta con un interés indirecto para que el demandado esté bajo el deber de cuidar por los intereses del demandante desde el punto de vista de los daños económicos previsibles²⁰⁹. Por un lado, si se exigiese que el interés pecuniario fuese siempre directo, la regla del parágrafo 552 parece que se vería limitada a casos similares a *Glanzer v. Shepard*, en los que un tercero paga para que la información sea suministrada al demandante²¹⁰; casos, en definitiva, que bien pudiera decirse que son casos de contrato en beneficio de tercero o con eficacia protectora para tercero, como más abajo se verá. Con esta manera de entender las cosas, se ganaría en claridad, pero se cerraría mucho la posibilidad de someter al autor de informaciones erróneas a responsabilidad por negligencia.

Por otro lado, parece que si entendemos que basta un interés pecuniario indirecto, perderemos en claridad de forma innecesaria ya que hay otras alternativas que también son más abiertas que la del interés pecuniario directo, pero que son más precisas que la del

²⁰⁷ 328 Pa. 481, 198 A. 8 (1938).

²⁰⁸ FELDTHUSEN, p 67, con abundantes citas jurisprudenciales en nota 178.

²⁰⁹ FELDTHUSEN, pp. 67-68.

²¹⁰ De hecho, para MANNING, p. 94, n. 45, el movimiento de los años 60 en el que se encuadra la redacción de este par. 552 del *Restatement* acaba por rescatar la visión de las cosas de *Glanzer v. Shepard* frente a *Ultramarines v. Touche*.

interés pecuniario indirecto. Lo veremos al analizar la experiencia sobre la materia en los sistemas de la *Commonwealth*. Lo que, sin embargo, debe de quedar claro es que en muchos de los casos que estudiamos existe ese interés pecuniario indirecto. De hecho, en el mismo *Hedley Byrne v. Heller*, a pesar de que el banco que informa sobre la solvencia de su propio cliente no cobra por ese informe, está clarísimo que *Hedley Byrne* sí pagó por la información que obtuvo, aunque lo hiciera de forma indirecta y sin que hubiera unos billetes que físicamente cambiaron de manos²¹¹.

Por estas consideraciones, se puede decir que la presencia de un interés pecuniario directo señala la presencia indubitable de un deber de cuidado, pero que no es un requisito imprescindible para que podamos afirmar la existencia de ese deber, sino que existen otras posibilidades que estudiaremos más abajo. Para EE. UU., esas posibilidades pueden quedar abiertas por la posibilidad de entender este primer elemento del parágrafo 552 del *Restatement* como un interés pecuniario indirecto.

1.2.2 El requisito de que la información sea falsa y que ello se deba a la negligencia del demandado no ha planteado dificultades especiales, sino sólo las que pueden aparecer en cualquier otro caso de responsabilidad extracontractual.

Sí puede tener su interés recoger el argumento que se ha utilizado en ocasiones en defensa del demandado de que el mensaje emitido por éste no contenía información que pudiera ser falsa o no, sino que era una simple opinión. A este argumento se suele contestar diciendo que en las opiniones está implícita la afirmación de que son ciertos los hechos sobre los que esa opinión se basa²¹².

1.2.3 El parágrafo 552 que estamos analizando exige que el perjudicado haya sufrido el daño a causa de haber confiado razonablemente en la información errónea que el demandado le proporcionó. Este requisito muchas veces se estudia al mismo tiempo que se estudia la exigencia de la sección segunda del parágrafo 552, es decir, la exigencia de que el demandante pertenezca al grupo de personas para el cual se elaboró la información²¹³. Se entiende, pues, que sólo es razonable la confianza experimentada por ese grupo de personas.

Como es fácil de entender, este requisito de la confianza razonable también alude a la relación de causalidad entre la acción de emitir la información errónea y el daño sufrido al actuar en consecuen-

²¹¹ BISHOP (80), pp. 374-375, donde estudia detenidamente la situación de los bancos y sus clientes desde el punto de vista de los informes sobre la solvencia.

²¹² FEINMAN, p. 164, n. 15; información también útil en PROSSER y KEETON, pp. 755 y 761.

²¹³ FEINMAN, p. 164.

cia, pues malamente se puede decir que la información errónea causó el daño si el perjudicado la adoptó como base de sus decisiones contra todo lo que le aconsejaba la prudencia y el buen sentido. Así, el requisito del que hablamos puede ser utilizado para juzgar sobre si la información errónea proporcionada por el demandado versaba sobre asunto de tal relevancia como para entender o justificar que la víctima basara en ella su decisión²¹⁴.

Para juzgar si la confianza del demandante fue o no justificable, hay que adoptar un punto de vista subjetivo para poder tener en cuenta las circunstancias que hicieron posible su confianza. Por otro lado, también se señala que no se admitirá la alegación de confianza de los que por razón de su formación u oficio no deberían haber confiado en la información proporcionada por el demandado²¹⁵.

1.2.4 Según el parágrafo 552, la responsabilidad que define la sección primera con los requisitos que acabamos de ver queda limitada en la forma en que lo hace la doble exigencia contenida en la sección segunda, es decir, la exigencia de que el perjudicado pertenezca al grupo para cuya guía se proporcionó la información y la exigencia de que el daño haya sido sufrido al participar en la operación para la que se elaboró la información.

Observa Fleming que, si el daño que causa la información errónea hubiese sido físico, al potencial demandante no se le exige ningún requisito especial, sino que se aplican los requisitos normales: ser la víctima probable de la falsa información²¹⁶. Esto pone de manifiesto nuevamente la idea de que es conveniente tener cauces técnicos que den respuesta al hecho de que son distintas las consideraciones de política legislativa que se esconden detrás de la protección contra el daño físico y detrás de la más limitada protección contra el daño puramente económico.

En pura teoría, es perfectamente posible que se den casos en los que se cumple uno de los requisitos y no el otro. De hecho, los redactores del parágrafo 552 ponen dos ejemplos al respecto²¹⁷. Imaginemos que un auditor prepara un informe para que su cliente consiga un préstamo de un tercero determinado y que éste, en lugar de prestar, se decide a comprar acciones de la compañía que encargó ese informe; en este ejemplo, se cumple el requisito de ser la persona «para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la

²¹⁴ PROSSER y KEETON, p. 753; JAMES y GRAY, pp. 518 y ss.

²¹⁵ PROSSER y KEETON, p. 751.

²¹⁶ FLEMING (87), p. 160.

²¹⁷ Son las ilustraciones 14 y 5, respectivamente.

información el receptor de la misma» [par. 552.2.a)], pero no se cumple el requisito de que el daño se produjera al «participar en la transacción para la cual esa información se había dado, o en una transacción sustancialmente similar» [par. 552.2.b)]. Imaginemos ahora que el informe en cuestión es mostrado a un tercero distinto a aquél para el que el demandado elaboró ese informe y que este otro tercero accede a prestar la cantidad en cuestión. En este segundo ejemplo, la situación sería la inversa: no se cumple el requisito a) del parágrafo 552.2 y sí el requisito b).

Sin embargo, en los casos más conocidos, es más frecuente que se den los dos requisitos sin que ello genere demasiados problemas. A pesar de todo, en la práctica el primero de los requisitos del parágrafo 552.2 ha tenido mucho más éxito. En efecto, tanto los tribunales estadounidenses como los de la *Commonwealth*, fijan su atención preferentemente en el primer requisito del parágrafo 552.2, tratando así de poner coto al potencial carácter ilimitado de la responsabilidad principalmente a través de limitar el grupo de personas en cuyo favor se extiende el deber de cuidado²¹⁸.

Al fijarse preferentemente en el requisito de que el demandante sea la persona o pertenezca al limitado grupo de personas para cuyo uso se proporcionó la información, los tribunales se encuentran con el problema de cómo de limitado es el «grupo limitado de personas» que se exige en el parágrafo 552.2.a)²¹⁹. Por ello, Feldthusen opina que este requisito no cumple bien la tarea –poner límites razonables a la responsabilidad– para la que estaba pensado y que sería mucho mejor hacer mayor hincapié en el requisito b), es decir, en la idea de que el daño se haya producido en la operación para la cual la información se proporcionó. De esta manera, se determina al potencial demandante a través de la operación en la que participa y, además, se evita el problema de la determinación de la idea de «grupo limitado de personas»²²⁰.

En la jurisprudencia de los EE. UU. se encuentran distintas interpretaciones de los requisitos a) y b) de la sección segunda del parágrafo 552, unas más amplias y otras más estrictas. En un extremo, encontramos una interpretación muy estricta de ambos requisitos que consiste en exigir que tanto el usuario de la información como la operación para la que se proporciona estén identificados.

²¹⁸ FELDTHUSEN, pp. 97 y 101, y FEINMAN, p. 167. Esto se aprecia con especial claridad en WINFIELD & JOLOWICZ, p. 282.

²¹⁹ FELDTHUSEN, pp. 97-98 y 100; ROGERS, p. 89; CLARK & STEPHENSON, p. 134.

²²⁰ FELDTHUSEN, p. 107. Este autor ofrece (pp. 108-109) un interesante resumen de jurisprudencia que demuestra que la idea de hacer hincapié en la operación en lugar del potencial demandante lleva a los mismos resultados favorables y lo hace más claramente.

Esta interpretación viene a hacer coincidir la regla del párrafo 552 con una regla basada en que el usuario de la información sea un tercero beneficiario del contrato o, al menos, un tercero incluido en su ámbito de protección en cuyo cumplimiento se proporcionó la información errónea²²¹. En el otro extremo estaría el dar por cumplido los requisitos que estamos estudiando por el mero hecho de que el autor de la información errónea conozca la siempre abierta posibilidad de que alguien más confíe en su información. En este extremo de una amplitud excesiva también estaría la idea de admitir que cualquier tipo de motivo para conocer al usuario y la operación sirviese como criterio para delimitar la responsabilidad; ésta, que es la forma de funcionar en los casos de informaciones erróneas dolosas, tampoco parece que se pueda admitir²²².

La interpretación más frecuente consiste en entender que basta con que el perjudicado y la operación en la que se produce el daño sean previsibles desde el punto de vista del caso concreto o desde el punto de vista de las prácticas específicas del sector de que se trate²²³. No se trata tanto, pues, de que el demandado conozca la identidad del usuario de la información y la operación en la que esa información va a ser usada, como de que tenga motivos para conocerlos, aunque no baste cualquier motivo.

Esta última manera de entender las cosas es muy usada en casos en los que un prestamista encarga a un tasador un informe sobre el valor de un bien inmueble, el informe es incorrecto y eso daña al comprador de la finca, que la había comprado con el dinero prestado y basándose en ese informe incorrecto del tasador. En estos casos, es destacable que la responsabilidad del tasador está limitada de antemano por el valor de la finca negligentemente tasada, con lo que no se presenta el problema de responsabilidad ilimitada que tanto preocupa en el campo de los daños puramente económicos²²⁴. Hay otros casos de este tipo que son incluso más claros porque es el comprador el que paga los honorarios del tasador²²⁵.

²²¹ El ejemplo más conocido de esta manera de entender las cosas es *Bily v. Arthur Young*.

²²² Observaciones tomadas del Comentario h) del par. 552. Véanse las mismas ideas en FLEMING (87), pp. 613-614. Más información sobre frente a quiénes responde el autor de una información dolosamente engañosa en, por ejemplo, PROSSER y KEETON, pp 744-745.

²²³ FEINMAN, pp. 169 y 170-171. Véase también, para el caso de los auditores, RABIN, p. 1528.

²²⁴ PROBERT, p. 496; PROSSER y KEETON, p. 747; JAMES, pp. 57-58. En la *Commonwealth, WINFIELD & JOLOWICZ*, p. 280, recogen casos y soluciones similares, más claros cuando se trata de compras de viviendas del sector más barato del mercado. También BRAZIER, p. 210. Es destacable que en ambos se deja ver el problema que plantea la inexistencia en el Derecho inglés de la figura del contrato en beneficio de tercero.

²²⁵ Como el citado por FEINMAN, p. 171, de *Alva v. Cloninger*, o, para la *Commonwealth*, el citado por BRAZIER, p. 211, de *Smith v. Bush*.

Este enfoque también se usa frecuentemente con los agrimensores (*surveyors*) y con los encargados de rastrear los títulos de propiedad (*title abstracters*)²²⁶. En estos casos la responsabilidad también está normalmente limitada de antemano por el valor de la finca y por el hecho de que la víctima del daño será una sola persona que lo sufrirá una sola vez: el que resulte ser dueño de la cosa cuando se descubra el error del demandante²²⁷. Sin embargo, estos casos sí presentan un problema de responsabilidad ilimitada, por lo que respecta al tiempo en que se puede plantear el conflicto. De hecho, no es infrecuente que el error del *title abstracter* se descubra años más tarde o que el que reclame sea un adquirente sucesivo de la cosa²²⁸.

Según el parágrafo 552.2.b) el daño se tiene que haber producido en la operación para la cual se proporcionó la información o en una operación «sustancialmente similar». Sobre esto, los redactores del parágrafo 552 explican que para que una operación sea sustancialmente similar a otra es necesario que la cuantía de las operaciones sea de magnitud similar²²⁹.

Lo más importante de la interpretación de estos requisitos de la sección segunda del parágrafo 552 es seguramente su justificación. Según sus redactores, esa justificación está en la idea de que quien confía en una información en relación a una operación comercial razonablemente sólo puede esperar que el otro esté sujeto a un deber de cuidado cuando ese otro está claramente sobreaviso acerca del uso que se va a dar a su información y haya tenido la intención de suministrala con ese propósito. Lo fundamental es, pues, que el informante no se vea sorprendido por la imposición de una responsabilidad y que, por otro lado, pueda conocer de antemano la magnitud aproximada de la responsabilidad que arriesga en caso de decidirse a hablar para así tomar la decisión de informar o no y en qué circunstancias hacerlo (añadiendo, por ejemplo, una cláusula de exoneración)²³⁰. Desde luego, si la responsabilidad es ilimitada, mal se puede decir que el hablante asumió responsabilidad por lo que dijo ni que el perjudicado haya confiado en su certeza de forma razonable²³¹.

Tras las ideas del párrafo anterior se esconde probablemente el hecho de que en los casos de información errónea negligentemente

²²⁶ FEINMAN, p. 172, donde cuenta *Williams v. Polgar* y *Rozny v. Marnul*.

²²⁷ PROSSER y KEETON, p. 747; JAMES y GRAY, p. 311; FEINMAN, pp. 172-173, y FELDTHUSEN, pp. 103 y 113; JAMES, p. 58; RIZZO, p. 304, maneja ideas similares, insistiendo en que el daño económico esté concentrado y que no exista una víctima de daño físico a través de cuya reclamación sea posible encauzar las cosas.

²²⁸ FELDTHUSEN, p. 112. En *Williams v. Polgar*, por ejemplo, la información se proporciona en 1926 y la demanda se entabla en 1971.

²²⁹ Véase el Comentario h) del par. 552. También PROSSER, p. 240.

²³⁰ Ideas similares en BISHOP (80), p. 374.

²³¹ FELDTHUSEN, pp. 94-95.

producida o comunicada no estamos, por definición, ante un comportamiento doloso. El estándar de comportamiento doloso es absoluto, existirá o no, pero no depende del uso que se vaya a hacer de la información. En cambio, en los casos en los que media sólo negligencia, el estándar de conducta es relativo: sólo puede determinarse teniendo en cuenta el uso de la información en comparación a la magnitud del daño y la probabilidad de que ocurra en ese uso caso de que la información sea incorrecta²³². De esta manera, el hablante deberá emplear más o menos diligencia según sea la responsabilidad que asume.

1.3 El origen del deber de cuidado

El supuesto del que partimos es un supuesto en el que una persona da a otra una información que resulta no ser verdadera y el receptor de la información, al darla por buena, actúa basándose en la misma y, por ello, sufre un daño puramente económico. La pregunta inicial es la de saber cuándo un hablante responde de la veracidad de las informaciones que proporciona a otras personas.

La respuesta a la pregunta anterior que se propone en los EE. UU. es la de que el emisor responde siempre que, en palabras del párrafo 552 del *Restatement*, haya emitido la información «en el transcurso de su negocio, profesión o empleo, o en el transcurso de cualquier otra transacción en la que tenga un interés pecuniario».

En los sistemas de la *Commonwealth*, la respuesta a la pregunta que acabamos de plantear es algo más difícil de resumir porque hay más discusión. En concreto, se utilizan las siguientes propuestas, según el esquema expositivo de Feldthusen:

1.3.1 Hay un buen número de sentencias, empezando por la misma dictada en *Hedley Byrne*, que acuden al muy amplio y difuso concepto de «relación especial». El emisor responde ante el receptor de la información por los daños sufridos por éste al creérsela y actuar en consecuencia, cuando entre ellos hay una *relación especial*. Esa relación se suele formular en términos muy amplios y muy vagos, tanto que a duras penas puede servir como base para decidir o prever la decisión de las hipótesis que se nos planteen²³³.

²³² Esto es el Comentario a) del par. 552. Véanse también GOODHART, pp. 295-296; FLEMING (87), p. 612, y FEINMAN, p. 167, donde explica que se trata de un modelo de conducta del tipo de la fórmula recogida por Learned HAND.

²³³ Como muestra de esa falta de concreción se puede ver BAKER, p. 105, donde está bien reflejada la diversidad de opiniones entre los Lores jueces de *Hedley Byrne* sobre el origen de esa relación especial.

Esta idea de la relación especial, sin embargo, sí tiene la virtud de hacernos ver que el hablante no está obligado a guardar un comportamiento diligente respecto a todos en lo tocante a daños puramente económicos, sino que su obligación se ciñe a unos pocos: los que están con él en una relación especial²³⁴. Es decir, que esta idea sirve, aunque de forma no muy ventajosa, a dos finalidades que, en sí, resultan interesantes: destaca la necesidad de que exista previamente al daño una cierta relación entre emisor y receptor de la información y, por otro lado, destaca la existencia del problema de una responsabilidad potencialmente fuera de límites²³⁵.

1.3.2 La segunda propuesta consiste en decir que el deber de cuidado nace para el hablante cuando debería haber previsto que el receptor tenía la intención razonable de confiar en la información o el consejo como base de su actuación. Este es el criterio más seguido en la jurisprudencia de la *Commonwealth*, si bien es cierto que muy a menudo se usa en conjunción con el criterio de la asunción voluntaria de responsabilidad que se explica más abajo²³⁶.

Como señala Feldthusen, el mayor inconveniente de este criterio de la confianza razonable como base para el reconocimiento de un deber de cuidado está en que fija mucho su atención en la conducta del receptor de la información: en cualquier momento en que un experto produce una información, es perfecta y razonablemente previsible que otras personas confíen en ella para actuar en consecuencia. Con esto, además, se autoriza o fomenta la actuación de los terceros que se aprovechan de la información sin haber contribuido a los costes de generarla. El resultado previsible de imponer responsabilidad por los daños que se produzcan a través de la infracción de un deber de cuidado así establecido es bien una menor cantidad de información disponible, o bien obligar al emisor a introducir una cláusula de exoneración de responsabilidad cada vez que abra la boca.

Además, el empleo de este criterio puede hacer que seamos incapaces de distinguir entre lo poco, mucho o nada razonable con-

²³⁴ En la doctrina italiana, se pueden ver ideas similares en FANELLI, p. 425; PIRAINO LETO, p. 443; ALPA Y BESSONE (90), p. 196; RANIERI, p. 651; MICCIO, p. 1013.

²³⁵ Son observaciones de FELDTHUSEN, pp. 31 y 37-42. Véase también SALMOND & HEUSTON, p. 210. Por su parte, BISHOP (80), p. 376, propone una lectura del requisito de que exista esa relación especial que consiste en utilizarlo para distinguir entre quienes han pagado —aunque sea de forma indirecta— y quienes no han pagado por el uso de la información.

²³⁶ Para la afirmación sobre el carácter mayoritario de esta visión en la jurisprudencia, FELDTHUSEN, pp. 43 y 46; CANE, «The Metes and the Bounds of Hedley Byrne», *The Australian Law Journal*, diciembre 1981, vol. 55, pp. 862-875, p. 864. Véase también SALMOND & HEUSTON, pp. 202 y 211; ROGERS, p. 88; HARVEY, p. 620; BAKER, p. 106; HOWARTH, p. 33; BANAKAS (99-2.º), p. 273, y WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276. Un ejemplo del uso de ambos criterios en combinación en BRAZIER, p. 208.

fianza del dañado en la corrección de la información y la cuestión de si debe imponerse responsabilidad al emisor de la misma. Hay casos en los que la confianza del demandante está perfectamente justificada por este criterio, en el sentido de que fue perfectamente razonable, y sin embargo, no parece que se deba imponer responsabilidad al hablante. La idea es también de Feldthusen, que pone el ejemplo de *Hedley Byrne*: en este caso, era perfectamente razonable que el agente de publicidad confiara en la afirmación de la solvencia de su cliente que le hace llegar el banco de ese cliente, pero también es clara la irresponsabilidad del banco que informa sobre la solvencia ya que en el informe había incluido una cláusula en la que advertía que no asumía responsabilidad por la información. En resumen, que hay veces que el dañado confía razonablemente en la corrección de la información, que el emisor de la misma conocía o podía razonablemente prever esa confianza y, sin embargo, no debemos dar lugar a responsabilidad porque el dañado confió, pero a su propio riesgo. Hay muchos casos en que es razonable confiar en la información producida por otros, pero confiar asumiendo los riesgos de la decisión.

Sea como sea, tampoco hay que llegar al extremo de menospreciar la importancia del elemento «razonable confianza» en los casos de daño puramente económico que aquí estudiamos. En estos casos, el dañado ha tenido que confiar en la información recibida para que podamos decir que esa información negligentemente producida o comunicada fue la *causa* del daño. Si esa confianza fue razonable, será más fácil que el demandante convenza al juez de que el daño fue causado por el hecho de confiar en el emisor de información y, por otro lado, que la confianza del dañado era previsible para el emisor. El elemento «confianza razonable» es un requisito necesario, pero no suficiente, para que podamos afirmar la existencia de un deber de diligencia a cargo del emisor de información²³⁷.

1.3.3 El tercer criterio con el que decidir cuándo vamos a dar lugar a responsabilidad por la negligente producción o comunicación de informaciones incorrectas se puede enunciar de la siguiente manera: cuando se pueda decir que el emisor asumió voluntariamente responsabilidad respecto de la información o el asesoramiento que presta. También es un criterio ampliamente respaldado por doctrina y jurisprudencia²³⁸.

²³⁷ Para todo esto, FELDTHUSEN, pp. 43-45. Por su lado, BANAKAS (99-2.º), p. 280, también señala el doble papel (como posible base para afirmar la existencia de un *duty* y como elemento de la relación de causalidad) de la idea de razonabilidad de la confianza del perjudicado.

²³⁸ Para esto, FELDTHUSEN, p. 46, con abundantes referencias. También SALMOND & HEUSTON, p. 211; ROGERS, p. 88; HARVEY, p. 620. Por su parte, BAKER, p. 106; HOWARTH,

Lo que el juez debe llegar a saber, según este criterio, es cuándo una persona razonable, manejando todos los datos de la concreta situación y el comportamiento del emisor, habría llegado a la conclusión de que ese emisor estaba asumiendo responsabilidad por lo que decía²³⁹.

Esto no es lo mismo que decir que se impone responsabilidad cuando el hablante voluntariamente asume responsabilidad. Por un lado, la asunción de responsabilidad por el hablante normalmente será implícita, no expresa²⁴⁰. Por otro lado, la verdadera y secreta intención del emisor, si es que se puede llegar a descubrir, no es lo decisivo de este criterio (salvo que, en sentido negativo, se haya plasmado en una cláusula de exoneración de responsabilidad). Lo decisivo es que el dañado pueda llegar razonablemente a la conclusión de que sí, de que el hablante está asumiendo responsabilidad por lo que dice. Este criterio es muy parecido al anterior, se construye sobre las mismas ideas y en él también juega cierto papel la idea de que el dañado confió razonablemente en la veracidad de la información²⁴¹. Pero también existen diferencias entre ellos, diferencias que nos hacen preferir éste: fundamentalmente que se hace hincapié en la actitud del emisor y se impide la imposición a este de responsabilidad por acto (confiar) unilateral del receptor y usuario de la información.

Este criterio nos permite respetar la idea de que la información o el asesoramiento son productos comerciales que tienen un valor que depende del grado de cuidado que el productor haya puesto en ellos. En efecto, si afirmamos la existencia de un deber de cuidado sobre el productor de información lo que estaremos haciendo es reconocer la transmisión de propiedad comercial. En este sentido, es importante destacar que el productor es el que tiene que consentir la transmisión de su derecho. Y hay que reconocer que, frente al criterio anterior de la «confianza razonable», este criterio impide que por un acto unilateral del dañado (confiar en la información como base para actuar) se pueda llegar a imponer un deber de cuidado al emisor de información; por ello, este criterio de la asunción voluntaria de res-

p. 33, y WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276, destacan que todos los Lores que decidieron *Hedley Byrne* aceptaron y utilizaron esta idea de la asunción de responsabilidad. Según HOWARTH, p. 38, esta idea, que era la preferida por Lord Goff en *Hedley Byrne*, ha sido profundizada en cualquier caso posterior en que pudiera venir a cuento. En pp. 40-41, este mismo autor da noticia sobre la polémica en que este criterio ha estado envuelto.

²³⁹ FLEMING (87), p. 608.

²⁴⁰ BAKER, p. 106. También, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 276; ROGERS, p. 88; HOWARTH, p. 38, y CLARK & STEPHENSON, p. 139. También se puede ver GOODHART, p. 295, y CRAIG, p. 216.

²⁴¹ Ambos criterios son normalmente intercambiables y llegan a los mismo resultados, dice FELDTHUSEN, p. 54.

ponsabilidad cumple mejor con esta idea de que es él –productor y propietario– el que decide el destino de su producto²⁴².

Donde se ve clara la importancia de mantener y emplear el criterio 3.^º en vez del criterio 2.^º, y donde se pueden ver claras las diferencias entre ellos, es en la cuestión de establecer el régimen de las cláusulas por las que el emisor trata de exonerarse de responsabilidad²⁴³.

En efecto, en el mismo caso *Hedley Byrne*, el demandado no fue condenado, precisamente, porque había incluido en el informe sobre la solvencia que emitió una cláusula en la que expresamente manifestaba que ni el banco ni sus empleados asumían responsabilidad por las afirmaciones vertidas en el mismo²⁴⁴. Hay que destacar que la confianza del dañado en el informe de *Heller* (el banco) es igualmente razonable con o sin la inserción de esa cláusula, a menos que la inserción de cláusula semejante fuese algo extraordinario, poco frecuente, que debía haber alertado a la víctima²⁴⁵. Esta idea se ve muy clara si comparamos un informe sobre la solvencia del deudor redactado con o sin una cláusula de exoneración de responsabilidad, con un informe sobre la solvencia del deudor en la que se incluye una cláusula de contenido similar a éste: «Este informe se emite sin haber comprobado mis datos de los últimos seis meses, pero estimamos que sí, que el señor X es solvente y su empresa seria y respetable». Este segundo tipo de cláusula sí que pone límites a la razonabilidad de la confianza que cualquier persona prudente puede depositar en el informe así emitido.

La idea es muy clara. Como dice Blom, a diario confiamos de forma rutinaria en la veracidad de informaciones sin por ello tener razón alguna para asumir que, si resulta que fueron negligentemente producidas o comunicadas, se dará lugar a responsabilidad

²⁴² Para esto, FELDTHUSEN, pp. 46-52. También destaca este autor que este tercer criterio para el establecimiento del deber de cuidado es el que también juega en otros casos de daño puramente económico en los que, sin embargo, no juega para nada la confianza del perjudicado. El ejemplo más claro de este último tipo de caso es el del que iba a ser llamado a heredar pero que no llega a hacerlo por la negligencia del notario que interviene en la redacción del testamento. Es un tipo de caso muy conocido sobre el que no podemos entrar ahora porque eso supondría alejarnos del camino que seguimos en este trabajo. Podemos añadir, sin embargo, que la observación de Feldthusen es innecesaria en el preferible enfoque consistente en distinguir entre informaciones falsas (*misrepresentation*) y deficiente prestación de servicios (*negligence*) que ha adoptado sobre la cuestión la versión estadounidense del *Common Law*.

²⁴³ Las ideas que siguen son de FELDTHUSEN, pp. 52 y ss.

²⁴⁴ Textualmente, el informe emitido por el Banco decía, «*For your private use and without responsibility on the part of the bank or its officials*»; véase *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* (1964) A.C. 465, en, p. 579.

²⁴⁵ Sobre el papel de estas cláusulas como aviso a la otra parte de que el hablante está informando con una diligencia inferior a la habitual, BISHOP (80), p. 372.

por daños puramente económicos. La cuestión no es, por tanto, saber si una persona prudente habría confiado en la veracidad de la información o el consejo; lo que hay que saber es si una persona prudente habría concluido que la información conllevaba convicción no sólo de la calidad de la misma (lo que parece que equivale a buena fe), sino además, convicción de estar asumiendo una responsabilidad²⁴⁶.

Concluimos con Feldthusen, por tanto, que el criterio de la asunción de responsabilidad es, en algunos casos, preferible a su directo competidor basado en la confianza razonable²⁴⁷.

1.3.4 Al lado de estas ideas, se pueden encontrar otras que pueden funcionar como indicios de que sí se estaba asumiendo responsabilidad por la veracidad de lo que se decía.

a) Un indicio estupendo de que estamos en una situación en la que existe un deber de diligencia a cargo del hablante es el que representa el hecho de que la información o el consejo se haya proporcionado en el transcurso del negocio o actividad profesional o empresarial del hablante. La idea, mencionada incluso en el parágrafo 552 del *Restatement*, es, en primer lugar, un magnífico indicio de que el receptor de la información va a confiar razonablemente en la veracidad de la misma y de que el emisor conocía o podía prever esa confianza. También es un indicio de que el receptor ha confiado razonablemente en que el emisor estaba asumiendo responsabilidad por lo que decía. Es, por último, un indicio de que el emisor tenía un interés pecuniario en la operación. Además, los profesionales tienen acceso a un seguro que les cubra de las responsabilidades en que pudieren incurrir²⁴⁸.

Este criterio para el establecimiento de un deber de cuidado, que supone restringir este tipo de responsabilidad a los profesionales y excluir de ella a los simples particulares, está directamente emparentado con otras ideas bastante interesantes. Una de ellas es la idea de que el demandado ha de tener una *cualificación especial* en relación con la información que proporciona y cuya negligente incorrección ha causado el daño. La idea puede funcionar bien como

²⁴⁶ Véase, BLOM, pp. 293-294, citado por FELDTHUSEN, p. 54.

²⁴⁷ FELDTHUSEN, pp. 53-55, también destaca que adoptar uno u otro punto de vista puede ser fundamental desde el punto de vista de establecer la carga de la prueba en estos casos de existencia de una cláusula de exoneración de responsabilidad; en concreto, se trata de que saber si la cláusula impide que el receptor dé por hecho que el emisor está asumiendo responsabilidad, con lo que no nace un deber de cuidado, o, por el contrario, se trata de que, pese a la cláusula, el receptor puede confiar razonablemente y será el emisor el que tenga que probar que la cláusula sirvió efectivamente para excluir la responsabilidad que sí había nacido.

²⁴⁸ FLEMING (87), p. 609.

complemento de los criterios que hemos ido examinando, pero no debe entenderse que el demandado siempre tenga que haber afirmado una habilidad especial para dar esa información (o, lo que para el caso es lo mismo, se haya presentado ante él como integrante de una profesión que tiene especial cualificación) como base necesaria para que podamos afirmar la existencia de un deber de cuidado²⁴⁹.

b) Que la información haya sido la respuesta a una petición de información realizada por el dañado puede servir de indicio –aunque hay que reconocer que un indicio ya bastante devaluado– de que el hablante está sometido a un deber de diligencia. No está claro si es un simple indicio, si es una condición necesaria o si simplemente es un dato que facilita la labor de dar por cumplido el requisito de que el hablante había asumido responsabilidad²⁵⁰.

c) Si la información o el asesoramiento se prestó en un entorno de simple intercambio social, estaremos ante un indicio de que estamos ante un *curbstone advice* y, por tanto, fuera del campo en el que existe un deber de diligencia. De todas formas no es siempre fácil saber si estamos ante una información u opinión informal. Se puede tratar, por ejemplo, de una comida de negocios o, incluso, de una conversación seria pero mantenida en el transcurso de una partida de golf. Sea como sea, la inexistencia de un deber de diligencia ha de quedar clara en los casos del llamado *curbstone advice* para que, así, los profesionales puedan relajarse en su tiempo libre.

2. LA RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES FALSAS, EN NUESTRO DERECHO

Acabamos de recoger con cierto detenimiento la experiencia anglosajona en torno al punto central de la responsabilidad por informaciones falsas, esto es, en torno a la cuestión de establecer en

²⁴⁹ FELDTHUSEN, pp. 70-75. Explica FLEMING (87), p. 609, que estas ideas fueron introducidas en *Mutual Life & Citizens' Assur. Co. v. Evatt* con pretensiones de que fuera un dato decisivo, pero con escaso éxito. De hecho, la negativa a la responsabilidad del hablante en ese caso estaba completamente justificada porque la confianza del perjudicado no había sido razonable, dado que malamente se puede decir que el demandado hubiese asumido responsabilidad por la información que proporcionó y porque el perjudicado buscaba la información en cuestión, pero no estaba dispuesto a pagar una peseta por ella (cfr., en cambio, HARVEY, p. 609). Destaca BAKER, p. 107, que al restringir la responsabilidad por informaciones erróneas negligentes a los profesionales, el *Privy Council* estaba tratando de volver a la situación anterior a *Hedley Byrne*, pues lo normal será que esos profesionales actúen porque han celebrado un contrato y nunca nadie ha dudado de que exista responsabilidad contractual por *negligent misrepresentations*. Sobre todo esto, también BRAZIER, p. 208; SALMOND & HEUSTON, p. 213; ROGERS, p. 87; SMILLIE, p. 255, n. 76, y, con más matices, WINFIELD & JOLOWICZ, p. 278-279; Cfr. PROSSER y KEETON, p. 761.

²⁵⁰ FLEMING (87), p. 608; CANE, p. 871.

qué circunstancias surge el deber de informar con diligencia y qué alcance tiene ese deber. Creo que la mayor parte de esa experiencia es trasladable a nuestro ordenamiento, en los términos que luego se expondrá. En este epígrafe, dando ya por hecho que hemos probado la posibilidad de desdoblar en nuestro Derecho la idea de culpa en sus elementos de deber de cuidado e infracción de ese deber, me propongo aprovechar las experiencias de Derecho Comparado que hemos ido recogiendo para describir, con la máxima profundidad de que sea capaz, las circunstancias en que la responsabilidad surge, las limitaciones que tiene y las principales especialidades de su régimen jurídico. De esta manera, espero poder ofrecer algunas soluciones útiles en un campo, como es el de la responsabilidad por daños causados al usuario de informaciones falsas, necesitado de estudio en nuestra doctrina y, en general, todavía falto de firmeza en las soluciones que ofrece el Derecho Comparado.

En esta tarea, es necesario recordar que el *leit motiv* que dirige este trabajo es la necesidad de romper la ecuación entre uso de la información incorrecta y posibilidad de imponer responsabilidad a su autor. Esa necesidad deriva de que, como ya hemos señalado en repetidas ocasiones, la información se caracteriza por el hecho de que pasa de mano en mano fácilmente –sin que ello reporte ninguna ventaja directa al autor– y por el hecho de que no se consume por su uso, mientras que la responsabilidad no debe compartir esas características. Por eso, no podemos ni debemos aspirar a indemnizar a todos los usuarios previsibles de esa información (que serían incontables), sino que es necesario encontrar instrumentos técnicos que sirvan para seleccionar a algunos de esos usuarios. Si logramos que esos instrumentos seleccionen los casos que deben ser indemnizados conforme a las exigencias de justicia y eficiencia que están en la base de la responsabilidad extracontractual, y que esa selección se haga de forma transparente, habremos alcanzado nuestros objetivos de la forma más satisfactoria posible.

Para ello, empezaremos recogiendo algunas ideas sobre la acción dañosa y la relación de causalidad presentes en los casos de responsabilidad que estudiamos. A estas alturas, algunas de las ideas que recogeremos ahí serán ya conocidas. Sin embargo, creo que es útil tenerlas reunidas sistemáticamente y desde el punto de vista de nuestro Derecho. Después, entraremos en la decisiva cuestión de cómo definir en nuestro Derecho el cuándo y el cómo del surgimiento del deber de ser cuidadoso a la hora de elaborar y/o proporcionar informaciones falsas. Por último, esbozaremos algunas rasgos especiales del régimen jurídico aplicable.

2.1 La acción dañosa

La descripción de la acción que causa el daño tiene ese interés al que antes aludíamos de ayudar a ordenar un panorama un tanto descuidado por nuestra doctrina, tarea que emprendemos a continuación, utilizando las enseñanzas de las doctrinas de nuestro entorno.

En los casos incluidos en nuestro campo de estudio, la acción que desencadena la responsabilidad consiste en proporcionar una información falsa.

2.1.1 Para profundizar un poco más en torno a la acción que desencadena la responsabilidad por informaciones falsas, se puede recordar que es habitual en las doctrinas de nuestro entorno distinguir entre *informaciones, consejos y recomendaciones*²⁵¹. El primer tipo consistiría en la comunicación de simples datos históricos. Sería el caso, por ejemplo, de la confirmación telefónica de cheques entre bancos: un banco informa al otro de la existencia de fondos bastantes en la cuenta del librador cuando el primer banco está pensando si conceder disponibilidad inmediata al tomador del cheque.

Frente a la comunicación de simples datos históricos en que consiste la *información*, el *consejo* y la *recomendación* contienen, en cambio, un juicio de valor que está basado en los datos históricos que también contienen o implican; el exhorto a seguir determinado comportamiento es más fuerte en la *recomendación* que en el *consejo*. Como ejemplos de estos dos tipos de comunicaciones, se podrían citar el caso de un informe sobre la solvencia de un sujeto, o el caso de una recomendación de suscribir acciones de una determinada sociedad que un banco dirige a sus clientes.

En el caso de los informes sobre la solvencia de un sujeto emitidos por un banco, se puede destacar la idea de que el informe consistirá normalmente en un juicio de valor, por la necesidad de respetar el secreto bancario; es decir, por la muy limitada posibilidad de comunicar al solicitante de la información datos numéricos completos sobre los que ese mismo solicitante pudiera basar una opinión propia.

²⁵¹ MARSHALL, p. 784; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, 1998, p. 491; SINDE MONTEIRO (89), p. 14. En Francia, LUCAS DE LEYSSAC, «L'obligation de renseignements dans les contrats», *L'information en Droit Privé*, París, 1978, p. 306; VINEY y JOURDAIN, núm. 498, p. 414; VEZIAN, pp. 230 y 231. Es de señalar que, en Francia a menudo, esta diferencia se teoriza tratando de obligaciones contractuales de información y consejo, que es una de las líneas de trabajo a través de las que la jurisprudencia francesa ha ido encauzando ciertos problemas recientes. En nuestro país, LLLOBET I AGUADO, p. 34, o STIGLITZ, p. 49.

La manera de hacer estas distinciones que acabamos de mencionar no es unánime en la doctrina²⁵². Por el contrario, sí está clara la distinción entre mensajes con contenido valorativo o mensajes sin ese contenido valorativo²⁵³. Esta distinción es interesante porque nos permite atender al hecho de que es más fácil decidir sobre la falsedad o no de una comunicación de meros datos históricos que sobre mensajes que contengan juicios de valor, como por ejemplo una opinión o un pronóstico.

Además, conviene tener clara esta distinción porque la cosa puede complicarse cuando hay entremezclados elementos de los dos tipos en el mismo mensaje²⁵⁴. También conviene destacar que en los mensajes con contenido valorativo, es decir, aquellos que contienen una opinión, también tienen un contenido implícito de simples datos históricos, en la medida en que esa opinión los presupone²⁵⁵. Sobre esos datos históricos implícitos, se puede basar, en su caso, un juicio de falsedad sin especiales problemas. Asimismo, también es relevante la mayor o menor concreción del mensaje, que permitirá medir el grado de confianza razonable que sobre él podrá depositar el informado²⁵⁶.

En ocasiones, también puede ser relevante si el informado fue el que solicitó la información o, por el contrario, fue el informador el que la adelantó al receptor de forma espontánea. En el primer caso, por regla general, la imposición de responsabilidad está más justificada²⁵⁷. En el segundo caso, hay que atender preferentemente a la idea de autorresponsabilidad, tanto del informador que se adelante a difundir mensajes, como del informado que hace uso de una información que no ha solicitado y que en la mayor parte de las veces será gratuita.

Sobre estos extremos se discute, y parece lógico que así sea. Por un lado, Ranieri cree que la responsabilidad debe limitarse al caso del dolo en caso de que el tercero no la haya solicitado. No está de acuerdo Miccio, por otro lado, al entender que el que adelan-

²⁵² Según MOLLE, p. 40, el consejo es solicitado por el cliente (del banco), mientras que la recomendación la da el banco espontáneamente. LUMINOSO, p. 194, dentro de los mensajes que contienen un juicio de valor, prefiere distinguir entre los que son una valoración de un cliente (por ejemplo, sobre su solvencia) y los que implican la recomendación de acometer alguna operación (por ejemplo, comprar acciones de determinada sociedad). Cfr. MIRABILE, p. 405; FERRARINI, p. 95; ideas MICCIO, p. 1012. Cfr., por otro lado, FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, París, 1992, pp. 7-10. En Francia, es usual advertir que estas categorías se entremezclan y que es difícil distinguir entre ellas; sobre esto, por todos, VINEY y JOURDAIN, núm. 498, pp. 414-415. En España, GÓMEZ CALLE, p. 119.

²⁵³ Muy claro en SALVADOR *et al.*, p. 27, n. 12.

²⁵⁴ LUMINOSO, p. 195; RANIERI, p. 631; FERRARINI, p. 99.

²⁵⁵ FEINMAN, p. 164, n. 15, y PROSSER y KEETON, pp. 755 y 761.

²⁵⁶ ALPA y BESSONE (90), p. 196.

²⁵⁷ FLEMING (87), p. 608; CANE, p. 871.

ta una información (está pensando en la presentación de un comerciante a otro) asume un cierto compromiso sobre la veracidad de lo que dice. En realidad, la cuestión así planteada no parece posible que sea decidida por sí misma y sin más datos adicionales²⁵⁸.

2.1.2 En principio, no se plantean problemas especiales para aceptar que la conducta del demandado sea meramente omisiva²⁵⁹. Para ver más claro qué ocurre en estos casos de comportamiento omisivo es necesario, en primer lugar, tener en cuenta que no parece conveniente englobar aquí los casos en los que la «omisión» consiste en que la información proporcionada es inexacta por incompleta. En segundo lugar, es conveniente distinguir entre los casos en los que no hay relación contractual alguna y los casos en los que la información se presta en cumplimiento de un contrato en el que, sin embargo, el perjudicado no es parte.

Cuando, en primer lugar, el informador no proporciona la información en cumplimiento de contrato alguno, es muy claro que la pura negativa a proporcionar la información no puede dar lugar a responsabilidad frente el que aspiraba a ser usuario de esa información. En segundo lugar, cuando el informador sí está obligado contractualmente a proporcionar la información, podrá reclamársela y, en su caso, exigir responsabilidad (contractual) por su no entrega, aquél que sea parte en el contrato y los terceros beneficiarios de ese contrato. No podrá reclamarla y no podrá quejarse del incumplimiento el que sólo sea un tercero incluido en el ámbito de protección del contrato en cuyo cumplimiento se iba a proporcionar la información.

2.2 La relación de causalidad y la imputación objetiva

Para estudiar la relación de causalidad en los casos que estamos estudiando, no debemos olvidar cuál es el punto de partida: de lo que estamos hablando es de daños puramente económicos. Es decir, que no estamos hablando de daños físicos a la persona o bienes materiales de la víctima. Por ello, la causalidad natural, la que pueden describir las ciencias de la naturaleza, no juega aquí más que

²⁵⁸ Véanse, RANIERI, p. 653, y MICCIO, p. 1011. Por su parte, ALPA y BESSONE (90), pp. 196 y 198 n. 228, comparten la opinión de Miccio. Para la RFA, algunos datos más en VON BAR, p. 114.

²⁵⁹ SAVATIER, núm. 46, p. 59; LALOU, núm. 674, p. 422 (también núm. 692, p. 425); MAZEAUD y TUNC, núm. 501, p. 156, n. 1 bis; VEZIAN, p. 233. Por su parte, GAVALDA y STOUFFLET (p. 838) plantean la posibilidad de que el banco que se niega a dar información sobre su propio cliente a un tercero incurra en responsabilidad (me imagino que contractual) ante su cliente por el hecho de que esa negativa puede ser entendida por el tercero como una mala señal sobre la solvencia de aquél.

un papel muy limitado. No se trata de saber si la caída de una rama de un árbol es capaz de ocasionar una fractura de cráneo, sino de saber, por ejemplo, si es razonable confiar en la opinión emitida gratuitamente por un asesor financiero. Lo que hay que estudiar es una relación de causalidad puramente social y humana. La dimensión normativa de la causalidad está, pues, muy presente.

2.2.1 Sobre el necesario nexo causal entre el comportamiento del autor y el daño, a estas alturas ya casi ni hace falta aclarar cuál es la secuencia causal de estos casos de responsabilidad por informaciones falsas. Esa secuencia causal es siempre la misma: se trata de un informador que proporciona información a un sujeto que sufre un daño al tomar una decisión basándose en la corrección de los datos recibidos.

Es destacable el papel que en esta secuencia causal juega la confianza del perjudicado. Si el perjudicado no actuase en determinado sentido, el daño no se habría producido. Por eso, es clave que la confianza del perjudicado se pueda calificar de razonable o justificada. Si, por el contrario, el perjudicado confió en la corrección de los informes contra todo lo que aconsejaba la prudencia, difícilmente podremos decir que la acción del demandado haya causado el daño, sino que el mismo perjudicado habrá sido el autor de su propia desgracia. No parece, en definitiva, que el daño sufrido por el demandante pueda ser objetivamente imputable al comportamiento negligente del demandado.

En efecto, si se admitiera la alegación por el demandante de que confió en una información errónea de una clase en la que ninguna persona razonable hubiese confiado, lo más probable es que en realidad no haya existido tal confianza y que aquél demandante sólo esté tratando de encontrar a alguien de quien obtener indemnización por los daños sufridos a causa de una decisión propia que resultó inadecuada. Si lo que ocurre es que, a pesar de lo irrazonable de su confianza, el demandante sigue siendo de buena fe, tampoco puede dársele satisfacción a costa del demandado, pues podemos decir que el demandante ha sido autor de su propia desgracia o, incluso, que había asumido el riesgo²⁶⁰.

Desde el punto de vista de la causalidad y de la confianza del perjudicado, se debe exigir que la información que luego se reveló como incorrecta versara sobre aspectos que puedan resultar esenciales (causales) en la decisión que tomó el perjudicado. De lo contrario, parece difícil que podamos atribuir causalmente el daño a la acción del demandado.

²⁶⁰ Estas ideas, muy claras, en PROSSER y KEETON, p. 750.

El carácter gratuito con que normalmente se proporciona la información en nuestro campo de estudio también tiene su reflejo en el grado de confianza razonable que puede depositar el perjudicado en la información que, más tarde se revela como incorrecta. En efecto, un informe que se ofrece gratuitamente no es la mejor base para entender que el informante está asumiendo responsabilidad acerca de la corrección del mensaje que emite, asunción que más abajo se verá que también en nuestro Derecho puede operar como umbral de entrada al campo de lo indemnizable.

Conviene destacar la idea de que, en ocasiones, los informes sobre solvencia, por ejemplo, tienen un distinto alcance según su contenido sea favorable o desfavorable. El valor que pueden tener estos informes, si son negativos, es el de advertencia para el que planeaba la celebración de un contrato con el sujeto sobre el que versa la información. Si son positivos, en cambio, no son el dato esencial que se tiene en cuenta para decidirse a contratar, sino que tienen el valor de ser uno de los muchos controles que el informado debe realizar para asegurar el buen fin de la operación que planeara.

2.2.2 Hay un caso en el que parece fácil alcanzar la conclusión de que no existe relación de causalidad entre el daño y la acción del demandante. Se trata del caso en que la solicitud de la información se dirige al informante con posterioridad a la decisión tomada por el perjudicado y de la que proviene el perjuicio. Es muy claro que, en ese caso, no podemos siquiera preguntarnos si fue razonable que el perjudicado confiara en una información incorrecta para tomar la decisión que acabó por volverse en su contra: lo que en realidad sucede es que nos detenemos antes al comprobar que la información falsa ni siquiera fue condición necesaria del daño, por lo que ya no queda lugar para la posterior pregunta de si el daño le es objetivamente imputable al demandante.

En la jurisprudencia italiana, se hace una aplicación de esta idea en una sentencia en la que se discutía sobre una confirmación telefónica de un cheque. Finalmente, se da la razón al banco demandado, a pesar de que había confirmado telefónicamente el cheque y lo había hecho mal, porque se atendió al hecho de que la llamada telefónica se había realizado cuando el demandante ya había concedido disponibilidad inmediata al sujeto que le había presentado el cheque.

En los países de la *Commonwealth*, se puede encontrar un caso en el que también fue decisiva la ausencia de la adecuada relación de causalidad. Se trata de una compañía que había comprado acciones de una segunda compañía y que demandaba a los auditores que habían preparado un informe incorrecto sobre el estado de esa segunda compañía. Frente a la alegación de la demandante de que había confiado en el incorrecto informe elaborado negligentemente por los auditores,

el tribunal estableció que no había existido esa confianza y que no había relación de causalidad entre el daño y la acción porque la demandante estaba decidida a comprar las acciones en cualquier caso, dado que el interés que le había movido a la adquisición era el de poder contar con los servicios de dos directivos que trabajaban en la compañía adquirida²⁶¹. En realidad, faltan datos para juzgar sobre la corrección de esta decisión, ya que la mala descripción de la situación de la compañía desde luego ha tenido que tener influencia sobre el precio pagado por la demandante por los directivos que deseaba tener en plantilla. Cabe la sospecha de que el Tribunal expresa en términos de ausencia de causalidad una decisión basada en otros motivos.

2.3 La información dolosamente incorrecta

Como quedó claro al estudiar las líneas generales de Derecho Comparado, el caso de la información dolosamente inexacta es más sencillo de solucionar y en ningún sistema se duda de que se debe imponer responsabilidad²⁶². Partiendo de esa claridad, en este epígrafe me propongo recoger los argumentos que mejor la justifican y que también se pueden utilizar en nuestro Derecho.

Desde ese punto de vista, podemos decir que también en nuestro sistema parece claro que, cuando el comportamiento del informante fue doloso, el daño ha sido culpablemente causado y que será indemnizable. En este camino, encontraremos grandes problemas de prueba –comunes a todos los casos en los que, entre los requisitos de la acción, hay que probar la intención del autor– y algún posible cruce con el Derecho Penal. El dolo del que hablamos consiste en la conciencia de la falsedad de la información, no necesariamente en la intención de dañar²⁶³.

En nuestro caso, no hay problema ninguno en admitir como dolosa la conducta en la que concurre un mero dolo eventual²⁶⁴. En el mundo anglosajón se repite una y otra vez la idea de que se puede tachar de doloso el comportamiento del que habla con negligente desprecio hacia lo que sea verdad o del que afirma algo como cierto siendo consciente de que no tiene todos los datos necesarios para afirmarlo²⁶⁵. Una idea muy parecida es aquella de afirmar como

²⁶¹ Se trata de *J E B Fasteners Ltd. v. Marks Bloom & Co.* (1983) 1 All ER 691, CA. También se puede consultar BAKER, p. 183, y BRAZIER, p. 211, n. 8.

²⁶² Por todos, VON BAR, p. 103.

²⁶³ Claramente explicado en PROSSER y KEETON, p. 741, y FEINMAN, p. 167.

²⁶⁴ RANIERI, pp. 642-643.

²⁶⁵ El juez CARDODO, en *Ultramaras v. Touche*, lo formulaba diciendo, «Fraud includes the pretence of knowledge when knowledge there is none». La idea también está, por ejemplo, en PROSSER, pp. 233 y 235; JAMES y GRAY, p. 297. También está presente en la RFA. Para esto, VON BAR, pp. 104 y 115.

dolosa la ignorancia inexcusable por un profesional de las habilidades mínimas de su profesión o la que equipara dolo a culpa grave.

Afirmar la responsabilidad del que conscientemente da una información falsa es relativamente más fácil que cuando nos encontramos con un comportamiento simplemente negligente²⁶⁶. Esa diferencia, que es sentida en todos los ordenamientos de nuestro entorno, es fácil de entender hasta desde un punto de vista emocional: es distinto engañar que equivocarse. Como dice Salvador Coderch, en otro contexto, «(la mentira) no enseña, engaña»²⁶⁷.

Esa diferencia de trato entre el comportamiento doloso y el negligente se explica muy bien en la forma en que lo hacen los autores anglosajones. En esos sistemas, se parte de que hay que distinguir entre un deber de cuidado, que es relativo y se define por el propósito para el cual se produce y emite la información, y el deber de honestidad, que es absoluto en el sentido de que la falta de buena fe no depende del propósito para el que se da esa información. De esta manera, la justificación última del distinto trato que el ordenamiento da a las informaciones dolosas puede ponerse en la idea de que la sociedad se beneficia de un trasiego de informaciones sobre el mundo comercial que pueden ser ciertas o no, pero que son propagadas de buena fe, mientras que no hay ningún beneficio social en la transmisión e intercambio de informaciones de cuya falsedad el autor es consciente²⁶⁸. Por otro lado, la intención de engañar sirve de freno y definición de la responsabilidad que se impone²⁶⁹. Además, cuando la actuación del demandado fue sólo culposa, el interés contrario de mantener la libertad de acción pesa relativamente más en la decisión de cuándo imponer responsabilidad²⁷⁰.

Hablando de comportamiento doloso, también merece la pena detenerse en la idea de que es más fácil apreciar la concurrencia de dolo cuando el informante tiene interés en que el informado siga el consejo recibido. En este caso, desparecen las razones que históricamente llevaron a la idea de que no se debe imponer responsabilidad por consejos o informaciones (la idea de que el consejo se da en interés del *mandatario*). Si el informado no es consciente de la presencia de ese interés, el silencio del hablante al respecto impide a la otra parte ponerse en guardia, con lo que recibe la información

²⁶⁶ Se puede ver ATIYAH, p. 248. También en general, ROBERTSON, p. 739. En la doctrina italiana, MONATERI (98), pp. 576-577.

²⁶⁷ SALVADOR CODERCH *et al.*, p. 31.

²⁶⁸ Estas dos ideas están en el comentario a) al par. 552 del *Restatement (Second) Torts*.

²⁶⁹ ROGERS, p. 52; MARSHALL, p. 748, y, en EE. UU., PERLMAN, p. 76.

²⁷⁰ FLEMING (87), pp. 4 y 607. Sobre la responsabilidad por informaciones dolosas de los auditores, cfr. GOLDBERG (88), p. 308.

o el consejo como si fuese una información o consejo neutrales, sin estar apercibido de la existencia de intereses contrapuestos. En estos casos de flagrante deslealtad, además, siempre estará presente la razonable sospecha de que concurre dolo, puesto que el hablante conseguirá realizar sus propios intereses si el oyente sigue el consejo o actúa sobre la información de que se trate²⁷¹.

2.4 Existencia del deber de cuidado, en nuestro Derecho

El problema consiste aquí en determinar cuándo pesa sobre el informante el deber de ser diligente en relación con el informado. En un segundo momento y dado el hecho de que la información es fácilmente transmisible entre las personas, se planteará el problema de saber hasta dónde se extiende el deber de cuidado cuya existencia hayamos afirmado en primer lugar.

No hay duda de que pesa sobre el informante un deber de diligencia cuando ese deber tiene origen contractual que ampara al informado. Así, el abogado al que se hace una consulta en su despacho profesional incumple su obligación e incurre en responsabilidad cuando contesta mal negligentemente. De igual modo, el arquitecto al que se pide opinión sobre la estabilidad de unos cimientos incurre en responsabilidad, si da una opinión errónea de forma negligente. También es clara la existencia de un deber de cuidado cuando es la ley la que concretamente lo impone sobre el demandado y para la protección del demandante respecto del concreto daño sufrido. En el otro extremo, es fácil excluir la responsabilidad del que, en el transcurso de una conversación informal, proporciona cierta información que resulta ser negligentemente falsa²⁷². El ejemplo usual en la doctrina es el del abogado que da opiniones o consejos en una fiesta.

Hay que advertir que, como se ha señalado, no siempre es fácil saber si estamos ante una información u opinión informal. Se puede tratar, por ejemplo, de una comida de negocios o, incluso, de una conversación seria pero mantenida en el transcurso de una partida de golf. Sea como sea, la inexistencia de un deber de diligencia ha de quedar clara en estos casos –casos de *curbstone advice*, en el mundo anglosajón– para que, así, los profesionales puedan relajarse en su tiempo libre.

²⁷¹ SINDE MONTEIRO (89), pp. 573-575.

²⁷² La idea es introducida en nuestra doctrina por PANTALEÓN (96), p. 115. Este supuesto de irresponsabilidad es aceptado en todas las doctrinas que se ocupan de estas cuestiones. Se puede ver FELDTHUSEN, pp. 65 y 69; PROSSER, p. 236; FEINMAN, p. 163, texto y nota 13; FLEMING (87), p. 612; WINFIELD & JOLOWICZ, p. 279; ROGERS, p. 88. Véase también el comentario d) al 552 del *Second Restatement of Torts*, y PROSSER, p. 236.

En la amplia zona central entre estos casos extremos, existe toda una serie de casos en los que no es fácil saber si pesaba o no sobre el informante el deber de informar con diligencia.

Para tratar de abordar esa zona más difícil podemos recordar que, como vimos cuando se expusieron los principales casos que se plantean como problemáticos en nuestro campo de estudio, hay dos grupos bien diferenciados de casos: aquellos en los que la información se proporciona sin que hubiera un contrato que obligase al informante a su producción y, en segundo lugar, aquellos en los que la información se presta en cumplimiento de un contrato en el que el informado no es parte. Para este último grupo de casos, se puede acudir a la idea de echar mano de la relación contractual en virtud de la que se elaboró la información para basar un deber de cuidado; en estos casos, el problema principal va a ser definir el alcance del deber de cuidado. En el primer grupo de casos, no hay base contractual posible, por lo que el problema de la responsabilidad por información falsa se presenta en toda su crudeza. También está claro que la respuesta que demos para este caso más general debe valer también para el caso especial en el que sí existe un contrato involucrado.

2.4.1 Examinaremos en primer lugar los casos de informaciones falsas que no podemos decidir utilizando un deber de cuidado originado en un contrato celebrado entre el informante y persona distinta al perjudicado. ¿Cómo definir el deber de cuidado en estos casos?, es decir, ¿en qué consiste la ilicitud del comportamiento del causante?

Para definir cuándo el informante está bajo el deber de emplear diligencia al dar una información (teniendo en cuenta que la negligencia grave se puede agrupar con el dolo en otro conjunto de casos) se pueden manejar las siguientes ideas inspiradas en ideas cuyo desarrollo completo hemos hecho al exponer la doctrina surgida en los países de *Common Law*.

Recordemos que las distintas opciones que se abren ante nosotros en este punto, una vez que hemos apartado los casos en los que existía un contrato en cumplimiento del cual se proporcionaba la información, eran las que en la *Commonwealth*, se formulaban con las ideas de (a) que exista entre informante e informado una *relación especial*, (b) que el informante debiera haber previsto que el receptor tenía la intención razonable de confiar en la información o el consejo como base de su actuación y (c) que se pueda decir que el emisor asumió voluntariamente responsabilidad respecto de la información o el asesoramiento que presta. Estos dos últimos son

los más conocidos e importantes²⁷³. El primero no es muy útil porque, como ya hemos señalado, nadie acaba de precisar qué hay que entender por *relación especial*.

De entre estos dos criterios preferidos por la doctrina anglosajona, creo que también nosotros debemos elegir el consistente en juzgar si el informante había asumido responsabilidad por la corrección de la información que proporcionaba. Además, podemos destacar que, al final, lo que parece que se quiere aprehender con el uso de este criterio son situaciones en las que el informante, por ejemplo, por su carácter de experto o profesional serio o por la contundencia de su afirmación, crea la apariencia de estar asumiendo responsabilidad por lo que dice. En esas situaciones, parece que se debe reconocer la presencia de un deber de cuidado a menos que el informante se preocupe de destruir la apariencia creada a través de la advertencia de que no asume responsabilidad por lo que dice.

La ventaja principal de este criterio es la de que permite distinguir entre la cuestión de si la confianza del perjudicado fue razonable y la cuestión de si se debe reconocer o no un deber de cuidado. De esta manera, podemos llegar a decir que hay situaciones en que es razonable confiar en la información, pero haciéndolo a propio riesgo, por lo que seremos capaces de distinguir con precisión un mayor número de supuestos.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta idea. Pensemos en un inversor que, por claro y reconocible error del remitente, recibe por correo un informe de auditoría realizado para otro destinatario²⁷⁴. Si la empresa de auditoría es seria y el informe es favorable, parece que es razonable que el inversor se decida, por ejemplo, a comprar acciones de la empresa auditada. Sin embargo, no parece que pueda aspirar a sujetar a responsabilidad a los auditores dado que el inversor de nuestro ejemplo está claramente fuera del deber de cuidado de dichos auditores: ellos no podían estar asumiendo responsabilidad ante el usuario de nuestro caso. El ejemplo, que quizás pueda sonar un poco truculento, se convierte en cotidiano si recordamos que algunos informes de auditoría son publicados en el Registro Mercantil.

Otra ventaja de esta visión de las cosas es que permite el flujo de informaciones sin responsabilidad. Estas informaciones, asumiendo que el destinatario no se llame a engaño sobre si su calidad va respaldada por una asunción de responsabilidad que le ampare a él, tienen innegable utilidad social. Además, como ya hemos desta-

²⁷³ El criterio que expresan viene a coincidir con la solución propuesta en la RFA. Para esto, GALLO, p. 286, y VON BAR, pp. 111 y ss.

²⁷⁴ Este ejemplo surgió en el transcurso de una discusión con el profesor Pintos Ager y fue perfeccionado en otra conversación con el profesor Pantaleón.

cado con anterioridad, si endurecemos a través de una exigencia estricta de responsabilidad el régimen de las informaciones que los operadores ofrecen de forma voluntaria y gratuita, es previsible que se restrinja el flujo de esas informaciones ya que, si la información se da gratuitamente, es porque se puede dar tal como se tiene.

También representa, por último, una ventaja del criterio que comentamos el hecho de que permite que los informantes no se vean sorprendidos por la imposición de responsabilidad. Como, por un lado, imponemos responsabilidad cuando una persona, manejando todos los datos de la situación, habría concluido que el informante estaba asumiendo responsabilidad por el contenido de su mensaje y, por otro lado, permitimos el juego de cláusulas de exoneración de responsabilidad, los informantes podrán, primero, percibir el hecho de estar aparentando que asumen responsabilidad y, después, tomar la decisión que prefieran. En concreto, pueden decidirse a informar, informar añadiendo una cláusula de exoneración de responsabilidad o bien no informar.

Al lado de las ventajas que hemos señalado en el uso de la idea de imponer al informante el deber de informar con diligencia cuando se pueda decir que está asumiendo responsabilidad por lo que dice, vamos a ver ahora cuál es el principal inconveniente de la idea alternativa de la previsibilidad de la confianza razonable del perjudicado. Consiste en el hecho de que, si bien tiene alguna dosis de acierto, falla en lo fundamental. Su dosis de acierto consiste en que es claramente preferible al criterio de la previsibilidad del daño, que ya hemos explicado por activa y por pasiva que es insostenible en el campo de la responsabilidad por daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas. Supera claramente a la idea de previsibilidad del daño porque introduce la idea de razonable confianza entre lo que debe ser previsible y, de esa manera, recoge la descripción de la relación de causalidad en el elemento llamado a filtrar los casos que entran en el campo de lo indemnizable.

Su principal inconveniente consiste en que no responde bien a la idea básica en nuestro campo de estudio, que no es otra que la de que hay que romper la ecuación entre uso de la información, es decir, confianza en la información (sea razonable o sea, por el contrario, culpable), y responsabilidad por incorrección de esa información. Los que usan la información (en la forma en que lo hagan) son siempre muchos más que los que deben estar amparados por la responsabilidad por incorrecciones en dicha información. ¿Por qué?, pues porque para romper la ecuación entre el uso del producto defectuoso (información) y responsabilidad del productor en un bien que, como la información, circula fácilmente de mano en

mano y no se consume por su uso, no es buena idea formular el requisito desde el punto de vista del uso (que ya sabemos que va a ser potencialmente ilimitado), sino que es mejor atender directamente a la responsabilidad.

Esto que estamos comentando, se deja ver con claridad en la cuestión del uso de las cláusulas de limitación de responsabilidad. A través de ellas, el productor de la información, que no puede controlar eficazmente quién usa de (o confía en) su producto –que es lo que los economistas llaman un *bien público*–, sí puede controlar perfectamente ante quién y de qué va a responder (la responsabilidad por defectos no es un *bien público*).

2.4.2 Hay casos en los que el informante, a la vez que causa el daño, está incumpliendo una obligación contractual de informar que le une a otra persona distinta del que se ve perjudicado por esa información. Es el caso del auditor, contratado por una empresa, que sabe que su informe (negligentemente defectuoso) va a ser entregado a un banco, por ejemplo, para solicitarle un préstamo. También es el caso del tasador que tasa (incorrectamente, por su culpa) un inmueble a petición del banco que va a financiar la adquisición de ese inmueble, cuando el que le exige responsabilidad por la incorrección de la valoración es el adquirente de la finca, perjudicado porque había pagado por ella más de lo que valía. En estos casos, el problema de determinar el origen del deber de cuidado es relativamente sencillo y lo que ocurre es que se plantea el problema de determinar la extensión de ese deber de cuidado.

En estos casos, el problema puede ser enunciado de dos maneras distintas que llevan a soluciones que, en principio, también aparentan ser distintas. Más abajo se verá que esas diferencias no son tantas desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, lo que vuelve a poner de manifiesto que estamos en un terreno que es fronterizo entre el territorio de la responsabilidad contractual y el de la responsabilidad extracontractual²⁷⁵.

a) En primer lugar, se puede plantear por vía extracontractual y el problema, entonces, consiste en determinar si el demandante puede argüir que, si el demandado hubiese sido diligente en el cumplimiento de su obligación contractual, él no hubiese resultado dañado; esto es, decir que el daño que sufrió el perjudicado se debe al comportamiento culpable del demandado consistente en violar un contrato que une a ese demandado con otra persona. Lo decisivo,

²⁷⁵ Para encontrar esta idea de que estamos en una zona fronteriza, se puede ver a BUSNELLI, p. 563; MIRABILE, p. 407; RANIERI, p. 633; ALPA (77), p. 43. También a VON BAR, p. 120; MARKESINIS (94), p. 48.

desde este punto de vista, es saber si el perjudicado estaba amparado por el deber de cuidado que el informante infringió. Es decir, saber si el perjudicado estaba protegido por el contrato violado.

Esta manera de plantear las cosas es frecuente en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, en las que se aprecia una tendencia hacia la imposición de responsabilidad por vías extracontractuales, pero usando como criterio para decidir el de si el perjudicado puede ser visto o no como un tercero incluido en el ámbito de protección de un contrato²⁷⁶.

En Francia, esta idea puede que no esté bien estudiada, pero sí parece que las cosas se pueden encauzar, respecto de profesionales, como responsabilidad extracontractual basada en el comportamiento culpable de incumplir un contrato²⁷⁷. Como en la doctrina francesa no ha sido desarrollada la idea de la relatividad de la protección de la responsabilidad extracontractual que nosotros estamos proponiendo para nuestro propio sistema, esa posibilidad es muy poco significativa²⁷⁸. En efecto, si partimos de que todo daño previsible es indemnizable, el sistema no filtra nada en el momento de delimitar el contorno del campo de juego de la responsabilidad, con lo que no hay problema alguno en dejar pasar en ese momento la violación de la obligación contractual como hecho ilícito (culpable o, lo que así entendida la culpa es lo mismo, negligente) potencialmente capaz de desencadenar la responsabilidad extracontractual. Se ve muy claro en las siguientes palabras de Savatier, cuando comenta la posibilidad de que una violación de un contrato sea al mismo tiempo constitutiva de culpa extracontractual: «...el daño supone la responsabilidad de su autor desde el momento en que no sólo ha violado su compromiso contractual, sino que, al mismo tiempo, ha violado un deber moral o legal o, simplemente, su deber general de no causar daño a nadie»²⁷⁹.

b) En segundo lugar, estos casos también se pueden resolver planteándolos desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Este es un punto de vista especialmente estudiado en la RFA²⁸⁰.

La idea consiste en recurrir a la noción de *contrato con eficacia protectora para tercero*²⁸¹. Este tipo de contrato es una modalidad

²⁷⁶ Para esto, por todos, FEINMAN, pp. 106-109.

²⁷⁷ VINEY y JOURDAIN, p. 374, texto y n. 283.

²⁷⁸ En Francia no se aprovechó la posibilidad de que se reconociera abiertamente esa relatividad de la protección que, en un momento determinado, había planteado PLANIOL, aunque sólo fuera desde el punto de vista de lo que ahora se denomina imputación objetiva. Sobre esto, pero de acuerdo con excluir la idea de relatividad, LIMPENS (65), pp. 571-572, y VINEY y JOURDAIN, núm. 441, p. 318.

²⁷⁹ SAVATIER, núm. 140, p. 184.

²⁸⁰ VON BAR, pp. 101 y ss.

²⁸¹ PANTALEÓN (96), p. 81; JORDANO FRAGA, pp. 239-243; SANTOS BRIZ, p. 215; SINDE MONTEIRO (89), pp. 518 y ss.; GALLO, p. 287; VON BAR, p. 119.

del más conocido *contrato en beneficio de tercero*, pero con eficacia de menor alcance. Así como en estos últimos, el contrato entre estipulante y promitente es capaz de crear derechos de los que es titular el beneficiario, en la modalidad que ahora nos interesa se trata de incluir al tercero en el ámbito de protección del contrato que celebran los contratantes. Es decir, no se trata de crear prestaciones de las que el tercero sea acreedor, sino de legitimar al tercero para exigir una responsabilidad contractual porque se ha extendido hasta él el ámbito de protección del contrato. Dicho de otro modo, este tipo de contrato crea para el acreedor deberes de conducta respecto a tercero que no son deberes de prestación sino que son deberes de protección. Esta figura, ideada en la doctrina alemana en los años sesenta (Larenz), no parece presentar problemas desde el punto de vista de su admisibilidad en nuestro Derecho, ya que, si se admite que las partes pacten contratos en favor de tercero, malamente se va a poder poner obstáculos a que pacten una figura análoga y con efectos de menor intensidad.

Si las partes del contrato se han preocupado de incluir al tercero en el ámbito de protección del contrato expresamente, no habrá mayor dificultad. En todos los demás casos, el problema estriba en saber cuándo el tercero afectado por la prestación contractual se ha de considerar que ocupa semejante posición. Para determinarlo, nos basaremos en una integración del contrato conforme con la buena fe (art. 1258 CC). De esa manera, habrá que considerar que el tercero está incluido en el ámbito de protección del contrato si, de acuerdo al contenido y finalidad del contrato y sabiéndolo el acreedor, el tercero es alcanzado por la prestación de una manera que le hace ocupar una posición comparable a la que ocupa el acreedor respecto de esa prestación²⁸².

Desde un punto de vista más concreto, parece que lo decisivo, para poder concluir que el tercero está incluido en el ámbito de protección del contrato, es poder llegar a la conclusión de que el acreedor de la prestación está dispuesto a pagar el sobreprecio que, en su caso, el deudor incluirá en el contrato debido a la responsabilidad adicional frente al tercero que le están pidiendo que asuma²⁸³. Este hecho deja ver claramente lo excepcional que debe seguir siendo esta figura.

No es fácil elegir entre estas dos maneras (extracontractual y contractual) de plantear el problema, pero, paradójicamente, tam-

²⁸² MUSIELAK, citado por SINDE MONTEIRO (89), p. 527. Por otro lado, ZUGENHÖR, p. 1603, y REINMANN, pp. 38-39. Hay también información útil sobre las propuestas alemanas en VON BAR, pp. 122 y ss.

²⁸³ SCHWARTZ, «Economic Loss in American Tort Law: the Examples of J'Aire and of Products Liability», *San Diego Law Review*, enero-febrero 1986, núm. 23, pp. 37-78 (86), p. 47; JONES, p. 1091.

poco parece importar mucho, dado que el régimen aplicable por ambas vías es bastante similar. La dificultad para realizar esa opción se puede apreciar en el hecho de que la experiencia comparada no es de mucha ayuda en ese trance.

En efecto, que se opte por el planteamiento extracontractual en el *Common Law* no nos puede sorprender si recordamos, por un lado, la exigencia estricta de la relatividad de los contratos todavía existente en la *Commonwealth* y el poco desarrollo de la idea de contrato en beneficio de tercero que ha hecho la jurisprudencia estadounidense en este terreno y, por otro lado, recordamos que en todo el *Common Law* el Derecho de los Contratos es bastante rígido por la exigencia de que haya existido algún tipo de intercambio (*consideration*) entre las partes. Que se opte por la idea de contrato en beneficio de tercero –o por la modalidad más débil de contrato con eficacia protectora para tercero– en la RFA tampoco nos puede sorprender si recordamos que en este sistema es la vía de la responsabilidad extracontractual la que es prácticamente intransitable por la combinación de la idea de que no hay responsabilidad (contractual) por el hecho de que una persona aconseje a otra y la idea de que no es indemnizable el daño puramente económico a través de vías extracontractuales.

Sin embargo, sí parece que hay un argumento para decidirse por el punto de vista extracontractual. Se trata de la idea simple de que, nuestro legislador, para el caso de la responsabilidad de los auditores ante terceros, parece remitir al operador a las reglas del artículo 1902 (art. 11.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas)²⁸⁴. Se puede decir, por tanto, que del hecho de que el legislador considere extracontractual la responsabilidad de un auditor ante un tercero, se puede deducir un argumento a favor de este planteamiento de las cosas en nuestro Derecho. En efecto, parece que debe ser tenido en cuenta que el caso de la responsabilidad de los auditores ante tercero, que es un caso paradigmáticamente incluido en el subconjunto de casos en los que se presta la información en cumplimiento de un contrato en el que el perjudicado, sin embargo, no es parte, haya sido solucionado en nuestro sistema por cauces extracontractuales.

Además de ese argumento y antes de que acabemos por decidirnos por la vía extracontractual, es interesante detenernos a exponer los trazos que se puedan ir recogiendo del régimen jurídico de la responsabilidad que debe ser impuesta en este subconjunto de casos a que me acabo de referir. En esa exposición creo que se hará patente la idea de que, en realidad, las diferencias en los respectivos regí-

²⁸⁴ Así lo entiende nuestra doctrina. Por todos, PANTALEÓN (96), pp. 67 y 112.

menes jurídicos no son tantas²⁸⁵. Hay que señalar, por otro lado, que es una lástima que ese régimen jurídico no se pueda recoger, en el desarrollo actual del problema, más que a grandes rasgos. Se trata de una materia que todavía no está asentada, ni mucho menos, en las diferentes doctrinas²⁸⁶. Por ello, hay todavía grandes espacios que permanecen en la sombra y poco terreno en el que la doctrina se muestre confiada.

i) La diligencia o no del demandado se mide, en todo caso, con el patrón de la conducta contractualmente exigible. Esta conclusión es evidente cuando la acción se plantea bajo los esquemas de una responsabilidad contractual derivada de un contrato con eficacia protectora para tercero. Además, deber ser también la solución de los casos que se encaucen por vía de responsabilidad extracontractual.

En el sistema estadounidense, Schwartz explica muy bien por qué, sirviéndose del siguiente caso: un arrendador contrata a un contratista para que haga unas obras de renovación en los locales que tiene arrendados y en los que el arrendatario ejerce un negocio de hostelería. Para el arrendatario, es costoso que las obras mantengan cerrado su negocio, por el alto lucro cesante que padece. Imaginemos que en el contrato de obra se establece un plazo de cumplimiento dado y que el contratista lo cumple, ¿tendría sentido una reclamación extracontractual del arrendatario en la que se consiguiese probar que, actuando diligentemente, el contratista hubiera podido acabar dos semanas antes del plazo establecido en el contrato? Queda claro que la diligencia debida por el autor del daño al perjudicado viene determinada por el contrato violado²⁸⁷.

ii) En cuanto al plazo de prescripción, por una idea de simple coherencia, parece aconsejable acudir al plazo propio de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, esta conclusión se ve matizada por el hecho de que tampoco parece haber nada en nuestro ordenamiento que impida realizar un planteamiento contractual de la cuestión.

²⁸⁵ En la doctrina italiana se encuentra muy clara la idea de que, por el carácter fronterizo de nuestro campo de estudio, se pueden aplicar las mismas ideas y principios tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. Así lo hace expresamente LUMINOSO, p. 205, y BUSNELLI, p. 566. RANIERI, p. 644, advierte que, también por ese carácter *fronterizo*, tampoco en Alemania, donde la responsabilidad que se impone es contractual, se aplican con todo rigor las normas de esta última.

²⁸⁶ BANAKAS (99-2.º), p. 274, destaca igualmente ese dato de que la doctrina sobre la materia está en formación.

²⁸⁷ SCHWARTZ (86), p. 47; ROBERTSON, p. 756; núm. 106, y DIAS y MARKESINIS, p. 44. El ejemplo del texto está tomado del célebre caso estadounidense *J'Aire Corp v. Gregory*, 598 P.2d. 60 (1979).

iii) Planteando el supuesto como caso de responsabilidad extracontractual, el demandante es el que soporta la carga de la prueba del daño, la culpa y la relación de causalidad²⁸⁸. No parece que las cosas varíen mucho si planteamos la controversia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, dado que la obligación contractual de informar es de medios y no de resultado.

iv) Es fundamental que la solución que finalmente acojamos respete la distribución del riesgo pactada entre las partes del contrato bajo cuyo manto protector intenta colocarse el tercero. Esto es algo así como la contrapartida necesaria al hecho de que hayamos colocado al tercero bajo el manto protector del contrato. Esto es claro si explicamos la situación en los esquemas del contrato con eficacia protectora para tercero, en la medida en que la pretensión del tercero se basa en el contrato. Por eso, si, por ejemplo, la responsabilidad estaba limitada a través de alguna cláusula de limitación en el contrato, la acción contractual del tercero deberá respetar esa limitación.

La misma conclusión debemos alcanzar incluso si construimos la acción del tercero con miembros extracontractuales. La explicación, ahora, deriva del hecho de que la culpa del demandado consiste en la violación de la norma contenida en un contrato, es decir, que el demandado fue negligente por infringir el deber de cuidado (contractual) bajo el que actuaba y por ninguna otra cosa.

2.5 Extensión del deber de cuidado

Una vez que, aplicando las ideas del anterior epígrafe, hemos llegado a la conclusión de que sí pesa sobre el informante un deber de ser cuidadoso en el caso que tengamos que enjuiciar, se plantea la cuestión de determinar hasta dónde se extiende tal deber. En efecto, una vez sentada la posibilidad de que aparezca una responsabilidad por informaciones negligentemente erróneas, se plantea el problema de determinar qué ocurre cuando la información es utilizada por persona distinta a la que inicialmente la solicitó o recibió. Esto puede ocurrir cuando la información se incorpora en un certificado, o cuando la información es solicitada en nombre propio pero por cuenta de otro, principalmente²⁸⁹.

Como la respuesta de hasta dónde se extiende el deber de cuidado es relevante para saber si el demandante está o no bajo su manto protector, la respuesta consistirá en tratar de seleccionar a esos

²⁸⁸ Muy claro sobre esto, SINDE MONTEIRO (89), p. 531.

²⁸⁹ La observación es de RANIERI, p. 654.

demandantes. Para esta tarea, también en el ámbito del *Common Law* se han realizado los mayores avances.

La doctrina italiana también ha destacado este problema, pero el estado de la cuestión en ella no parece muy satisfactorio. En la doctrina de ese país, se puede encontrar la opinión de que no debe existir responsabilidad alguna en el caso de que la información circule²⁹⁰. Sin embargo, para otra posición, el hecho de que la información sea hecha circular no tiene especial relevancia²⁹¹.

La mejor manera de acercarse a ese enfoque es hacerlo a través del *Restatement of Torts*, donde el *American Law Institute* recogió de forma completa y acabada, como vimos en su momento, los avances a que antes se aludía²⁹². Así, en el parágrafo 552 del *Restatement* se atiende a un criterio doble que por adición nos da buena cuenta de las aportaciones de doctrina y jurisprudencia.

Para ver si el deber de cuidado se extiende hasta alcanzar al demandante, ese parágrafo 552 del *Restatement* exige, por un lado, que el perjudicado pertenezca a un grupo limitado de personas, en concreto, que pertenezca al grupo para cuya guía se proporcionó la información; por otro lado, se exige que el perjudicado haya experimentado el daño en cuestión al participar en la operación para la que se elaboró la información que resultó ser errónea²⁹³. Ya señalamos que esta segunda parte de la norma en cuestión no debe ser ni olvidada ni oscurecida por la utilización en exclusiva de la primera parte de la norma que recogemos.

Empleando estas ideas, se pueden alcanzar buenos resultados. De hecho, con estos resultados lo que se hace es explicitar o concretar lo que, en último extremo, parecen ser simples consecuencias de los criterios con los que se juzga la conveniencia de reconocer un deber de cuidado. En efecto, parece que sólo el destinatario conocido (en persona o como integrante de un grupo) por el infor-

²⁹⁰ MIRABILE, p. 408. Recordemos que este autor es bastante poco partidario de la protección del usuario directo de la información, por lo que su postura aquí tampoco es muy sorprendente.

²⁹¹ MOLLE, p. 44. Un tratamiento más sucinto y mejor en LUMINOSO, pp. 212-213; RANIERI, pp. 657-658. Por su parte, VISINTINI (67), p. 246, recoge una sentencia en la que se dice que en caso de una información que va de mano en mano, se interrumpe la causalidad.

²⁹² Estas ideas ya han sido empleadas por PANTALEÓN (96), cuando estudia la responsabilidad del auditor frente a tercero.

²⁹³ El citado parágrafo 552 del *Restatement* define primero un deber de cuidado y, en su segunda sección, define la extensión de ese deber a través del siguiente tenor: «(2) Esta responsabilidad está limitada al daño sufrido: a) por la persona o grupo limitado de personas para cuyo beneficio y guía el emisor había proporcionado la información o para las cuales él sabía que había solicitado la información el receptor de la misma, y b) al confiar en la información y participar en la transacción para la cual el informante había proporcionado esa información, o en una transacción sustancialmente similar».

mante puede confiar razonablemente en la corrección del informe; de la misma manera, en segundo lugar, parece que sólo se puede esperar que un informante haya asumido responsabilidad por la información cuando esa información se proporciona para un uso y un destinatario conocidos, dado que para que el informante pueda decidir el grado de diligencia que va a emplear es necesario que la operación esté bien definida. Por último, si el usuario de la información y la operación proyectada son conocidos, puede que ese tercero esté incluido en el ámbito de protección del contrato en cuyo cumplimiento se proporcionó la información.

2.6 Notas sobre el régimen jurídico de la acción

Conviene recoger algunos extremos relativos al régimen jurídico de la acción de responsabilidad extracontractual con la que se va a pedir la indemnización de los daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, con el ánimo de aclarar el planteamiento y solución de algunas cuestiones.

2.6.1 Creo que se puede dar por cierta la idea de que, en nuestro campo de estudio, se responde no porque la información fuese falsa, sino porque se elaboró o comunicó con negligencia. Es decir, que no se responde si la información es falsa o incorrecta pero el informante había hecho todo lo que era esperable desde una exigencia normal de diligencia para asegurarse de la corrección de esa información. Cuando nos movemos en el mundo de las obligaciones contractuales de informar, esta idea que comentamos se puede expresar diciendo que la obligación de informar correctamente es de medios y no de resultado. No hay que confundir con esto la idea de que la obligación contractual de informar es de resultado porque se atiende a la entrega o no del informe solicitado, y no a su corrección.

2.6.2 Sobre cómo determinar el estándar de diligencia exigible, es decir, el juicio de negligencia basado en la infracción del deber de cuidado afirmado en primer lugar, podemos decir que:

a) Cuando, como ocurrirá a menudo, estemos ante un informante que es un profesional actuando en el sector de su actividad, se aplicará el modelo del honrado comerciante o el buen profesional, en vez de acudir al criterio general del buen padre de familia.

b) Es relevante el grado de control que ejerce el informante sobre la información que proporciona. Cuanto mayor sea el control que el informante ejerce sobre la información que proporciona, mayor será la dificultad para que podamos excusarle de la falsedad de dicha información. Lo mismo ocurrirá si estamos ante un infor-

mante que es un profesional del sector sobre el que versan las informaciones²⁹⁴.

c) Por regla general, será bastante, para el informante que no esté ligado por un contrato, dar los datos de los que disponga, sin necesidad de que incurra en el coste adicional que supone emprender una investigación adicional sobre el asunto.

d) El grado de concreción y seguridad de la información proporcionada también debe ser tenido en cuenta para juzgar sobre si el informador fue negligente. Es claro que la firmeza y concreción del informe debe responder a la profundidad de la investigación realizada.

2.6.3 Anteriormente dijimos que, a través de las cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, el informante era capaz de ajustar el nivel de responsabilidad que deseaba para, así, dar respuesta al hecho de que no iba a poder controlar quién usaba la información producida por él. Se trata de una cuestión de capital importancia, así destacada en las doctrinas que han estudiado estas cuestiones.

Aunque algún autor presente estas cláusulas entre las estrategias (como dar la información oralmente, o en un papel sin membrete) que un banco puede emplear para escapar a su responsabilidad por informaciones falsas, su consideración no siempre está cargada de connotaciones negativas²⁹⁵. Se ha señalado que admitir su validez con generosidad refleja el interés de la sociedad en que se intercambie información económica²⁹⁶.

En efecto, el punto de partida es muy claro: por regla general, el informante no está obligado a proporcionar la información que se le solicita. Con ello, siempre se corre el riesgo de que responda a un endurecimiento relativo del régimen jurídico aplicable, con una simple negativa a dar la información que se le pide. Por eso, se le debe permitir que no tenga necesariamente que optar entre informar bajo estricta responsabilidad o no informar. Para ese objetivo, las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad desempeñan un papel esencial, pues permiten al informante excluir su responsabilidad o modularla.

²⁹⁴ ALPA y BESSONE (90), pp. 196 y 199; BUSNELLI, p. 567.

²⁹⁵ Como estratagema las presenta LUMINOSO, p. 209. Una idea similar en FERRANDO VILLALBA, p. 169.

²⁹⁶ ALPA (77), p. 49. Sobre estas cláusulas, también, MOLLE, pp. 40 y 42; ALPA y BESSONE (90); p. 201, RANIERI, pp. 638-639; BORSELLI, «La responsabilità bancaria per le informazioni», *Il Nuovo Diritto*, 1971, pp. 112-114, p. 114. Para los sistemas de *Common Law*, FELDTHUSEN, pp. 52 y ss.

Las cosas cambian cuando el informante proporciona la información en cumplimiento de un contrato que le vincula a persona distinta a la del perjudicado. Ahí parece claro que una cláusula del tipo de las que estudiamos puede jugar con normalidad con el significado de limitar o excluir el alcance protector para tercero de ese contrato. La pregunta relevante, entonces, es la de si eso se puede hacer en algunos casos especiales, principalmente, si se puede hacer en condiciones generales y la de si eso es compatible con la finalidad del contrato mismo en cuyo cumplimiento se proporciona la información.

No parece que se deba permitir el uso de estas cláusulas si el informante estaba legalmente obligado a dar la información. En esos casos, el alcance del deber y el grado de diligencia debe hacerse por referencia a la ley.

También es interesante destacar el papel de estas cláusulas desde el punto de vista del deber de cuidado que antes definimos atendiendo a la razonabilidad de la conducta y a la idea de la asunción de responsabilidad por el informante. En efecto, parece que el hecho de que se dé un informe que contiene una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad debe limitar el grado de confianza razonable que el destinatario de la información puede depositar en el citado informe. Desde luego, parece claro que el informado no podrá suponer que el informante está asumiendo responsabilidad por lo que dice, cuando éste expresamente está excluyendo su responsabilidad.

En la doctrina italiana, se ha dicho que estas cláusulas serán nulas en caso de dolo o culpa grave por razón del artículo 1229.1.^o del *Codice*, pero que pueden utilizarse como dato relevante a la hora de aplicar el principio de compensación de culpas, puesto que estas cláusulas sí pueden servir para poner de relieve al usuario de que debe controlar él mismo la calidad de la información²⁹⁷. En nuestro Derecho, la solución será similar, puesto que ya hemos dicho que los casos de informaciones dolosas deben dar lugar a responsabilidad en cualquier caso.

2.6.4 Es conveniente también destacar algunas ideas generalmente compartidas, dentro del muy pantanoso terreno del alcance de lo indemnizable a través de estas acciones con las que se exige responsabilidad por daños causados al usuario por informaciones falsas.

²⁹⁷ LUMINOSO, p. 209. Sobre esas cláusulas, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (arts. 1218-1229)* (*Commentario Scialoja-Branca*), Milán, 1979, pp. 474 y ss., o ALPA y BESSONE (90), pp. 265 y ss.

La idea mayoritaria de partida es la de que sólo se debe indemnizar lo que se denomina interés negativo o gastos de confianza²⁹⁸. Es decir, que se debe acoger la idea propia de la responsabilidad extracontractual de que la indemnización debe hacer que el perjudicado vuelva a la situación en que estaría en caso de que el demandado no hubiese cometido el acto dañoso de que se trate. Esta idea se opone a la de que, en la responsabilidad contractual, se debe indemnizar el interés positivo –o de cumplimiento–, de forma que la indemnización deje al demandante en la misma posición en que estaría en caso de que el demandado hubiese cumplido escrupulosamente lo pactado²⁹⁹.

En nuestro campo de estudio, pues, se indemnizará al perjudicado hasta que quede en la situación en la que estaría de no haberse proporcionado la información incorrecta. Como se ha observado, la diferencia entre esta medida de la indemnización y la que resultaría de atender a la situación del perjudicado si la información falsa hubiese sido correcta se difumina, si se considera que, de no haberse proporcionado una información incorrecta, el perjudicado hubiese realizado otra inversión alternativa pero igualmente ventajosa.

IV. CONCLUSIONES

1. Cabe utilizar la vía de la responsabilidad extracontractual para exigir la responsabilidad derivada del daño que sufre un sujeto al tomar una decisión de negocios desacertada sobre la base de una información incorrecta negligentemente elaborada o proporcionada por un sujeto con el que el primero ni planea celebrar un contrato ni está unido por una relación contractual en cuyo cumplimiento se proporcionara la información errónea. En nuestro ordenamiento, no tiene sentido recurrir a la ficción de un contrato de información para basar la responsabilidad que el informado exige del informante en estos casos.

2. Para utilizar la vía de la responsabilidad extracontractual sin incurrir en graves problemas, hay que partir de reconocer que, en nuestro campo de estudio, la previsibilidad del daño como criterio de indemnizabilidad da unos resultados impracticables por excesivos. Por ello, a la hora de solucionar los problemas planteados, debemos descartar el empleo de los instrumen-

²⁹⁸ Para el *Common Law*, por todos, FELDTHUSEN, pp. 128-129.

²⁹⁹ Estas ideas las recoge, por ejemplo, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4.^a ed. Madrid, 1993, p. 280, tratando la responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

tos técnicos que en nuestro Derecho se basan exclusivamente en ese criterio de la previsibilidad del daño: principalmente la idea de la causalidad como causa adecuada. Además, por el mismo motivo, debemos denunciar la falacia de que nuestro sistema aspire a indemnizar todo el daño negligentemente causado (entendido como daño previsible), vísrese esta falsa aspiración en términos de culpabilidad o en términos de antijuridicidad como desvalor de resultado en sentido impropio. Es importante que ese reconocimiento no nos lleve a introducir en nuestro sistema, en el que no hay base legal para ello, la exigencia de la antijuridicidad del daño.

3. El instrumento que necesitamos para llegar a superar la idea de que es indemnizable todo el daño negligentemente causado se encuentra, paradójicamente, en la idea misma de culpa. De lo que se trata es de desdoblar la idea de culpa en dos elementos diferenciados, para que a cada uno se le pueda encomendar la tarea que en otros sistemas cumple la exigencia de antijuridicidad del daño (con el papel de ser un filtro de entrada en el campo de lo indemnizable) y el juicio de negligencia (con el papel de realizar una imputación subjetiva del daño al responsable).

En efecto, en la idea de culpa existen dos facetas implícitas: la cuestión de la existencia o no de un deber de ser diligente respecto al demandante en las circunstancias del caso y el juicio de negligencia, es decir, la infracción de ese deber. Parece fuera de toda duda que cuando decimos que un comportamiento dado es negligente lo que estamos haciendo es afirmar que ese comportamiento infringe un modelo de conducta, es decir, un deber de conducta. Que ese deber esté formulado con gran amplitud en el campo de los daños físicos (*neminem laedere*), que lógicamente son la mayor preocupación del legislador, no debe llevarnos a afirmar que el deber de cuidado siempre haya de estar definido en términos de previsibilidad del daño. La cuestión de cómo se define el deber de cuidado, en cuya infracción consiste el juicio de negligencia, es una cuestión de política jurídica y eso significa, en nuestro campo de estudio, que hay que recordar y atender al hecho de que la información es especial: puede pasar fácilmente de mano en mano (y sin que su autor gane nada en cada una de esas transacciones) y no se consume por su uso.

4. La acción del autor del daño consiste, en estos supuestos, en proporcionar un mensaje incorrecto, sea el contenido de ese mensaje una simple información (entendida como relato crítico de hechos históricos) o una opinión o un consejo (entendidos como juicios de valor sobre unos datos históricos implíci-

tos). La secuencia causal que origina el daño es siempre la misma: el perjudicado confía, y su confianza ha de ser razonable para que pueda aspirar a ser protegido, en la corrección de la información o el consejo recibido y toma una decisión económica que acaba perjudicándole.

5. La responsabilidad es indudable y muy clara si concurre dolo (basta el dolo eventual) en el que informó incorrectamente. Como caso de responsabilidad dolosa, se puede destacar la idea de que también es una información dolosa la que transmite aquel que es consciente de que le faltan datos serios para afirmar lo que afirma como indudable.

6. Para definir los casos en los que hay que reconocer que existe un deber de ser diligente que pesa sobre el informante, conviene distinguir entre:

a) Situaciones en las que el perjudicado confía inculpablemente en una información proporcionada en un contexto de negocios serio que haga ver al informante que está colocándose en una situación tal que un observador razonable entendería que asume responsabilidad por lo que dice. En tal caso, el informante será responsable del daño causado a menos que advierta al informado de que no está asumiendo responsabilidad por lo que dice.

b) Situaciones en las que la información (incorrecta) se proporciona en cumplimiento de un contrato en el que el perjudicado no es parte. En estos casos, se debe imponer responsabilidad extracontractual al informante siempre que podamos considerar que el perjudicado es un tercero que entra en el ámbito de protección del citado contrato. A estos fines, es muy instructiva la doble exigencia de que, por un lado, el perjudicado sea una persona para la que, como individuo o como miembro de un grupo determinado, se diera la información que resultó ser falsa y, por otro lado, la exigencia de que dicha información haya servido de guía justamente en la operación para la que se elaboró.

7. En estos casos de daños puramente económicos causados al usuario de informaciones falsas, se debe admitir con generosidad el empleo de cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, con el único límite del comportamiento doloso. A través de esas cláusulas, el autor de informaciones, que es consciente de que no va a poder controlar quién usa la información que él costosamente produce, puede al menos ajustar el nivel de responsabilidad con que respalda su mensaje.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

COMERCIO ELECTRÓNICO

1. **Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico). DOCE, L, núm. 178, de 17 de julio de 2000.**

Esta importante Directiva, cuyos antecedentes han sido reseñados en Crónicas anteriores (*vide* la Propuesta en el núm. 14 de la Crónica aparecida en ADC, 1999, fasc. III; el Dictamen del Comité Económico y Social en el núm. 17 de la Crónica aparecida en ADC, 2000, fasc. I; el dictamen del Parlamento en el núm. 19 de la misma Crónica; y la Posición común del Consejo, en el núm. 6 de la Crónica anterior) ha visto la luz con el objetivo de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros; esta generalidad puede, sin embargo, reducirse, si tenemos en cuenta la propia «subrúbrica» de la Directiva: el «comercio electrónico». En torno a él, aunque sin duda con entidad propia, se establece el marco para la armonización de las disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, la propia contratación por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros. Son postulados básicos la no necesidad de autorización previa para el acceso del prestador de servicios a la actividad, la transparencia e información que identifique claramente al prestador de servicios ante los destinatarios de los mismos y ante las autoridades competentes, un estricto régimen de comunicaciones comerciales, la promoción de la contratación por vía electrónica, entre otros.

COMERCIO EXTERIOR

2. **Reglamento (CE) núm. 1334/2000, del Consejo, de 22 de junio de 2000, por el que se establece un régimen comunitario de control de**

las exportaciones de productos y tecnología de doble uso. DOCE, L, núm. 159, de 30 de junio de 2000.

El Reglamento instaura un régimen unificado de control de la exportación de los productos, incluido el soporte lógico (*software*) y la tecnología que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares y que incluyen todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos. La parte dispositiva se acompaña de una larga lista de productos en varios anexos.

COMPETENCIA

3. Recomendación de la Comisión de 25 de mayo de 2000 sobre el acceso desglosado al bucle local: prestación competitiva de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los multimedios de banda ancha y los servicios de Internet de alta velocidad. DOCE, L, núm. 156, de 29 de junio de 2000.

Recomendación que se inscribe en la vía abierta por la iniciativa eEurope, presentada por la Comisión, como primera respuesta a las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa para permitir una reducción sustancial de los costes de utilización de Internet y fomentar una sociedad de la información para todos. La recomendación se acompaña de una comunicación (DOCE, C, núm. 272, de 23 de septiembre de 2000), donde la Comisión explica la relación entre la recomendación y la normativa comunitaria sobre competencia, que obliga a los operadores preexistentes a ofrecer un acceso desglosado al bucle local en determinadas circunstancias. La adopción simultánea de la comunicación refuerza el objetivo de la recomendación, que es permitir a los nuevos participantes en el mercado tener acceso a los bucles locales, lo que estimulará la competencia y la innovación tecnológica y, por lo tanto, favorecerá la prestación de una amplia gama de servicios de telecomunicaciones.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4. Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. DOCE, L, núm. 160, de 30 de junio de 2000.

Vide el núm. 20 de la Crónica anterior. El Reglamento entrará en vigor el 31 de mayo de 2002. Se culmina la iniciativa conjunta de Alemania y de Finlandia, presentada sobre la base del artículo 65 del Tratado CE (en su tenor actual), que contemplaba la adopción de un instrumento comunitario de trasposición del convenio sobre procedimientos de insolvencia, que no había sido firmado por todos los Estados miembros y en consecuencia no llegó a entrar en vigor. Recoge esencialmente las disposiciones de este convenio.

5. Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. DOCE, L, núm. 160, de 30 de junio de 2000.

Vide la información dada sobre la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOCE, C, núm. 247 E, de 31 de agosto de 1999), en el núm. 10 de la Crónica aparecida en ADC, 2000, fasc. I; y el Dictamen del CES en el núm. 11 de la misma crónica. El reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 2001.

6. **Reglamento (CE) núm. 1348/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. DOCE, L, núm. 160, de 30 de junio de 2000.**

Vide el comentario efectuado a la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOCE, C, núm. 247 E, de 31 de agosto de 1999), en el núm. 8 de la Crónica aparecida en ADC, 2000, fasc. I; y el Dictamen del CES en el núm. 9 de la misma Crónica. El Reglamento, llamado a mejorar y acelerar la transmisión entre Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de simplificación o notificación, así como reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, entrará en vigor el 31 de mayo de 2001.

ETIQUETA ECOLÓGICA

7. **Reglamento (CE) núm. 1980/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica. DOCE, L, núm. 237, de 21 de septiembre de 2000.**

El presente Reglamento no hace sino cumplir con el mandato del Reglamento 880/92 de adaptarlo a la luz de la experiencia adquirida durante su aplicación, con el fin de garantizar su finalidad: promover los productos que tengan un efecto ambiental reducido durante todo su ciclo de vida y proporcionar a los consumidores información exacta, no engañosa y con base científica sobre la repercusión ambiental de los productos.

MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES

8. **Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. DOCE, L, núm. 200 de 8 de agosto de 2000.**

Vide la Propuesta reseñada en el núm. 29 de la Crónica aparecida en ADC, 1998, fasc. III, y el resto de la tramitación en los núms. 39 a 41 de la Crónica aparecida en ADC, 1999, fasc. I, y núm. 20 de la Crónica aparecida

en ADC, 2000, fasc. I. La Directiva propone un conjunto de medidas para luchar contra la morosidad en los pagos que se aplican, de un lado, a las transacciones comerciales entre empresas, en cumplimiento del principio de la libertad contractual y de otro lado a las transacciones entre el sector público y las empresas. Los principios básicos son los siguientes: salvo estipulación en contrario, el vencimiento del pago no podrá ser superior a la fecha de la factura más de treinta días naturales; existe un sistema de compensación por los perjuicios causados por la morosidad, consistente en intereses de demora facturados al tipo del Banco Central Europeo o equivalente, más otros siete puntos; el vendedor podrá reservarse la propiedad del objeto de la transacción hasta el momento del pago del precio de adquisición, siempre que se haya pactado una cláusula de reserva de dominio; todo ello se garantizará con procedimientos de recurso acelerados para cobrar las deudas no impugnadas, no superiores a un plazo de noventa días entre la fecha de recepción de la petición del acreedor y el día en que la orden de pago se haga ejecutiva.

SEGUROS

9. **Directiva 2000/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarto Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles). DOCE, L, núm. 181 de 20 de julio de 2000.**

Vide los núms. 29 y 30 de la Crónica aparecida en ADC, 2000, fasc. I. La Directiva tendrá por objeto establecer disposiciones específicas aplicables a los perjudicados con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en un Estado miembro que no sea el de residencia del perjudicado y causados por vehículos que tengan su estacionamiento habitual y estén asegurados en un Estado miembro. Impone la obligación por parte de las compañías de seguros de designar a un representante encargado de liquidar el siniestro en cada Estado miembro y la creación de estructuras de información para identificar al asegurador responsable. Prevé por otro lado la posibilidad de introducir un derecho de acción directa en toda la Unión Europea en favor de la víctima, que le permita enviar directamente la solicitud de indemnización a la compañía de seguros de la persona responsable del accidente.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS TRABAJOS LEGISLATIVOS

ASISTENCIA EN MATERIA PENAL

10. **Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los**

Estados miembros de la Unión Europea. DOCE, C, núm. 197, de 12 de julio de 2000.

El Convenio tiene por objeto completar las disposiciones y facilitar la aplicación entre los Estados miembros del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (1959), el «Tratado Benelux» (1962) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (1985). Entre otras cuestiones regula los procedimientos y condiciones en que se concede la asistencia judicial, las solicitudes referentes a algunas formas específicas de asistencia, la intervención de las telecomunicaciones o la protección de los datos.

CIUDADANÍA EUROPEA**11. Dictamen del Comité de las Regiones sobre «La ciudadanía europea». DOCE, C, núm. 156, de 6 de junio de 2000.**

El objetivo del dictamen no es hacer una reflexión general sobre la ciudadanía de la Unión y su desarrollo, sino, más bien, examinar la importancia de la ciudadanía europea para la labor del Comité de las Regiones y para las regiones y municipios. La pregunta a la que trata de responder el Dictamen es cómo puede desempeñar la ciudadanía europea su papel en cuanto parte de una sociedad civil moderna que abarca todos los niveles políticos, y cómo, en particular, puede articularse y consolidarse la interconexión vertical entre la ciudadanía de la Unión y la ciudadanía de regiones y municipios.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**12. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (Enmiendas del Parlamento). DOCE, C, núm. 189, de 7 de julio de 2000.****13. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (Enmiendas del Parlamento). DOCE, C, núm. 189, de 7 de julio de 2000.****14. Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos. DOCE, C, núm. 234, de 15 de agosto de 2000.**

Centrada en el ejercicio del derecho de visita de los menores, como manifestación de su derecho fundamental a mantener relaciones estables con sus padres, cualquiera que sea el lugar donde éstos se encuentren en la Comunidad, la iniciativa viene a completar lo dispuesto por el Reglamento 1347/2000, anteriormente reseñado. Establece la automática ejecución de

las resoluciones que regulen el derecho de visita, las condiciones de denegación de la ejecución de las mismas, la interdicción de modificación de las mismas por las autoridades del Estado miembro donde el derecho se ejerce (distintas de las del Estado de residencia habitual del menor), las condiciones de retorno inmediato del menor al fin del período de la visita y los mecanismos de cooperación para llevar a buen término el objeto del (futuro) Reglamento.

FIRMA ELECTRÓNICA

15. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica. DOCE, C, núm. 154, de 5 de junio de 2000.**

Las Enmiendas del Parlamento inciden en el reconocimiento de la eficacia jurídica de las firmas electrónicas nacidas de acuerdos voluntarios de Derecho privado y utilizadas en sistemas con un número determinado de participantes, no pudiéndose privar a dichas firmas de eficacia jurídica ni de su carácter de prueba en procedimientos judiciales; además, se alienta la celebración de acuerdos multilaterales con terceros países en materia de reconocimiento mutuo de servicios de certificación.

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

16. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006). DOCE, C, núm. 226, de 8 de agosto de 2000.**

El Comité de las Regiones rechaza cualquier forma de alianza o cooperación con los partidos políticos racistas y xenófobos, y solicita que se opongan a las actividades de los movimientos racistas. Asimismo, pone de manifiesto que las colectividades locales y regionales pueden ejercer un importante papel desde su posición más cercana a los ciudadanos. Por otra parte, el Comité aboga porque el artículo 13 del Tratado CE prevea la codificación con el Parlamento Europeo y la consulta obligatoria del propio Comité. Pide, además, que se definan los motivos de discriminación con el fin de facilitar un acceso eficaz a los recursos y que se elaboren Directivas precisas acerca de los motivos de discriminación por motivos distintos de la raza.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE¹

APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

17. STJCE de 22 de junio de 2000, Asunto C-425/98, *Marca Moda CV/Adidas AG, Adidas Benelux BV*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Directiva 89/104/CEE. Artículo 5, apartado 1, letra b). Marcas. Riesgo de confusión. Riesgo de asociación entre el signo y la marca. (Sala Sexta). Artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.
18. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-443/98, *Unilever Italia SpA/Central Food SpA*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Normas y reglamentaciones técnicas. Obligaciones de notificar y de aplazar la adopción. Aplicabilidad en procedimientos civiles (Tribunal de Justicia en Pleno). Incumbe al Juez nacional, en un proceso civil entre particulares sobre derechos y obligaciones contractuales, negarse a aplicar un reglamento técnico nacional adoptado durante un período de aplazamiento de la adopción previsto en el artículo 9 de la Directiva 83/189/CEE, del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada por la Directiva 94/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1994, por la que se modifica por segunda vez de forma sustancial la Directiva 83/189.
19. STJCE de 5 de octubre de 2000, Asunto C-376/98, *República Federal de Alemania/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. Aproximación de las legislaciones. Publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. Base jurídica. Artículo 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación). Anulación de la Directiva 98/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (Tribunal de Justicia en Pleno). Anulación de la Directiva, pues el legislador comunitario no era competente para adoptarla al amparo de las disposiciones relativas a la realización del mercado interior, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios.
20. STJCE de 5 de octubre de 2000, Asunto C-74/99, *The Queen/Secretary of State for Health y otros, ex parte: Imperial Tobacco Ltd y otros. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial*.

¹ La información que sigue ha sido obtenida a partir del Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, preparado por la División de Prensa e Información del Tribunal de Justicia (L-2925 Luxemburgo). En ella se da cuenta de las resoluciones dictadas desde el 15 de mayo de 1999 hasta el 17 de noviembre de 2000, con exclusión de las relativas a agricultura, fiscalidad, funcionarios y política regional. En la presente Crónica se ha procedido a realizar una selección de dicha práctica, siguiendo la pauta de los comunicados de prensa de la citada División de Prensa e Información.

Directiva 98/43/CE. Publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. Validez (Tribunal de Justicia en Pleno). Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, mediante sentencia dictada en el día de hoy, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98), no procede responder a la cuestión prejudicial.

21. STJCE de 12 de octubre de 2000, Asunto C-314/98, *Snellers Auto's BV/Algemeen Directeur van de Dienst Wegverkeer*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Primera autorización de circulación de vehículos. Determinación de la fecha. Normas y reglamentaciones técnicas. Artículo 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE, tras su modificación) (Sala Sexta).

AYUDAS DE ESTADO

22. STPICE de 15 de junio de 2000, Asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-601/97, T-602/97, T-603/97, T-604/97, T-605/97, T-606/97, T-607/97, T-1/98, T-3/98, T-4/98, T-5/98, T-6/98 y T-23/98. Alzetta Mauro y otros/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Transportes de mercancías por carretera. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Perjuicio para los intercambios comerciales entre los Estados miembros y distorsión de la competencia. Requisitos para una excepción a la prohibición establecida en el artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 1, tras su modificación). Ayudas nuevas o ayudas existentes. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de proporcionalidad. Motivación (Sala Cuarta ampliada).
23. STJCE de 19 de septiembre de 2000, Asunto C-156/98, República Federal de Alemania/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Ayuda concedida a las empresas de los nuevos Estados federados alemanes. Medida fiscal para favorecer las inversiones (Tribunal de Justicia en Pleno).
24. STPICE de 27 de septiembre de 2000, Asunto T-184/97, *BP Chemicals Ltd*/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Interés para ejercitar la acción. Inadmisibilidad parcial. Artículo 92, apartado 3, del Tratado CE (actualmente art. 87 CE, apartado 3). Directiva 92/81/CEE. Concepto de proyecto piloto para el desarrollo tecnológico de productos menos contaminantes (Sala Segunda ampliada).
25. STJCE de 12 de octubre de 2000, Asunto C-480/98, Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Ayudas de Estado. Ayudas otorgadas a las empresas del grupo Magefesa. Legislación nacional sobre intereses devengados con posterioridad a la declaración de quiebra. Anulación parcial de decisión de la Comisión: Indosa y Cunosa no deberán pagar, después de su declaración de quiebra, intereses de demora sobre las ayudas no reembolsadas.

26. STJCE de 19 de octubre de 2000, Asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99, República Italiana *Sardegna Lines-Servizi Marittimi della Sardegna SpA*/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Ayudas de la Región de Cerdeña al sector del transporte marítimo en Cerdeña. Perjuicio a la competencia e incidencia en los intercambios entre Estados miembros. Motivación (Sala Sexta).

COMPETENCIA

27. STJCE de 8 de junio de 2000, Asunto C-258/98, Giovanni Carra y otros. Competencia. Cuestión prejudicial. Posición dominante. Empresas públicas. Actividad de colocación de trabajadores. Monopolio legal (Sala Cuarta). El Tribunal de Justicia declaró: aun en el marco del artículo 90 del Tratado, las disposiciones del artículo 86 del Tratado producen efecto directo y generan, para los justiciables, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger. Las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impide el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del artículo 86 del Tratado.
28. STPICE de 6 de julio de 2000, Asunto T-62/98, *Volkswagen AG*/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Competencia. Distribución de vehículos automóviles. Compartimentación. Artículo 85 del Tratado CE (actualmente art. 81 CE). Reglamento (CEE) núm. 123/85. Difusión a la prensa. Secreto profesional. Buena administración. Multa. Gravedad de la infracción (Sala Cuarta). El Tribunal de Primera Instancia confirmó la existencia y la gravedad de las infracciones cometidas por el grupo Volkswagen al obstaculizar la adquisición de vehículos en Italia por consumidores finales no italianos. La multa impuesta por la Comisión era de 102.000.000 de ecus; el Tribunal de Primera Instancia la ha confirmado en lo esencial, al reducirla sólo a 90.000.000 de euros.
29. STJCE de 12 de septiembre de 2000, Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavel Pavlov y otros/Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten. Competencia. Cuestión prejudicial. Afiliación obligatoria a un fondo profesional de pensiones. Compatibilidad con las normas sobre competencia. Calificación de un fondo profesional de pensiones como empresa (Tribunal de Justicia en Pleno). 1) Los artículos 5 y 85 del Tratado CE (actualmente arts. 10 y 81 CE) no se oponen a la decisión de las autoridades públicas de declarar obligatoria la afiliación a un fondo profesional de pensiones, a petición de una organización representativa de los miembros de una profesión liberal. 2) Un fondo de pensiones como el que se examina en los asuntos principales, que determina por sí mismo el importe de las cotizaciones y de las prestaciones y que funciona según el principio

de capitalización, al que se ha encargado la gestión de un régimen de pensiones complementarias establecido por una organización representativa de los miembros de una profesión liberal y que ha sido declarado por las autoridades públicas de afiliación obligatoria para todos los miembros de dicha profesión, es una empresa en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 82 y 86 CE). 3) Los artículos 86 y 90 del Tratado no se oponen a que las autoridades públicas confieran a un fondo de pensiones un derecho exclusivo de gestión del régimen de pensiones complementarias de los miembros de una profesión liberal.

30. STJCE de 21 de septiembre de 2000, Asunto C-222/98, *Hendrik van der Woude/Stichting Beatrixoord*. Competencia. Cuestión prejudicial. Prácticas colusorias y posición dominante. Convenio colectivo. Cotización al Seguro de Enfermedad de los trabajadores (Sala Sexta). Son compatibles con los artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente arts. 81 y 82 CE) las disposiciones de un Convenio colectivo relativas al seguro de enfermedad de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de dicho Convenio y según las cuales la parte de las cotizaciones que corresponde al empresario sólo se abona en el caso de los seguros celebrados con el asegurador o aseguradores que hayan sido designados en el marco de la ejecución de ese mismo convenio colectivo.
31. STPICE de 26 de octubre de 2000, Asunto T-41/96, *Bayer AG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Competencia. Importaciones paralelas. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Concepto de acuerdo entre empresas. Prueba de la existencia de un acuerdo. Mercado de productos farmacéuticos. (Sala Quinta ampliada). La Comisión no ha probado la existencia de un acuerdo entre Bayer y sus mayoristas españoles y franceses. Se anula la multa de 3.000.000 de ecus. La continuidad de las relaciones comerciales entre un fabricante que cambia unilateralmente de política de distribución y sus mayoristas, claramente contrarios a ella, no equivale a una aquiescencia de los mayoristas a dicha política y, por lo tanto, no puede demostrar por sí sola la existencia de un acuerdo prohibido por el Derecho comunitario de la competencia.
32. STJCE de 16 de noviembre de 2000. Asunto C-248/98 P, *NV Koninklijke KNP BT/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente art. 81 CE, apartado 1). Multa. Motivación. Facultad jurisdiccional plena (Sala Quinta). El TJCE revisa la sentencia por la que se había condenado a diversas multas a 19 sociedades productoras de cartón.

CONVENIO SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL

33. STJCE de 13 de julio de 2000, Asunto C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA/Universal General Insurance Company (UGIC)*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Ámbito de aplicación personal. Demandante domiciliado en un Estado no contratante.

Ámbito de aplicación material. Reglas de competencia en materia de seguros. Litigio relativo a un tratado de reaseguro (Sala Sexta).

34. STJCE de 9 de noviembre de 2000, Asunto C-387/98, *Coreck Maritime GmbH/Handelsveem BV* y otros. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Artículo 17. Cláusula atributiva de competencia. Requisitos de forma. Efectos (Sala Quinta).

DERECHO INSTITUCIONAL

35. STJCE de 4 de julio de 2000, Asunto C-387/97, Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica. Derecho institucional. Incumplimiento de Estado. Sentencia del Tribunal de Justicia por la que se declara un incumplimiento. Incumplimiento. Artículo 171 del Tratado CE (actualmente art. 228 CE). Sanciones pecuniarias. Multa coercitiva. Residuos. Directivas 75/442/CEE y 78/319/CEE (Tribunal de Justicia en Pleno). Por primera vez, el Tribunal de Justicia, a petición de la Comisión, sanciona a un Estado miembro por no ejecutar una sentencia anterior: la multa asciende a 20.000 euros por día.

INCUMPLIMIENTO DE ESTADO

36. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-205/98, Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. Transportes. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/89/CEE. Peajes. Autopista de Brenner. Prohibición de discriminación. Obligación de fijar el importe de los peajes en función de los costes de la red de infraestructuras de que se trate (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículo 7, letra b), de la Directiva 93/89/CEE del Consejo, de 25 de octubre de 1993, relativa a la aplicación por los Estados miembros de los impuestos sobre determinados tipos de vehículos utilizados para el transporte de mercancías por carretera, así como de los peajes y derechos de uso percibidos por la utilización de determinadas infraestructuras.

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

37. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-478/98, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica. Libre circulación de capitales. Empréstitos emitidos en el extranjero. Prohibición de adquisición por residentes belgas (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículo 73.B del Tratado CE (actualmente art. 56 CE), al prohibir, con arreglo al artículo 3, párrafo segundo, del Real Decreto de 4 de octubre de 1994, que personas residentes en su territorio adquieran títulos de un empréstito emitido en el extranjero.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

38. STJCE de 16 de mayo de 2000, Asunto C-388/95, Reino de Bélgica/Reino de España. Libre circulación de mercancías. Artículo 34

del Tratado CE (actualmente art. 29 CE, tras su modificación). Reglamento (CEE) núm. 823/87. Vinos de calidad producidos en una región determinada. Denominaciones de origen. Obligación de embotellado en la zona de producción. Justificación. Consecuencias de una sentencia anterior dictada en un procedimiento prejudicial. Artículo 5 del Tratado CE (actualmente art. 10 CE). (Tribunal de Justicia en Pleno). El mantenimiento de la calidad y del renombre del vino de Rioja justifican la obligación de embotellado en la zona de producción.

39. STJCE de 11 de julio de 2000, Asunto C-473/98, *Kemikalieinspektionen/Toolex Alpha AB*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Prohibición nacional de usar, en principio, tricloroetileno. Artículo 36 del Tratado CE (actualmente art. 30 CE, tras su modificación). (Tribunal de Justicia en Pleno).
40. STJCE de 12 de septiembre de 2000, Asunto C-366/98, *Yannick Gefroy/Casino France SNC*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Normativa nacional que regula la comercialización de un producto. Denominación y etiquetado. Normativa nacional que impone la utilización de la lengua oficial del Estado miembro. Directiva 79/112/CEE (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículos 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE, tras su modificación) y 14 de la Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. Si bien el Derecho comunitario prevé que el etiquetado de los productos alimenticios no debe inducir a error al comprador o al consumidor, se opone a los aspectos de la normativa francesa que impone el empleo exclusivo de la lengua francesa para las menciones de etiquetado.
41. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-23/99, Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa. Libre circulación de mercancías. Incumplimiento de Estado. Libre circulación de mercancías. Procedimientos de retención en aduana. Mercancías en tránsito. Derecho de propiedad industrial. Piezas de recambio para la reparación de vehículos automóviles (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículo 30 del Tratado CE (actualmente art. 28 CE, tras su modificación). Las piezas de recambio legalmente producidas en un Estado miembro pueden circular libremente por la Comunidad. El código de la propiedad intelectual francés que establece un mecanismo de retención en aduana aplicable previa solicitud de los constructores que se benefician de la protección de su marca no es conforme con el Derecho comunitario.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

42. STJCE de 16 de mayo de 2000, Asunto C-87/99, *Patrick Zurstrassen/Administration des contributions directes*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Artículo 48 del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, tras su modificación). Igualdad de trato. Impues-

to sobre la Renta. Residencia por separado de los cónyuges. Tributación conjunta de parejas casadas (Tribunal de Justicia en Pleno). El artículo 48, apartado 2, del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, apartado 2, tras su modificación) y el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, se oponen a la aplicación de una normativa nacional que, en materia del Impuesto sobre la Renta, subordina el derecho a tributación conjunta de los cónyuges no separados de hecho ni en virtud de una resolución judicial al requisito de que ambos cónyuges sean residentes en el territorio nacional y niega la concesión de dicha ventaja fiscal a un trabajador residente en dicho Estado, en el que percibe casi todos los ingresos de la unidad familiar, y cuyo cónyuge reside en otro Estado miembro.

43. STJCE de 25 de mayo de 2000, Asunto C-424/98, Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Derecho de residencia. Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Requisito de ingresos (Sala Quinta) La República italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y 93/96/CEE, del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.
44. STJCE de 6 de junio de 2000, Asunto C-281/98, *Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Acceso al empleo. Certificado de bilingüismo expedido por una Administración local. Artículo 48 del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, tras su modificación). Reglamento (CEE) núm. 1612/68. (Tribunal de Justicia en Pleno). El artículo 48 del Tratado CE (actualmente art. 39 CE, tras su modificación) se opone a que un empleador obligue a los candidatos a un proceso de selección de personal a que acrediten sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único diploma, expedido en una sola provincia de un Estado miembro.
45. STJCE de 4 de julio de 2000, Asunto C-424/97, *Salomone Haim/Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Responsabilidad de un Estado miembro en caso de violación del Derecho comunitario. Infracciones imputables a un organismo de Derecho público de un Estado miembro. Requisitos para la responsabilidad del Estado miembro y de un organismo de Derecho público de ese mismo Estado. Compatibilidad de una exigencia lingüística con la libertad de establecimiento. (Tribunal de Justicia en Pleno).
46. STJCE de 13 de julio de 2000, Asunto C-423/98, Alfredo Albore. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Libre circulación de capitales. Artículos 52 del Tratado CE (actualmente art. 43 CE, tras su modificación) y 73 B del

- Tratado CE (actualmente art. 56 CE). Procedimiento de autorización de adquisiciones de bienes inmuebles. Zonas de importancia militar. Discriminación por razón de la nacionalidad. (Sala Sexta).**
47. STJCE de 13 de julio de 2000, Asunto C-456/98, *Centrosteele Srl/Adipol GmbH*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Directiva 86/653/CEE. Agentes comerciales independientes. Normativa nacional que prevé la nulidad de los contratos de agentes comerciales celebrados por personas que no estén inscritas en el Registro de agentes (Sala Primera). Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.
48. STJCE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-238/98, *Hugo Fernando Hocsman/Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Artículo 52 del Tratado CE (actualmente art. 43 CE, tras su modificación). Directiva 93/16/CEE, del Consejo. Nacional comunitario titular de un diploma argentino reconocido por las autoridades de un Estado miembro como equivalente al título de licenciado en medicina y en cirugía. Obligaciones de otro Estado miembro al que se ha solicitado la habilitación para ejercer la medicina en su territorio (Sala Quinta).
49. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-262/97, *Rijksdienst voor Pensioenen/Robert Engelbrecht*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Libre circulación de los trabajadores. Pensión de jubilación. Incremento por cónyuge a cargo. Artículos 12 y 46 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Acumulación de pensiones concedidas en virtud de la legislación de Estados miembros diferentes (Tribunal de Justicia en Pleno).
50. STJCE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-371/97, *Cinzia Gozza y otros/Università degli Studi di Padova* y otros. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Derecho de establecimiento. Libre prestación de servicios. Médicos. Especialidades médicas. Períodos de formación. Remuneración. Efecto directo (Sala Cuarta). Directiva 75/363/CEE, del Consejo, de 16 de junio de 1975, referente a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los médicos, en su versión modificada por la Directiva 82/76/CEE, del Consejo, de 26 de enero de 1982, por la que se modifica la Directiva 75/362/CEE referente al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, y en la que se establecen medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como la Directiva 75/363, y el artículo 3, apartado 2, así como el punto 2 del anexo de la Directiva 75/363, en su versión modificada por la Directiva 82/76.
51. STJCE de 7 de noviembre de 2000, Asunto C-168/98, *Gran Ducado de Luxemburgo/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. Libre circulación de personas. Recurso de anulación. Libertad de establecimiento. Reconocimiento mutuo de títulos. Armonización. Obligación de motivación. Directiva 98/5/CE. Ejercicio permanente

de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (Tribunal de Justicia en Pleno). El Tribunal de Justicia considera que la Directiva no da lugar a una discriminación de los abogados nacionales y que garantiza la protección del consumidor, así como la buena administración de justicia. Dado que pertenece al ámbito del reconocimiento mutuo de los títulos profesionales, la Directiva podía adoptarse por mayoría cualificada.

52. **STJCE de 9 de noviembre de 2000, Asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*** Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Directiva 86/653/CEE. Agente comercial independiente que ejerce su actividad en un Estado miembro. Empresario establecido en un país tercero. Cláusula por la que se somete el contrato de agencia a la ley del país en el que el empresario tiene su domicilio (Sala Quinta). Artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Aplicación imperativa del Derecho comunitario.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

53. **STJCE de 21 de septiembre de 2000, Asunto C-109/99, *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants/Préfet des Pyrénées-Atlantiques.*** Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE. Obligación de limitar el objeto social de las empresas de seguros a la actividad de seguro y a las operaciones que se deriven directamente de ella, con exclusión de cualquier otra actividad comercial (Sala Sexta). Artículo 8, apartado 1, letra b), de la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, Primera Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, en la versión que resulta de la Directiva 92/49/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida).

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

54. **STPICE de 27 de junio de 2000, Asuntos acumulados T-172/98, T-175/98, T-176/98 y T-177/98, *Salamander AG y otros/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.*** Medio ambiente y consumidores. Recurso de anulación. Directiva 98/43/CE. Prohibición de la publicidad y del patrocinio de los productos del tabaco. Admisiabilidad: no (Sala Tercera). El TPICE no admite el recurso por considerar que la Directiva no afecta directamente a las empresas. Vide más adelante la STJCE de 5 de octubre de 2000, Asunto C-376/98, que anula dicha Directiva.
55. **STJCE de 27 de junio de 2000, Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA/Rocío Murciano Quintero. Sal-***

vat Editores SA/José M. Sánchez Alcón Prades y otros. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Cláusula atributiva de competencia. Competencia del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula (Tribunal de Justicia en Pleno). La protección que la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

56. STJCE de 6 de julio de 2000, STJCE de 6 de julio de 2000, Asunto C-236/99, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/271/CEE. (Sala Sexta). Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.
57. STJCE de 19 de septiembre de 2000, Asunto C-287/98, *État du grand-duché de Luxembourg/Berthe Linster, Aloyse Linster, Yvonne Linster*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Medio ambiente. Directiva 85/337/CEE. Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos o privados. Acto legislativo nacional específico. Efecto de la Directiva (Tribunal de Justicia en Pleno). Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
58. STJCE de 7 de noviembre de 2000, Asunto C-371/98, *The Queen/Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte: First Corporate Shipping Ltd.* Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Directiva 92/43/CEE. Conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres. Delimitación de los lugares que pueden designarse zonas especiales de conservación. Facultad de apreciación de los Estados miembros. Consideraciones económicas y sociales. Estuario del Severn (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres.

POLÍTICA COMERCIAL

59. STPICE de 29 de junio de 2000, Asunto T-7/99, *Medici Grimm KG/Consejo de la Unión Europea*. Política comercial. Dumping.

Reglamento por el que se da por concluida una reconsideración provisional. Retroactividad. Devolución de los derechos percibidos. Recurso de anulación. Admisibilidad. (Sala Cuarta ampliada). Reglamento (CE) n. 384/96 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea.

POLÍTICA SOCIAL

60. STJCE de 16 de mayo de 2000, Asunto C-78/98, Shirley Preston y otros/*Wolverhampton Healthcare, HS Trust* y otros. Dorothy Fletcher y otros/Midland Bank plc. Política social. Cuestión prejudicial. Trabajadores y trabajadoras. Igualdad de retribución. Participación en un Plan de Pensiones de Empresa. Trabajadores a tiempo parcial. Exclusión. Regulación procesal nacional. Principio de efectividad. Principio de equivalencia (Tribunal de Justicia en Pleno).
61. STJCE de 23 de mayo de 2000, Asunto C-104/98, Johann Buchner y otros/*Sozialversicherungsanstalt der Bauern*. Política social. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Pensión de vejez anticipada por invalidez. Fijación de una edad diferente según el sexo para causar derecho a la pensión (Tribunal de Justicia en Pleno). La excepción prevista en el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a una prestación como la pensión de vejez anticipada por invalidez, para la que existe un requisito de edad diferente según el sexo introducido por la normativa nacional después de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva.
62. STJCE de 23 de mayo de 2000, Asunto C-196/98, Regina Virginia Hepple y otros/*Adjudication Officer*. Política social. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Prestaciones en el marco de un régimen de seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Introducción de un vínculo con la edad de jubilación (Tribunal de Justicia en Pleno).
63. STJCE de 6 de julio de 2000, Asunto C-407/98, Katarina Abramsson, Leif Anderson/Elisabet Fogelqvist. Política social. Cuestión prejudicial. Concepto de órgano jurisdiccional nacional. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Acción positiva en favor de las mujeres. Compatibilidad con el Derecho comunitario (Sala Quinta). Artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y artículo 141 CE, apartado 4.

64. STJCE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98, Renato Collino, Luisella Chiappero/*Telecom Italia SpA*. Política social. Cuestión prejudicial. Directiva 77/187/CEE. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas. Transmisión de una entidad gestionada por un organismo público de la Administración del Estado a una sociedad de Derecho privado con capital público. Concepto de trabajador. Consideración de la antigüedad global de los trabajadores por el cesionario (Sala Sexta).
65. STJCE de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-175/99, Didier Mayeur/*Association Promotion de l'information messine (APIM)*. Política social. Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa. Transmisión a un municipio de una actividad previamente ejercida, en interés de éste, por una persona jurídica de Derecho privado (Tribunal de Justicia en Pleno). Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.
66. STJCE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP)/Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana. Política social. Cuestión prejudicial. Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE. Ámbito de aplicación. Médicos de Equipos de Atención Primaria. Duración media del trabajo. Inclusión del tiempo de atención continuada. Trabajadores nocturnos y por turnos (Tribunal de Justicia en Pleno). Directivas 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

RELACIONES EXTERIORES

67. STJCE de 15 de junio de 2000, Asunto C-237/98 P, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*/Consejo de la Unión Europea. Comisión de las Comunidades Europeas. Relaciones exteriores. Recurso de casación. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Embargo comercial contra Irak. Acto ilícito. Perjuicio a sociedad mercantil: no (Sala Quinta).
68. STJCE de 22 de junio de 2000, Asunto C-65/98, *Safet Eyüp/Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Libre circulación de trabajadores. Artículo 7, párrafo primero, de la Decisión núm. 1/80, del Consejo de Asociación. Familiar de un trabajador turco. Concepto de residencia legal. Períodos en los que la persona autorizada a reunirse con el trabajador ha convivido *more uxorio* con él. Derecho a ejercer un empleo. Solicitud de medidas cautelares (Sala Sexta).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000*, ed. Civitas, Madrid, 2000, 266 pp.

Sobra entrar en presentaciones del autor de esta monografía, académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y catedrático emérito de Derecho procesal; baste decir que el Dr. Fairén lleva estudiando la ciencia del Derecho desde hace más de medio siglo, es por eso por lo que su estudio sobre el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta francamente enriquecedor al ofrecernos una visión de los distintos sistemas procesales que se han ido implantando en España, y que el autor mismo ha sufrido desde la perspectiva del abogado, y también desde la del jurista; por eso, su enfoque de la audiencia previa está realizado combinando las perspectivas de la dogmática y la práctica forense. Aún podemos añadir otra legitimación del Dr. Fairén para escribir el libro, cual es la de haber dedicado su atención desde 1950, a la audiencia austriaca con el fin de verla introducida en nuestro ordenamiento, lo que sucedió en 1984 al regularse la comparecencia del juicio de menor cuantía, y la de haber seguido muy de cerca el desarrollo parlamentario de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil habiendo elaborado un largo trabajo sobre el «Borrador» de 1997.

En este ensayo teórico-práctico, Fairén no deja cuestiones en el aire, sino que resuelve y toma partido sobre la mejor solución posible a los problemas que se pueden plantear en la práctica ayudado del derecho comparado europeo e iberoamericano. El autor desgrana cada artículo relativo a la audiencia previa y deslinda todas las circunstancias procesales que pueden caber durante la misma, dándonos así una adecuada interpretación de la normativa de la nueva ley y colmando los posibles problemas en su aplicación práctica.

Regulada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil como parte del juicio ordinario, la audiencia previa está dirigida a depurar el proceso y fijar el objeto de debate. Sus orígenes están en la obra del jurista Franz Klein, materializándose por vez primera en la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895. En el ordenamiento español, sus antecedentes más recientes los encontramos en la audiencia preliminar del juicio de cognición (Decreto de 1952), y en la comparecencia del juicio de menor cuantía, comúnmente llamada del «artículo 691». La audiencia previa la define Fairén como «un trácto concentrado de preparación del juicio sobre el fondo». Sin embargo, en determinadas circunstancias procesales, la audiencia puede quedar sin contenido y convertirse en un «monstruo obstaculizador»; es por ello por lo que Fairén nos razona abogando por el carácter facultativo de la misma, con el fin de evitar que se convierta en un acto dilatorio del proceso.

Al margen de las propuestas de *lege ferenda*, el autor propone un modelo procedural elástico, que aprovecha los silencios o tiempos muertos para

introducir actividades procesales, basándose en la analogía –expresamente permitida en la ley–, y convertir de esta forma la audiencia en un «instrumento de concentración» donde se prepare el juicio. Con ello se ofrecen diferentes interpretaciones del articulado a los profesionales del Derecho, donde se les plantean las diferentes opciones procesales, a efectos de poder tenerlas en mente en la práctica diaria.

Fairén dedica su monografía «a las víctimas de las malas administraciones de justicia», descubriendo de un modo comprometido los problemas de nuestro sistema judicial; posiblemente sea por eso el dedicar varios capítulos de la obra a estudiar la figura de la conciliación en la audiencia previa, único medio del justiciable de llegar a una solución razonable sin sufrir el gravamen de un proceso judicial hasta su terminación. Fairén deslinda los intereses de la clase política o *Nomenklatura* –en términos fairenianos– en la redacción de la ley y aprovecha la ocasión para hablarnos de la necesaria mejora de la Justicia y de la Judicatura.

Con todo, se trata de una excelente monografía llena de interés como pequeño manual y como guía de consulta para todos aquellos que somos profesionales del Derecho, y que a buen recaudo necesitaremos de enfoques doctrinales con soluciones prácticas a partir de enero para resolver todas las lagunas y antinomias que yacen en el texto legal. Sólo espero que seamos capaces todos los sujetos intervenientes en la Administración de Justicia de aprovechar los avances de esta nueva ley para procurar que sirva a su finalidad, tan simple pero tan difícil, administrar Justicia.

Manuel M.^a ÁLVAREZ-BUYLLA Y BALLESTEROS
Abogado y Procurador de los Tribunales

FERNÁNDEZ VILLA, José: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, ed. Comares, Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, 1999, 529 pp.

La monografía recensionada está dividida en diez capítulos dedicados respectivamente a los preceptos de la subrogación en el Derecho Romano (capítulo I), la evolución de las instituciones romanas en el Derecho Intermedio y el nacimiento del pago con subrogación (capítulo II), los precedentes de la subrogación en el Derecho histórico español y las aportaciones de la doctrina (capítulo III), la polémica sobre la naturaleza jurídica de la subrogación (capítulo IV), el pago como presupuesto de la subrogación (capítulo V), la subrogación en el Derecho civil español, con una nueva interpretación del artículo 1212 CC (capítulo VI), el régimen jurídico de la subrogación legal (capítulo VII), la subrogación por voluntad del deudor (capítulo VIII), la subrogación por voluntad del acreedor (capítulo IX), los efectos de la subrogación (capítulo X).

Nuestra doctrina mayoritaria y nuestra jurisprudencia vienen entendiendo literalmente el artículo 1212 CC, de manera que la subrogación daría lugar a una sucesión del tercero en la posición del acreedor satisfecho, de manera que ese tercero adquiriría por efecto de la subrogación del crédito pagado. Surge inmediatamente la pregunta que plantea desde un principio el autor, y a la que pretende dar respuesta con una nueva interpretación del mencionado artículo 1212 (a

ella se hace expresa referencia en el título de la obra): ¿cómo puede adquirir el subrogado el crédito que se ha extinguido con el pago?

El artículo 1156 CC establece que las obligaciones se extinguieren por el pago o cumplimiento y por la novación. La subrogación procede en muchos casos del pago y, además, se encuentra recogida en la Sección que el Código dedica a la novación: ¿cómo cabe hacer compatibles estos datos, que en principio resultan incompatibles? O bien la subrogación no produce en verdad esos efectos que aparenta el tenor literal del artículo 1212 CC, o bien no cabe hablar de un pago del crédito en sentido propio, sino de un pago por la cesión del crédito (legal o voluntaria) al subrogado y nuevo titular de dicho crédito.

No se trata de un problema meramente técnico, sino de encontrar la solución que corresponde tanto a los supuestos de subrogación legal, como a los derivados de la voluntad del acreedor o del deudor (arts. 1209, 1210 y 1211 CC).

El autor entiende que el artículo 1212 CC no da pie para excepcionar la eficacia extintiva que el artículo 1156 CC atribuye al pago, ya que semejante interpretación literal de aquél no se compagina con el crédito del prestamista del deudor en el supuesto del artículo 1211 CC, ni con el artículo 1145, párrafo 1.^º, en el supuesto del artículo 1210.3.^º, ni con el artículo 1838 en el supuesto del artículo 1839, ni con las acciones de reembolso o de repetición del artículo 1158, párrafos 2.^º y 3.^º

Por ello considera preferible interpretar el artículo 1212 en términos restrictivos, compatibles con la eficacia extintiva del pago: la subrogación no alcanza al crédito del acreedor satisfecho, que se extingue, sino únicamente a las garantías y privilegios que tuviese dicho crédito. Éstos se trasladan –por el efecto de la subrogación– a ese nuevo derecho de crédito que surge a favor del tercero, el derecho de reembolso para recuperar lo pagado, más, en su caso, daños y perjuicios sufridos, reforzando así la eficacia del mismo.

La construcción es sugestiva, y ciertamente soslaya los inconvenientes que plantea la interpretación tradicional del artículo 1212 CC. Especialmente valoró la ventaja que supone superar la dificultad de decidir la compatibilidad o incompatibilidad del derecho (y acción) de reembolso con el derecho de crédito objeto de subrogación (y la acción correspondiente).

Cierto que no se trata de una construcción exenta de objeciones. Piénsese en la dificultad de adaptar las garantías y privilegios del crédito ya extinguido al importe total (incluidos en su caso los daños y perjuicios sufridos por el tercero que se subroga) del derecho de reembolso. Pero José Fernández Villa, como fino jurista –así queda ampliamente acreditado a lo largo de su libro–, es consciente de ello, y advierte ya en la introducción del mismo que no pretende cerrar el debate sobre el sentido y alcance de la subrogación, sino volver a abrirlo desde una nueva óptica.

Será necesario un tiempo de espera y de reflexión para comprobar el acierto y éxito de sus tesis. Pero desde ya hay que recomendar la lectura de esta monografía, cuya utilidad técnica y práctica, como todo buen trabajo de investigación, no deriva principalmente de la tesis que mantenga (se asuman y compartan o no), sino de la riqueza de la información y del razonamiento jurídico que expone y desarrolla a lo largo de todas sus páginas.

Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

ZIMMERMANN, Reinhart: *Estudios de Derecho privado europeo* (Traducción y prólogo a cargo de Antoni Vaquer Aloy), ed. Civitas, Madrid, 2000, 325 pp.

1. Cuántas veces uno se pregunta por una selección de obras clásicas de Derecho privado que cimenten una sólida formación como civilista o *iurisprivatista*, lejos del trágago de lo inmediato, lo perentorio o lo sectorial. El jurista que se entregue a la lectura sosegada y deliciosa de esta colección de ensayos del profesor Zimmermann habrá conseguido, a ciencia cierta, ese objetivo, con un clásico contemporáneo –cuyo timbre de clasicismo se incrementará con los años venideros– de extrema actualidad por su temática. En efecto, los seis estudios, escogidos por el autor para su presentación en lengua castellana bajo forma de libro, suponen una arquitectura metodológica convincente –tanto en sus aspectos programáticos, como en sus demostraciones prácticas– ante el fenómeno de la armonización europea del Derecho privado, que se sitúa en el contexto de sendas Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 para alcanzar la promulgación de un Código civil europeo; incluso se rumorea que el Parlamento podría aprobar una tercera Resolución más decidida para inicios del año 2001. Si a estas iniciativas institucionales sumamos los diversos y productivos foros de estudio comparatistas que tratan de alumbrar los principios del núcleo común del Derecho privado europeo, de todos conocidos *nomine hominis et loci* (Comisión Lando, Gandolfi-Pavía, Tilburg, Trento, Bonell-Unidroit, etc.), y el proyecto más reciente de redactar en forma articulada un texto que sirva de base para dicho Código civil europeo, liderado por universidades holandesas y alemanas, que comenzó el 1 de julio de 1999, no resta duda alguna acerca de la modernidad del libro que ahora se brinda al lector en lengua española. Sus páginas ya han cosechado en toda Europa, en sus versiones originales en inglés y alemán, un influyente y persuasivo eco, que late en los pensamientos y escritos más recientes de la doctrina civilista europea, y cuyos sonidos están abocados a formar parte de la tradición tonal de partituras tan célebres como las debidas a Portalis o a Thibaut-Savigny. Por todo ello, cumple felicitar al responsable de la edición y traducción de esta obra, vertida con elegancia y precisión: el profesor Antoni Vaquer Aloy.

Reinhard Zimmermann, desde su cátedra de Derecho civil, Derecho romano y Derecho histórico comparado de Regensburg/Ratisbona, ha realizado una amplia labor investigadora cuajada de publicaciones (de las que el lector puede encontrar noticia en el prólogo del profesor Vaquer), a partir de dos pilares instrumentales indisolubles: la potenciación de la Historia del Derecho y del Derecho romano como forma de averiguación del susbtrato común (el *ius commune*) europeo anterior a la disgregación codificadora y, por otra parte, el empleo del Derecho comparado respecto a los ordenamientos jurídicos vigentes, para proyectar en ellos y desde ellos las enseñanzas históricas, en pos del resurgimiento de una ciencia jurídica y unas soluciones comunes europeas y no malentendidamente locales. El fruto más ambicioso de esta metodología, por el momento, ha sido, la obra del profesor Zimmermann, su voluminoso *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, que ya ha alcanzado su cuarta edición en diez años. Por lo demás, la dirección de la revitalizadora *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZeuP)

y la participación de Zimmermann en varios de los grupos de trabajo paneuropeos antes reseñados avalan su autoridad en la materia.

Los seis artículos seleccionados por Zimmermann gozan de una considerable unidad, debido a la coherencia metodológica expuesta. El libro se abre con su estudio programático «El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea», que constituye, ya desde su propio título, una síntesis renovada de los postulados de la vieja escuela histórica del Derecho fundada por Savigny, así como el germen de los ulteriores trabajos del autor, aplicando el método a diversos ámbitos del Derecho civil. Así sucede con otros tres artículos recogidos en el libro, dos relativos a aspectos del Derecho de obligaciones («Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo» y «Enriquecimiento sin causa: la moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales») y uno sobre Derecho sucesorio («*¿Heres fiduciarius?* Auge y declive del albacea testamentario»). La colectánea se completa con dos estudios comparatistas, desde una perspectiva eminentemente *iushistórica*, de sendos ordenamientos jurídicos, cuyas aportaciones al acervo continental europeo son relativamente desconocidas o incomprendidas: «El derecho romano-holandés y su contribución al derecho privado europeo» y «El carácter europeo del derecho inglés. Relaciones históricas entre *civil law* y *common law*».

2. En «El legado de Savigny», que tiene su origen en una conferencia de 1995, reeditada en forma revisada en 1998, Zimmermann aboga por orillar el nacionalismo del Derecho privado y la ciencia jurídica, que trae su origen tan sólo en el siglo XIX, con la codificación, y exhorta a recuperar el carácter histórico del Derecho, fundado en la tradición, de manera que se adopte una «gramática» jurídica común, con su «armazón sistemático y conceptual, de reglas y principios jurídicos, que permita contemplar los ordenamientos jurídicos existentes como variaciones nacionales de un mismo tema». No deja de resultar llamativo que, a diferencia de todas las demás materias que se enseñan en la universidad moderna, el Derecho privado se constrña a la esfera nacional. Partiendo del carácter histórico del Derecho y su ligazón con un pasado común y un mismo sistema de fuentes, el autor relaciona las iniciativas del Parlamento europeo para alcanzar un Código civil europeo con las propuestas que Thibaut defendiera en favor de la codificación y defiende, por contraste, no el camino de la legislación, sino la idea de Savigny de una «organización progresiva de la ciencia del derecho, la cual puede ser común a toda la nación». Esta senda de estudio en profundidad es la que proporcionaría unos principios comunes que sirvan de base para la futura codificación, la cual habría de ser de principios generales. Los diversos *topoi*, largamente discutidos durante siglos, no pueden encontrar respuesta en una precipitada y distraída solución de un legislador más o menos excéntrico; las soluciones comunes deben tomar por base la «gramática jurídica» romana y la evolución que tuvieron en los siglos intermedios, sin que puedan constituir nada más que el punto de partida para las eventuales reglas comunes de nuestro tiempo, que pueden ser distintas, en atención a múltiples factores.

El autor repasa los obstáculos más graves que se han opuesto al resurgimiento de una ciencia jurídica común europea. Por una parte, el presunto carácter independiente y diferencial del Derecho inglés frente al Derecho continental; tras indagar las diferencias entre el *civil law* y el *common law*, y reconociendo que Inglaterra no recibió el Derecho romano en su integridad (como también sucedió en otros lares, como Francia o Alemania, con impor-

tantes instituciones procedentes de elementos germánicos, o, cabría añadir, dentro de nuestras fronteras, Navarra o Aragón, a título de ejemplo), Zimmermann demuestra la confluencia sustantiva que se ha ido produciendo entre ambos sistemas jurídicos en los últimos tiempos y su permeabilidad recíproca; todo ello con aportación de numerosos ejemplos prácticos, sobre todo del Derecho de obligaciones. Por otra parte, resulta palmario que la diversidad lingüística constituye una traba a este proyecto; frente a ello, cabe recordar que entre los ordenamientos nórdicos existe una estrecha vinculación, pese a que las lenguas sueca y finlandesa son claramente distintas; o que existe el Derecho suizo, sin existir una lengua suiza; o que la escuela histórica de Savigny se fundó pese a que el 17 por 100 de los habitantes del imperio alemán se regían por el derecho francés; o, también, por contra, que, pese a compartir el mismo idioma, las culturas jurídicas inglesa y americana son mundos aparte. En consecuencia, es menester adoptar una lengua que permita la comunicación internacional fluida.

Frente a estos obstáculos, tres factores contrarrestan la tendencia a la compartimentación nacional: en primer lugar, las modernas codificaciones responden a la misma tradición jurídica. En segundo término, esta tradición común ha contribuido a la permanencia de una red de contactos intelectuales entre los distintos ordenamientos jurídicos. Y, en tercer lugar, el surgimiento del Derecho comparado como disciplina autónoma, también a finales del XIX, ha proporcionado una rica fuente de inspiración a los legisladores. Precisamente, a través suyo conocemos los puntos de referencia comunes, así como las especialidades del propio Derecho. Insistir en ello es la vía lógica para una sólida armonización *iusprivatista* en una justa medida.

3. En su estudio comparatista de ordenamientos jurídicos, desde una perspectiva histórica, es revelador ubicar en este libro, acto seguido, el análisis de la contribución del «Derecho romano-holandés» al Derecho privado europeo. El levantamiento de los Países Bajos estaba a punto de ser sofocado por los tercios españoles, tras seis años, en 1574; sin embargo, la resistencia de la ciudad de Leiden consiguió el levantamiento del sitio y un giro en la historia. En recompensa, Guillermo de Orange fundó una universidad en dicha ciudad, que señaló el inicio de la etapa dorada del Derecho romano-holandés (Grocio, Vinnio, Voet, Huber...), el cual recogió el testigo de la ciencia jurídica europea iniciada primero en Italia y posteriormente transmitida a los humanistas franceses. Con este inicio, el profesor Zimmermann dibuja firmemente la autoría de ciertos progresos del Derecho de obligaciones en el siglo XVII.

En cuatro ámbitos, cuando menos, el Derecho romano-holandés fue decisivo para la evolución del Derecho romano aplicado en Europa, consolidando una posición moderna distinta hasta la actualidad, distinta de la de los jurisprudentes romanos. En primer lugar, el desarrollo de los contratos consensuales: superando el concepto estricto de *obligatio* y su número cerrado, la práctica judicial del siglo XVI en los Países Bajos, inspirada en los escolásticos españoles y en el Derecho canónico, sancionó la accionabilidad de los *pacta nuda*; de esta forma, la espina dorsal del sistema contractual romano (la *stipulatio*), devino superflua, pues si cada pacto desnudo era accionable, ¿para qué revestirlo de formalidades? Su necesidad como fuente autónoma de obligaciones desapareció, sustituida por la potenciación de los contratos basados en la buena fe. En segundo lugar, se abrió camino al cumplimiento específico de las obligaciones, frente a la condena puramente pecuniaria establecida en el Derecho romano. En tercer lugar, la misma redefinición de la *obligatio* propi-

ció la posibilidad de extender la relación contractual a terceros, mediante nuevos instrumentos como el contrato en favor de tercero, la representación y la cesión de créditos. Zimmermann subraya la influencia esencial en los neerlandeses de los juristas españoles tardomedievales, como Antonio Pérez, «el gran Covarruvias» y otros, en la confección del principio *ex nudo pacto oritur actio*. En cuarto lugar, se consagró la máxima «venta no quita renta». También subraya el papel de Grocio y otros autores en la configuración de una teoría general sobre el enriquecimiento injusto.

Desde esta perspectiva, el autor subraya la modernización del Derecho romano a través de varios factores: el carácter del Derecho romano-holandés como *iurisprudentia forensis*, como Derecho eminentemente judicial, de orientación práctica (otro de los rasgos que debe revestir, a su juicio, la moderna ciencia jurídica), inserto en la tradición elegante, en contacto con el romanismo más elevado; la continuidad norte-sur, pues a pesar de la guerra de casi ochenta años entre España y los Países Bajos, los juristas holandeses no rechazaron la tradición española, con una conexión especialmente intensa desde la Universidad de Lovaina (donde incluso Antonio Pérez fue profesor; o v. gr., Zoesius, docente en leyes allí, estudió en Salamanca); el espíritu europeo de las universidades holandesas se plasmó no sólo en la cita de obras no locales, sino también en la *peregrinatio academica* de alumnos y profesores que allí se recibían (sobre todo alemanes y escoceses), con la costumbre de cubrir cátedras vacantes con extranjeros; también el renacimiento del Derecho natural, con Grocio a la cabeza, constituyó un factor de modernización. En conclusión, la contribución holandesa al Derecho privado actual, muy especialmente se produjo por la integración de la práctica jurídica contemporánea (*mores hodierni, consuetudines nostrae*) en el Derecho científico. La codificación, con su cuarteamiento de la ciencia jurídica, acabó con el interés general del Derecho romano-holandés. Sólo una revitalización de la fundamentación histórica puede superar el empobrecimiento ocasionado por el nacionalismo jurídico.

4. En «El carácter europeo del Derecho inglés», Zimmermann cuestiona el mito del aislamiento histórico de Inglaterra, aportando interesantes datos que avalan que siempre se mantuvo en contacto con la cultura y las ideas del *ius commune*. Se trata de otro estudio en profundidad histórica de un ordenamiento tantas veces incomprendido; lo mismo se podrían haber incluido en este libro otros estudios del autor sobre algunos sistemas mixtos, como Escocia o Suráfrica (donde impartió docencia casi un decenio). Tras examinar las diferencias del *civil law* y el *common law* actuales, y situarlas en sus justos términos (también en Inglaterra hay importantes codificaciones sectoriales, el jurado tiene una historia común europea, etc.), emprende su estudio retrospectivo con la europeización del Derecho anglosajón con la conquista de los normandos a partir del siglo xi. El Derecho autóctono perdió su significado durante siglo y medio, instaurándose el estado feudal según el modelo de la Europa altomedieval. Hasta entrada la Edad Moderna, el latín y el francés se conservaron como lenguas jurídicas cultas. El Derecho consuetudinario contactó pronto con la erudición de Italia. Ya desde 1180 Oxford, y después Cambridge, garantizaban una formación que seguía el modelo continental, en contacto con el Derecho romano y el canónico. La aspiración de fijar por escrito el Derecho propio cuajó en el tratado de Glanvill-Bracton, en sintonía con lo que, al propio tiempo, ocurría con las costumbres francesas, los fueros españoles o el Espejo de Sajonia de Alemania. Tanto este tratado como la segunda

magna obra del Derecho inglés, debida a Blackstone, consiguieron institucionalizar los usos vigentes, a partir de la estructura justiniana y en contacto con el Derecho culto europeo.

Por su parte, el Derecho canónico no sólo impregnó intensamente el Derecho de *Equity*, a través de los eclesiásticos educados en Oxford que componían el Tribunal de la Cancillería, sino que, además, el dominio universal de la Iglesia católica generó una jurisdicción independiente, competente *ratione rerum*, en cuatro materias propias del Derecho civil: cuestiones matrimoniales, testamentarias, promesas confirmadas bajo juramento y atentados al honor. Pasaría mucho tiempo hasta que los tribunales reales recuperasen paulatinamente su competencia sobre tales asuntos, lo cual se produjo finalmente con la Reforma. Otros fenómenos que acercaron el Derecho anglosajón al continental fueron la aplicación de la *lex mercatoria* en Inglaterra, un derecho común europeo para comerciantes, que caló allí hasta la Edad Moderna; o, también, el papel de los jueces escoceses (*v. gr.*, Lord Mansfield) en la confección del Derecho inglés y viceversa.

En definitiva, la tradición del Derecho común mantuvo su influjo en autores y jueces hasta fines del siglo XVIII. Fue en el siglo XIX cuando el Derecho contractual inglés adquirió fisonomía propia y, aun así, la ascendiente del Derecho continental en este punto fue notoria en el contenido y estructura de los tratados ingleses que elaboraron los principios generales de los contratos, debido a los siglos de ventaja que, en este punto, llevaba la doctrina europea de este lado del Canal de la Mancha.

5. Si el mayor estudio y confluencia en el Derecho privado europeo renaciente se ha producido en el ámbito del Derecho de obligaciones, no es de extrañar que el profesor Zimmermann dedique en este libro dos ensayos al tema. El primero sienta los «Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo», como reza su título. En él se enuncian los contenidos y virtudes de una de las principales iniciativas para obtener unos principios contractuales, la de la Comisión Lando (*Principles of European Contract Law*, PECL) y se examinan sus objetivos, por comparación con los *restatements* norteamericanos. Como explicara Helmut Coing, la europeización de la ciencia jurídica habría de tomar al *ius commune* como modelo histórico y al Derecho privado estadounidense como modelo actual.

Zimmermann realiza una interesante comparación de las principales instituciones del Derecho de obligaciones desde los PECL, pero teniendo en cuenta en todo momento el Derecho uniforme vigente, en especial la Convención de Viena de 1980, así como los Principios de Unidroit, y rastrea el origen de cada solución en diversos ordenamientos jurídicos (sobre todo, Alemania, Francia, Italia e Inglaterra), que confronta de continuo, a partir de su tronco común y sus divergencias. El análisis se detiene particularmente en las normas sobre el incumplimiento de la obligación (el *non-performance* unitario), el derecho a la prestación prometida o cumplimiento específico, la prestación del interés positivo (indemnización por daños y perjuicios), la pena convencional, la resolución del contrato y su relación con pretensiones indemnizatorias, la excesiva onerosidad por alteración de las circunstancias (*frustration of contract* o *hardship*), el contrato en favor de tercero, la determinación del precio, la mora del acreedor (una de las regulaciones más originales de los PECL) y la buena fe.

Al paso de estos conceptos se desgranan interesantes reflexiones, como el factor armonizador de algunas Directivas, con más alcance que el puramente

sectorial que regulan; así, por ejemplo, la jurisprudencia inglesa, que carece del principio general de la buena fe tal como se entiende en los códigos continentales, habrá de acostumbrarse a manejar este concepto tras la Directiva de cláusulas abusivas. La comparación continua dibuja un mapa de encuentros (muchos más) y desencuentros (menos) de los *Principios* propuestos con las regulaciones nacionales. Así, por ejemplo, mientras en el caso del incumplimiento el Derecho alemán y en el contrato en favor de tercero el Derecho inglés pueden considerarse como *outsiders* a nivel europeo, el Derecho francés ocupa una posición especial, aislada, en la cuestión de la determinación del precio. El autor concluye que es poco probable que las partes sometan un contrato a los PECL, pues un código requiere ser probado en la práctica y admitido intelectualmente, y sus resultados son aún algo toscos. Pero supone una buena labor preparatoria para culminar la idea codificadora, no superada por el momento, y, amén de su compatibilidad con la Convención de Viena y los Principios de Unidroit, contribuyen a la gestación de la identidad jurídica común.

El segundo estudio sobre materia obligacional pasa del panorama general, a la observación concreta de una institución jurídica: el enriquecimiento sin causa. El punto de partida está en emplazarlo como contrapunto o reverso del Derecho de daños. Mientras éste persigue la reparación del daño causado, el enriquecimiento injusto se basa en un cambio favorable en el *status quo*, referido exclusivamente a la posición del demandado; se trata de un enriquecimiento, no de un empobrecimiento injustificado. Abundando en esta perspectiva, no toda pérdida patrimonial da lugar a una reclamación de resarcimiento. Es necesario que pueda ser imputada a la persona que ha causado el daño. De igual modo, no todo provecho obtenido conduce a una demanda de restitución: el enriquecimiento debía haber correspondido al demandante y no al demandado. Desde esta perspectiva, el autor se embarca en la búsqueda de la función complementaria de este expediente respecto al Derecho contractual y en la definición de sus rasgos: cómo concretar la injusticia, el papel de la causa en la moderna acción de enriquecimiento por atribución y su ligamen histórico con la *condictio indebiti*, la persistencia desfasada del «error» como requisito en algunos ordenamientos, la duda del objeto restituible (valor recibido o valor subsistente), las acciones de enriquecimiento por otros medios y un largo etcétera. El estudio concluye con una traducción (al inglés, en el original; al español, ahora) del proyecto de ley sobre enriquecimiento sin causa preparado por el profesor Detlef König por encargo del Ministerio de Justicia alemán.

6. El volumen se cierra con un artículo sobre la evolución histórica, desde el tronco común de la práctica consuetudinaria medieval, del *albacea testamentario* y su papel actual en los diversos sistemas jurídicos sucesorios («*¿Heres fiduciarius?* Auge y declive...»). La inclusión de este estudio debe saludarse con gozo, puesto que el Derecho sucesorio es una de las materias civiles más relegadas por el momento en los esfuerzos científicos por extraer los principios comunes del Derecho privado europeo. Además, el tema escogido sirve de paradigma a una retrospección investigadora «desde adelante hacia atrás», desde hoy al pasado (aunque la exposición final de los contenidos sea la inversa), que no necesariamente lleva a encontrar el hontanar en el Derecho romano, sino en otros estadios de la evolución histórica, como la época medieval. En efecto, no es posible afirmar que el *albacea* como tal existiese en el Derecho romano clásico, dado que el papel clave en la ejecución

de la sucesión testada correspondía al heredero. Aparte del *familiae emptor*, en las fuentes tan sólo cabe encontrar ciertos vestigios de otros mecanismos sustitutorios, a través de los cuales un tercero recibía encomiendas específicas que debía ejecutar o supervisar (herederos fiduciarios, uso de condiciones o modos, donatarios *mortis causa*, etc.). Estos encargos fueron fomentados a partir de Justiniano, sobre todo, para el cumplimiento de disposiciones *ad pias causas*. Fue en el Derecho bizantino cuando se empieza a desarrollar el régimen jurídico de los *epitropoi*, con el Emperador León VI (886-912). En el Medievo, dos vectores propiciaron la configuración posterior homogénea del ejecutor testamentario, cuya necesidad se expandió ante la pérdida de protagonismo del *heres* y del testamento romano: por una parte, el Derecho germánico y su organización familiar concedió un papel predominante en la sucesión al llamado *Salmann*; por otra parte, la influencia de la Iglesia fue decisiva para relajar los requisitos formales del testamento y potenciar el empleo de fiduciarios en interés del testador. Los Papas adoptaron medidas para que se cumplieran los deseos del finado y se supervisase esta ejecución con el objeto de evitar cualquier defeción (Decretales de Gregorio IX). Incluso entendieron las autoridades eclesiásticas que los asuntos testamentarios eran parte de su ámbito de competencia y, por ende, sometían las controversias a la jurisdicción de sus propios tribunales, con independencia de que el causante fuese religioso o no.

La figura del *executor* o *minister* ocasionó grandes dificultades de conceptualización a la literatura culta, debido a la escasez de fuentes. Legistas y canonistas desarrollaron las funciones y características del cargo, las misiones del obispo como *executor legitimus*, la diferencia entre el ejecutor universal y el especial, el plazo, etc. El autor documenta cada aserto, como en todos sus estudios, con abundantísima y ajustada bibliografía actual y de la época, en este caso, con especial atención a la doctrina de Durante en el *Speculum Iuris* (aunque acaso se echa de menos el influyente tratado del español Francisco del Carpio, *De executoribus et commissariis testamentariis*, Ursonae, 1638). A continuación, desciende a la confección del *usus modernus* sobre esta institución en Alemania, Países Bajos, Austria y Francia, con diferencias sobre el carácter de cargo privado o tutelado públicamente, o sobre la calificación de su posición jurídica (mandatario, representante, etc.) pero con el nexo de la progresiva decadencia de las funciones del ejecutor universal con la recuperación del centro de la sucesión por el heredero, en la mayoría de los sistemas. El análisis de la codificación alemana de la figura en el XIX sirve de colofón al estudio. Una aleccionadora polémica entre autores de credo romanista y germanistas se reflejó en los estratos de elaboración del BGB en este punto, y se reprodujo con posterioridad en relación con la naturaleza jurídica del albacea. En el haber del segundo grupo de juristas cabe anotar la figura del administrador por tiempo indefinido (§ 2209 BGB), que, a juicio de Zimmermann es el que más amplios poderes tiene dentro de los ordenamientos continentales, incluido el Código civil español, que el autor sitúa, con cierta simplificación, junto al belga, en la estela del régimen del *Code civil* (p. 320, núm. 279). Finalmente, concluye el ensayo con un resumen del *common law* inglés, que califica como el único sistema jurídico europeo que se ha mantenido favorable para el albacea que, sobre la base de la costumbre germánica, la enseñanza cristiana y el Derecho romano, ocupa el lugar del testador y actúa en interés de los beneficiarios.

7. Si las anteriores páginas suponen un censo aproximado del contenido del libro que es objeto de esta recensión, no es posible, en cambio, plasmar la elegancia y agilidad de la prosa que le da forma, sin perder por ello un ápice de precisión. De igual modo, sólo una lectura directa podrá verificar la copiosa y certera bibliografía que acompaña a cada aserto. Estas virtudes nos llegan inalteradas gracias al exquisito cuidado, casi mimo, que el traductor ha puesto en la versión española. Su benemérita labor se incrementa con el esfuerzo por citar las traducciones españolas que existen de las obras citadas en cada momento por el autor, con su correspondiente paginación española; así sucede con los libros de Coing, Thibaut, Savigny, McGregor o incluso Dickens; o con la cita de las traducciones más recientes de textos legales, como la de Eiranova al BGB; o la inclusión de la última edición de los Principios Lando, de 2000, posterior incluso a los escritos originales del autor, en un afán actualizador. Sin embargo, este empeño, harto difícil, deja fuera de foco algunas otras traducciones existentes y no citadas, como las de Planitz (cfr. p. 286; *Principios de Derecho germánico*, Barcelona, 1957), Koschaker (cfr. pp. 54 y 58; *Europa y el Derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955), Wieacker (cfr. pp. 70 y 166; *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. F. Fernández Jardón, Madrid, 1957, y Granada, 2000), Ihering (cfr. p. 109; *El espíritu del Derecho romano*, Granada, 1999 y Madrid, 1997), o los *Principios de Unidroit* (cfr. p. 120; Roma, 1994). También es de reconocer el deslinde justo entre la conservación de citas o términos en su idioma original, cuando no es el mismo que la lengua empleada por el autor del ensayo y la traducción en otro caso; pese a lo cual, la pauta se altera en algunas ocasiones en las notas a pie de página, dejando sin traducir textos que el autor cita en alemán, cuando su propio artículo está en ese idioma, o en inglés, si el artículo figura en lengua inglesa (cfr. p. 35, núm. 48; p. 51, núm. 124; p. 58, núm. 159; p. 97, núm. 161; p. 116, núm. 19; p. 149, núm. 185; p. 151, núm. 191-192; p. 182, núm. 91; p. 301, núm. 144; p. 322, núm. 289; p. 323, núm. 298). Deslices estos, que no empañan en absoluto la cuidada edición.

Por lo demás, en la obra del profesor Zimmermann cabe detectar, amortiguada, una tendencia generalizada en la doctrina europea: así como el autor demuestra un interés y conocimiento notorio de los escolásticos españoles y de los autores clásicos de nuestro país en el período intermedio, la comparación con el Código civil español vigente (v. gr., respecto a los PECL) y el diálogo con la doctrina española actual es prácticamente inexistente. Y esto no constituye, a mi juicio, un defecto imputable necesariamente a este quehacer doctrinal foráneo, que ni siquiera cuenta, hasta donde se me alcanza, con una traducción fiable al inglés del Código civil español, sino que es índice del escaso empleo por parte de la doctrina española de esa *lingua franca* de la renovada ciencia jurídica europea que, *velis nolis*, se impone en la comunicación jurídica internacional, cual es el inglés.

Es preciso un revulsivo en nuestra doctrina (que está comenzando ya), con un debate interno en profundidad sobre la armonización del Derecho privado en Europa y la fundamentación de un futuro Código civil europeo, «hasta acercarnos a los niveles del resto de los países europeos», como advierte el profesor Vaquer en su prólogo; pues, en efecto, el *status quaestionis* es muy dispar en los escritos de los diversos Estados miembros, con clara ventaja para Holanda, Alemania o Italia, y a mayor distancia Francia y el resto. En España, además, contamos con problemas genuinos que la pers-

pectiva histórico-comparativa del profesor Zimmermann puede ayudar a resolver (*vid.* mi contribución en «*La Ley*», 5 de marzo de 1999), como es la cuestión foral.

Es preciso también dar a conocer, a través de ese cauce lingüístico, los excelentes estudios comparatistas de la doctrina española, incrementando así una presencia aún capitidismuida en los foros donde se debaten los futuros principios comunes. Mientras estos objetivos no se cumplan paulatinamente, no es de extrañar que en iniciativas como la liderada desde 1999 por las universidades de Osnabruck, Hamburgo y Tilburg-Utrecht para la consecución de un Código civil europeo articulado, no se tome en consideración suficiente la posible candidatura de universidades españolas, cuando, desde su fundación, el grupo buscaba un asentamiento en el sur de Europa (que parece haberse decantado por Italia). Mayor estudio, mayor debate, mejor difusión. Empresas como el libro que ahora se comenta, congresos como el habido en Lleida los días 27 y 28 de abril de 2000 sobre «Los Derechos civiles regionales en Europa» (al que, por cierto, asistió como ponente el propio Zimmermann) o el patrocinado por la presidencia portuguesa de la Unión Europea en Coimbra, en junio de 2000 (*A Civil Code for Europa*), contribuyen, sin duda, a acariciar con mayor confianza el logro de un objetivo que aúna tanta ambición como laboriosidad.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de La Rioja

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: *Derecho civil*: Introducción. Derecho de la persona. Persona jurídica. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. Derecho de familia. Derecho de sucesiones.—*Derecho mercantil*: Parte general. Empresa. Derecho de sociedades. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. Contratos mercantiles. Títulos valor, letra de cambio y cheque. Derecho concursal.—*Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas.—Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Inconstitucionalidad y nulidad de Leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 87 y ss.

ASPAS ASPAS, José Manuel: «Las guías de servicios de telecomunicaciones y la protección de datos», en *La Ley*, 2000-1, D-6.

EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: «Documento público», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 99 y ss.

FAYOS GARDO, Antonio: «¿Tiene sentido hablar hoy de un Derecho civil valenciano? (Sobre las competencias civiles de las Comunidades no forales?)», en *La Ley*, 1999-6, D-318.

FRAGA IRIBARNE, Manuel: «La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 11 y ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Significado del Código civil cubano de 1987 en el proceso de codificación», en *RJNot*, núm. 26, 1998, pp. 61 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «Ejecución en España de una sentencia dictada en un Estado de la Unión Europea», en *La Ley*, 1999-6, D-303.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos: «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aporta-

- ción al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional», en *RDCE*, núm. 7, 2000, pp. 15 y ss.
- LÓPEZ RUIZ, Francisco: «Sistema jurídico, interpretación y creación normativa», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 115 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Aspectos jurídico-privados del euro», en *RDP*, mayo 2000, pp. 355 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Los componentes públicos de la función notarial», en *RJNot*, núm. 25, 1998, pp. 55 y ss.
- «Visión panorámica de los protocolos notariales», en *RJNot*, núm. 26, 1998, pp. 381 y ss.
- «El documento negocial informático», en *RJNot*, núm. 28, 1998, pp. 51 y ss.
- «La ejecución transfronteriza de las escrituras públicas en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 227 y ss.
- «La dogmática del instrumento público y la glosa accusiana», en *RJNot*, núm. 32, 1999, pp. 357 y ss.
- «El documento y la práctica documental», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 181 y ss.
- RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: «La función notarial en la economía de mercado», en *RJNot*, núm. 25, 1998, pp. 85 y ss.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín: «Las implicaciones constitucionales de la participación de España en el proceso de integración europeo», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 487 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 207 y ss.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el cyberspacio», en *DN*, abril 2000, pp. 1 y ss.
- ### DERECHO DE LA PERSONA
- BOIX REIG, Javier: «La difamación en prensa», en *RGD*, junio 2000, pp. 7317 y ss.
- BRAVO-FERRER, Miguel: «Protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones», en *GJ*, julio-agosto 2000, pp. 76 y ss.
- BUSTOS VALDIVIA, Inmaculada: «Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de mayo de 1996», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2000, pp. 1289 y ss.
- CAMPO GUERRI, Miguel Angel: «La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 9 y ss.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: «Errores informáticos y derechos fundamentales: el recurso de aclaración (Comentario a la STC 48/1999, de 22 de marzo)», en *La Ley*, 1999-5, D-248.

CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 9157 y ss.

CERES MONTES, José Francisco: «Los servicios de atención al ciudadano en la Administración de Justicia: el Reglamento 1/1998 del Consejo General del Poder Judicial, de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales (Acuerdo de 2 de diciembre de 1998 del Pleno)», en *La Ley*, 1999-5, D-217.

COMAS D'ARGEMIR CENDRA, Montserrat: «Análisis del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre extracción y trasplante de órganos», en *La Ley*, 2000-2, D-71.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil durante el año 1999», en *Actualidad Civil*, núm. 27, 2000, pp. 965 y ss.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: «La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (A propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril)», en *La Ley*, 1999-6, D-271.

GABALDÓN LÓPEZ, José: «Independencia judicial y seguridad jurídica», en *La Ley*, 1999-5, D-228.

GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, Martín: Extensión y límites de la incapacitación; artículo 210 del Código Civil (Comentario a la STS de 26 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 133 y ss.

GINEBRA MOLINS, M. Esperança: «La no necessitat de reiterar les declaracions de voluntat referents al canvi de veïnatge civil per residència», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 433 y ss.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «Descolonización y nacionalidad: el caso saharaui. Consolidación de nacionalidad (Comentario a la RDRGN de 23 de marzo de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 15 y ss.

— «Descolonización y nacionalidad: el caso saharaui (En torno a la STS de 26 de octubre de 1998)», en *RDP*, marzo 2000, pp. 200 y ss.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: «El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1775 y ss.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador: «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable en el procedimiento sancionador administrativo. Doctrina constitucional (A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 154/1994, 197/1995 y 8/1996)», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 589 y ss.

MARTÍNEZ HENS, Helena: «Cuotas lácteas y derechos fundamentales (Un estudio de Derecho italiano)», en *RDP*, abril 2000, pp. 284 y ss.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «El estado civil de las personas expulsado del futuro recurso de casación. El anómalo *interés casacional*», en *La Ley*, 1999-5, D-265.

OLIVA RODRÍGUEZ, Antonio M.: «Reflexiones acerca del principio de legalidad», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 481 y ss.

PASCUAL SERRATS, Rosa: «La protección constitucional del derecho a un Juez imparcial y a la asistencia de letrado (Comentario a la STC 162/1999, de 27 de septiembre)», en *RGD*, mayo 2000, pp. 5719 y ss.

PÉREZ ESCALONA, Susana: «Las fuentes del derecho de asociación. (Comentario a la STS 173/1998, de 23 de julio)», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1979 y ss.

REY MARTÍNEZ, A. Fernando: «El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo», en *La Ley*, 2000-1, D-27.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *RJNot*, núm. 26, 1998, pp. 123 y ss.

ROCA, Encarna: «Embriones, padres y donantes», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 413 y ss.

ROCA JUNYENT, M., y TORRALBA MENDIOLA, E.: «La Ley de Protección de Datos», en *La Ley*, 2000-2, D-70.

ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: «La mujer casada y el principio de igualdad», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 229 y ss.

SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: «El notario y los derechos fundamentales», en *RJNot*, núm. 28, pp. 87 y ss.

TORRALBA MENDIOLA, E., y ROCA JUNYENT, M.: «La Ley de Protección de Datos», en *La Ley*, 2000-2, D-70.

TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 205 y ss.

VALENTÍN GAMAZO Y ALCALÁ, Isabel: «Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2000, pp. 1167 y ss.

PERSONA JURÍDICA

CARRANCHO HERRERO, M.^a Teresa: «Consideraciones críticas en torno al derecho de reversión de la dotación fundacional», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2000, pp. 1207 y ss.

DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel: «Las Fundaciones Universitarias», en *La Ley*, 1999-6, D-307.

- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1067 y ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 47 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Notas sobre la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», en *La Ley*, 1999-6, D-284.
- PÉREZ ESCALONA, Susana: «Las fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STS 173/1998, de 23 de julio)», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1979 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M.^a: «*¿Quid* de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?», en *La Ley*, 2000-2, D-51.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ABDALÁ, Martín E.: «Las obligaciones de los bancos e intermediarios de inversión de informar y asesorar a sus clientes y las responsabilidades emergentes de su inobservancia. Un análisis desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia alemana», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 145 y ss.
- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «La incidencia de la rescisión por lesión en los negocios onerosos de carácter mercantil (Análisis doctrinal y jurisprudencial)», en *RDP*, marzo 2000, pp. 179 y ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Validez de la escritura pública de venta simulada para cubrir la forma escrituraria de la donación de inmuebles», en *RDP*, marzo 2000, pp. 221 y ss.
- ALCÁNTARA GONZÁLEZ, José María: «La falta de uniformidad actual en la regulación del transporte de mercancías por mar y del transporte multimodal», en *DN*, junio 2000, pp. 1 y ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», en *La Ley*, 1999-5, D-235.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente: régimen instaurado por el Reglamento Comunitario 2027/97 de 17 de octubre», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2000, pp. 813 y ss.
- ANDERSON, Miriam: «La donación remuneratoria», en *La Ley*, 2000-1, D-26.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa, y EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Angeles: «El *gentlemen agreement*: aspectos teóricos y prácticos en Derecho español», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 173 y ss.
- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», en *La Ley*, 2000-2, D-43.

ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y la jurisdicción civil», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2000, pp. 1017 y ss.

ÁVILA NAVARRO, Pedro: «La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro», en *La Ley*, 2000-2, D-69.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2727 y ss.

— «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 2000, pp. 1179 y ss.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2000, pp. 743 y ss.

— «Buena fe y calificación de las condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», en *La Ley*, 1999-5, D-211.

BAÑEGIL ESPINOSA, Francisco: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2000, pp. 713 y ss.

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 403 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Responsabilidad derivada de daño causado por producto o servicio defectuosos: implantación de DIU inadecuado para la finalidad contraceptiva (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 195 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Acceso a la información del sector público: cuestiones sobre propiedad intelectual y registros públicos, en relación con la defensa del consumidor», en *La Ley*, 1999-5, D-216.

CANDIL CANO, M.^a Luisa: «El sistema arbitral de consumo», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 637 y ss.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: «Las cláusulas generales de la contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1225 y ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Adquisición de finca hipotecada en fase de ejecución. “Subrogación legal” del acreedor hipotecario adjudicatario en las cargas y gravámenes preferentes y también en la obligación de pago del crédito, a favor del mismo acreedor hipotecario, mediante aquéllos asegurado. Consiguiente extinción, por confusión, de derechos, del crédito hipotecario que lo aseguraba, al no haberse distribuido la res-

- ponsabilidad hipotecaria entre las dos fincas gravadas con la hipoteca (solidaria)», en *RDP*, abril 2000, pp. 308 y ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «Financiación no bancaria de la construcción: la percepción de cantidades a cuenta en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación», en *La Ley*, 2000-2, D-39,
- CILLERO DE CABO, Patricia: «Responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos: el caso francés», en *DN*, abril 2000, pp. 27 y ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Responsabilidad solidaria por ruina: supuestos en que existe litisconsorcio pasivo necesario entre los partícipes en la edificación (Comentario a la STS de 3 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 375 y ss.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 2000, pp. 1399 y ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «La obligación derivada de la cofianza», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2257 y ss.
- CUENCA MIRANDA, José Manuel: «Los derivados de crédito: el contrato de *credit default swap*», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 7 y ss.
- El autor, tras referirse al concepto, la historia y los tipos de los derivados de crédito, se centra en el análisis del régimen jurídico aplicable a uno de éstos: el contrato de «*credit default swap*», por ser el de mayor volumen de contratación. Los «*credit default swaps*» son instrumentos que dan derecho a percibir un único pago para el caso de que tenga lugar un suceso determinado, generalmente el impago de un empréstito, permitiendo así la transferencia y asunción del riesgo de incumplimiento en caso de insolvencia del prestatario o emisor de dicho empréstito. Se define como un contrato en cuya virtud una de las partes (vendedora de protección) se obliga, a cambio del cobro periódico de una prima y para el caso de que se produzca un determinado suceso («*credit event*») relacionado con la solvencia de un tercero (entidad de referencia), a pagar a la otra parte (compradora de protección) una cantidad fija o una suma variable en función de la depreciación experimentada por el valor de un determinado activo crediticio (obligación de referencia) como consecuencia del acaecimiento de aquel suceso.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Responsabilidad civil de centros docentes públicos (Comentario a la STS de 18 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 309 y ss.
- DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto: «La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual (Un estudio jurisprudencial)», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 2000, pp. 1343 y ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2327 y ss.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: «Condiciones generales de la contratación cláusulas abusivas», en *RDP*, febrero 2000, pp. 99 y ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Angeles, y ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «*El gentlemen agreement: aspectos teóricos y prácticos en Derecho español*», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 173 y ss.

ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: «*El derecho de revocación en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y su aplicación supletoria en el crédito al consumo*», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 231 y ss.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis, y PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: «*Ejecución testamentaria: la prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas*», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 233 y ss.

FRANQUET SUGRAÑES, M.^a Teresa: «*La mercantilidad de las ventas a plazos de bienes muebles*», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 121 y ss.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «*La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre*», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1927 y ss.

- «*Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)*», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2869 y ss., y en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2000, pp. 1123 y ss.
- «*La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-Ley de 17 de septiembre*», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 23 y ss.
- «*La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre*», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2000, pp. 651 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «*Responsabilidad de la administración hospitalaria por daño desproporcionado*», en *La Ley*, 1999-5, D-238.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «*Tercería de dominio. Contrato de arrendamiento financiero o leasing: distinción con la compraventa a plazos. Interpretación de los contratos (Comentario a la STS de 19 de julio de 1999)*», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 93 y ss.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «*Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación*», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 13 y ss.

GARNICA MARTÍN, Juan F.: «*Inversión de la carga de la prueba y enjuiciamiento de los daños recíprocos sin prueba de culpa en la responsabilidad civil del automóvil (Crítica a una jurisprudencia equivocada)*», en *La Ley*, 1999-6, D-308.

GOMÁ LANZÓN, Fernando: «*El desarrollo de la función notarial en el ámbito del comercio electrónico: explicaciones, reflexiones y comentarios*», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 111 y ss.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «*El Registro de Bienes Muebles*», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 973 y ss.

- GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2692 y ss.
- GUERRERO OSTOLAZA, José M.: «Naturaleza jurídica de la relación de servicios prestada por los árbitros de fútbol. Comentario a la sentencia del TSJ Galicia de 4 de febrero de 1999», en *La Ley*, 1999-5, D-261.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Las facultades moderadoras de jueces y tribunales en la venta a plazos de bienes muebles: el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio», en *RDP*, abril 2000, pp. 255 y ss.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael: «El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)», en *DN*, julio-agosto 2000, pp. 1 y ss.
- JIMÉNEZ-HORQITZ, Margarita: «La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineeficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales», *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1257 y ss.
- JORDÁ CAPITÁN, Eva: «La Directiva 1999/144/CEE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 127 y ss.
- KARRERA EGIALDE, Mikel: «Arrendamientos rústicos. Extensión del objeto. Derecho de acceso a la propiedad: cuantía litigiosa y condición de cultivador personal (Comentario a la STS de 29 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 335 y ss.
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «Ley de Ordenación de la Edificación. Análisis jurídico de la Ley. Consecuencias de la subsistencia del artículo 1591 del Código Civil», en *La Ley*, 2000-1, D-16.
- LANDO, Ole (Trad.: Nuria Latorre Chiner): «El Derecho contractual europeo en el tercer milenio», en *DN*, mayo 2000, pp. 1 y ss.
- LASARTE, Carlos: «Ley de Ordenación de la Edificación», en *La Ley*, 1999-6, D-299.
- «El régimen transitorio de los arrendamientos de locales de negocio destinados a farmacia», en *La Ley*, 2000-2, D-40.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociónes que conviene distinguir», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2000, pp. 635 y ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La venta fuera de establecimiento mercantil y su relación con los supuestos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2233 y ss.
- LÓPEZ LIZ, José: «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*, 1999-5, D-225.

- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Responsabilidad civil de los profesionales», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2923 y ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Préstamos y créditos, avales e hipotecas ante el control de cambios», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 145 y ss.
- MARTÍ FERRER, Manuel: «La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del Promotor», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 67 y ss.
- MARTÍNEZ HENS, Helena: «Obras y mejoras en el arrendamiento rústico. Un estudio de los artículos 42 y 43 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 2000, pp. 945 y ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apollònìa: «La protección del consumidor en la propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 111 y ss.
- «Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica», en *La Ley*, 1999-6, D-298.
- MAS BADÍA, M.^a Dolores: «Renuncia al derecho de traspaso del arrendatario. Tercería de dominio del arrendador: improcedencia (Comentario a la STS de 30 de septiembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 207 y ss.
- MATEU DE ROS, Rafael: «El consentimiento electrónico en los contratos bancarios», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 7 y ss.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Dolores: «Crédito refaccionario. Preferencia de un crédito hipotecario sobre otros de mejor rango por ser refaccionario (Comentario a la STS de 14 de abril de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 29 y ss.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «Imputación del pago en el Código Civil peruano de 1984», en *RDP*, febrero 2000, pp. 133 y ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «El resarcimiento de daños en los Principios Europeos del Derecho de los Contratos» (Con especial referencia al Derecho español), en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2000, pp. 1235 y ss.
- NEBREDA PÉREZ, Joaquín M.^a: «Hacia un nuevo régimen de la distribución eléctrica. Específica referencia al mercado minorista de la electricidad», en *RPJ*, núm. 55, 1999, pp. 393 y ss.
- ORDÁS ALOSO, Marta: «Los poderes normativos del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en el ámbito contractual privado», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 11 y ss.
- ORTEGA MONTORO, Rodrigo: «La responsabilidad de las agencias de viajes en la Ley 21/1995, reguladora de los Viajes Combinados», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 83 y ss.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 779 y ss.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «Responsabilidad civil subsidiaria de entidad bancaria por pago de cheques falsos o falsificados», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 215 y ss.

- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «La cesión de la marca», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 75 y ss.
- «La cesión de la marca» (continuación), en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 545 y ss.
- PABLO VARONA, M.^a Luisa de: «Las garantías a primera demanda», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 77 y ss.
- PALOU BRETONES, Antonio: «Responsabilidad del personal sanitario», en *La Ley*, 1999-6, D-313.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo (Comentario a la STS de 5 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 223 y ss.
- PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos, y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: «Ejecución testamentaria: la prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 233 y ss.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Las acciones del control abstracto de condiciones generales», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 437 y ss.
- PRETEL SERRANO, Juan José: «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2817 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Denegación de indemnización del daño moral causado por infidelidad matrimonial (Comentario a la STS de 30 de julio 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 153 y ss.
- RAMÓN CHORNET, Juan Carlos: «Las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2625 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La forma notarial de la declaración de voluntad», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 199 y ss.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «La ruina inminente en la Jurisprudencia», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 11 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M.^a: «Breve reflexión sobre la responsabilidad civil extracontractual del propietario no conductor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», en *La Ley*, 2000-1, D-4.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Doble venta. ¿Es o no necesaria la buena fe en el comprador preferido? Doble inmatriculación. Usucapión *contra tabulas* y usucapión *secundum tabulas*. Fundamento de la publicidad del RP: ¿mera imponibilidad o fe pública? (Comentario a la STS de 2 de julio de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 59 y ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nota introductoria a la protección jurídica de los consumidores», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 11 y ss.
- SALLARES, Joaquín: «El subarriendo y la fianza legal del artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *La Ley*, 2000-2, D-84.

SANTOS BRIZ, Jaime: «La responsabilidad civil. Manifestaciones actuales hacia la responsabilidad objetiva», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 503 y ss.

SEGURA DE LASSALETA, Raimon: «La seguridad de la contratación en Internet: la firma electrónica», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 8999 y ss.

SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «La ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles y los contratos inscribibles: aspectos mercantiles y sustantivos», en *RGD*, junio 2000, pp. 7279 y ss.

SERRA MARÍA-TOMÉ, Javier: «El código técnico de la edificación en la LOE», en *RDU*, núm. 1

SUÑÉ LLINÁS, Emilio: «Documento digital y firma electrónica», en *RGLJ*, núm. 2, 2000, pp. 209 y ss.

TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «La responsabilidad de las entidades de crédito por la inclusión errónea de morosos en el Registro de Aceptaciones Impagadas (R.A.I.)», en *La Ley*, 1999-5, D-234.

TENA ARREGUI, Rodrigo: «La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 277 y ss.

TOCINO BISCAROLASAGA, Isabel: «La responsabilidad civil en materia ambiental: hacia la efectiva plasmación legal del principio de *quien contamina paga*», en *La Ley*, 2000-2, D-74.

VARA DE PAZ, Nemesio: «Responsabilidad de entidad bancaria por la pérdida de una letra de cambio», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 193 y ss.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el cyberspacio», en *DN*, abril 2000, pp. 1 y ss.

VICENTE DOMINGO, Elena: «Régimen de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación y su coordinación con el régimen actual: ¿deroga el artículo 1591 del Código Civil?», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 2000, pp. 1383 y ss.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «Responsabilidad e indemnización. Tres niveles de exigencia y reparación», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 9013 y ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALBALADEJO, Manuel: «¿Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del artículo 16.2.^º del Reglamento Hipotecario?», en *RDP*, mayo 2000, pp. 413 y ss.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Las “vecindades foranas” en el Derecho Navarro», en *RJN*, núm. 28, 1999, pp. 65 y ss.

- ARIJA SOUTULLO, Carmen: «Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», en *La Ley*, 2000-2, D-43.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro: «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 643 y ss.
- «La Ley de Ordenación de la Edificación y el Registro», en *La Ley*, 2000-2, D-69.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 777 y ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Acceso a la información del sector público: cuestiones sobre propiedad intelectual y registros públicos, en relación con la defensa del consumidor», en *La Ley*, 1999-5, D-216.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Mala fe, prescripción e incongruencias en el caso *Nike*», en *La Ley*, 2000-2, D-85.
- CARRILLO MORENTÉ, José Antonio: «La prefiguración de los complejos inmobiliarios y su modificación mediante instrumentos urbanísticos», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1451 y ss.
- CARRIÓN, Salvador: Comunidad de bienes. Urbanización regulada por el Código Civil y Estatutos, no sometida a la Ley de Propiedad Horizontal. No cabe imponer limitaciones al derecho de propiedad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1998», en *RDP*, marzo 2000, pp. 233 y ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Adquisición de finca hipotecada en fase de ejecución. "Subrogación legal" del acreedor hipotecario adjudicatario en las cargas y gravámenes preferentes y también en la obligación de pago del crédito, a favor del mismo acreedor hipotecario, mediante aquéllos asegurado. Consiguiente extinción, por confusión, de derechos, del crédito hipotecario que lo aseguraba, al no haberse distribuido la responsabilidad hipotecaria entre las dos fincas gravadas con la hipoteca (solidaria)», en *RDP*, abril 2000, pp. 308 y ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 287 y ss.
- CORRAL DUEÑAS, Francisco: «El agrarismo en la publicidad registral», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 857 y ss.
- DESDENTADO DAROCA, Elena: «El conflicto entre el crédito salarial superpriorizado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 49 y ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La documentación electrónica. Sus implicaciones jurídicas en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 941 y ss.

- DÍAZ-AMBRONA BARAJÍ, M.^a Dolores: «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1429 y ss.
- DÍEZ, Lilia Noemí: «La registración inmobiliaria en el proyecto de reformas al Código Civil argentino», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2307 y ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «La compañía familiar gallega y la modernización del derecho agrario en Galicia (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2000, pp. 835 y ss.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «El ámbito de las relaciones de vecindad», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1815 y ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: «Uso ficticio de la marca propia; y uso ilícito de la marca ajena. En torno al *caso Nike*», en *La Ley*, 2000-1, D-22.
- FUENTE GARCÍA, Elena de la: «La acción de caducidad y la acción de nulidad en el caso Nike. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1999», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 2000, pp. 1081 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «Usufructo y sociedad de gananciales», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1673 y ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «El Registro de Bienes Muebles», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 973 y ss.
- «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1857 y ss.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Los complejos inmobiliarios privados», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 75 y ss.
- «El rapto de la hipoteca», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 73 y ss.
- GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO GIL, Ramón: «La protección interdictal frente al incumplimiento de las normas sobre vistas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2935 y ss.
- GUZMÁN CUTILLAS, Joaquín, y PINAZO HERNANDIS, Javier: «Los efectos de la sentencia dictado en el juicio interdictal de obra nueva. Su confrontación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7259 y ss.
- IGLESIAS MONJE, Isabel de la: «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 2003 y ss.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 893 y ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La venta fuera de establecimiento mercantil y su relación con los supuestos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2233 y ss.

- LÓPEZ LIZ, José: «Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*, 1999-5, D-225.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «El derecho a la información registral y el derecho constitucional de información», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1775 y ss.
- «Preconstitucionalidad ante la ejecución hipotecaria», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 13 y ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Préstamos y créditos, avales e hipotecas ante el control de cambios», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 145 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El cauce procesal para la reclamación de los gastos de comunidad», en *La Ley*, 1999-6, D-292.
- «La privación del derecho de voto para los deudores de los gastos de comunidad (Análisis del nuevo artículo 15.2 de la Ley de Propiedad Horizontal introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril)», en *La Ley*, 1999-5, D-247.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «Cuestiones básicas de la anotación de embargo en 75 años de Revista Crítica», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 719 y ss.
- MARTÍN HUERTAS, María Ascensión: «Inscripción de los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 511 y ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «La vigencia, la prórroga y la caducidad de la anotación preventiva judicial en el Registro de la Propiedad y el nuevo artículo 86 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2389 y ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Sobre el título inscrito», en *RJNot*, núm. 33, 2000, pp. 137 y ss.
- MARTÍNEZ VELENCOZO, Luz María: «La protección de adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: caracteres y efectos de la *Vormerkung*», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 665 y ss.
- MARTÍNEZ-PIÑERO CARAMÉS, Eduardo: «Derechos de aprovechamiento por turno (Ley 42/1998, de 15 de diciembre)», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 163 y ss.
- MATA POSADAS, Gonzalo de la: «Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 169 y ss.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «Acerca del régimen jurídico de los espacios comprendidos entre el último piso y la cubierta», en *Actualidad Civil*, núm. 25, 2000, pp. 911 y ss.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: «Retornos al título constitutivo de la propiedad horizontal», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1121 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, Juan Luis: «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *RDP*, junio 2000, pp. 443 y ss.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Dolores: «Crédito refaccionario. Preferencia de un crédito hipotecario sobre otros de mejor rango por ser refaccionario (Comentario a la STS de 14 de abril de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 29 y ss.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: «La afección del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el adjudicatario de la finca en un procedimiento de ejecución hipotecaria», en *La Ley*, 2000-2, D-80.

MUÑOZ XANCO, Juan: «La problemática de la comunicación pública por la recepción de las emisiones de radiodifusión en el contexto del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *RDP*, junio 2000, pp. 489 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial y la nueva LEC», en *RGD*, junio 2000, pp. 7731 y ss.

PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «Los derechos de uso frente al embargo (en particular el derivado de gastos comunitarios en el régimen de la propiedad horizontal)», en *La Ley*, 1999-5, D-262.

PINAZO HERNANDIS, Javier, y GUZMÁN CUTILLAS, Joaquín: «Los efectos de la sentencia dictada en el juicio interdictal de obra nueva. Su confrontación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7259 y ss.

PRETEL SERRANO, Juan José: «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2817 y ss.

RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Tercería de dominio: improcedencia. Invalidez del título adquisitivo por representación orgánica incompleta. Retroactividad de la ratificación: no perjudica a terceros. Tercero hipotecario: mala fe (Comentario a la STS de 22 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 323 y ss.

RIVERA SABATÉS, Vidal: «La atribución del dominio de una finca en el supuesto de haber sido ésta doblemente inmatriculada. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 19 de julio de 1999», en *RDP*, junio 2000, pp. 521 y ss.

RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel: «Las certificaciones de dominio de la Iglesia católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 265 y ss.

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón: «Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapición como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito Civil de Galicia», *La Ley*, 2000-2, D-45.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón: «Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1113 y ss.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «Doble venta. ¿Es o no necesaria la buena fe en el comprador preferido? Doble inmatriculación. Usucapición *contra tabulas* y usucapión *secundum tabulas*. Fundamento de la publicidad del RP: ¿mera

- imponibilidad o fe pública? (Comentario a la STS de 2 de julio de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 59 y ss.
- SÁNCHEZ-PEGO, F. Javier: «La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 621 y ss.
- SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne: «La protección de la marca renombrada en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 236, pp. 179 y ss.
- SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «La ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles y los contratos inscribibles: aspectos mercantiles y sustantivos», en *RGD*, junio 2000, pp. 7279 y ss.
- SEUBA Y TORREBLANCA, Joan C.: «Hipoteca mobiliaria de la cuota indivisa de una marca (Comentario a la RDGRN de 29 de noviembre de 1992)», en *RJNot*, núm. 29, 1999, pp. 219 y ss.
- TORRES LANA, José Ángel: «La regulación de los complejos inmobiliarios privados en la Ley de Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 2000, pp. 875 y ss.
- VELAYOS MARTÍNEZ, M.^a Isabel: «¿Para cuándo los Tribunales de Marcas Comunitarias?», en *La Ley*, 1999-5, D-214.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Obligaciones hipotecarias sobre pluralidad de fincas (Comentario a la RDGRN de 20 de julio de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, pp. 107 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Usucapión de cosa propia. Carácter del título resoluble de cara a la usucapión ordinaria (Comentario a la STS de 19 de julio de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 73 y ss.
- «¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia de 17 de julio de 1999)», en *La Ley*, 2000-2, D-79.

DERECHO DE FAMILIA

- ACOSTA MÉRIDA, María del Pino: «Parejas no casadas, crisis matrimoniales y seguros de vida», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 2000, pp. 927 y ss.
- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «Reclamación de filiación no matrimonial ejercitada por la madre. Valor de la renuncia realizada antes del parto por la propia madre, asintiendo anticipadamente al acogimiento y posterior adopción una vez nacido el hijo. Derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de las normas registrales que permiten a la madre evitar la determinación de su maternidad. Quebrantamiento de forma: falta de práctica de la prueba biológica de maternidad (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 175 y ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 777 y ss.

- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro: «Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 31 y ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «Unos riesgos para la seguridad del tráfico y una jurisprudencia última (El régimen económico-matrimonial de separación de bienes y el artículo 1320 del CC)», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2000, pp. 1309 y ss.
- CERVERA SOTO, Teresa: «Breves reflexiones sobre la regulación jurídica de las uniones no matrimoniales», en *RDP*, marzo 2000, pp. 211 y ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «La compañía familiar gallega y la modernización del derecho agrario en Galicia (I)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2000, pp. 835 y ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «*Adoptio, semper reformanda est*», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2437 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «Usufructo y sociedad de gananciales», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1673 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Nulidad de documentos sobre consentimiento anticipado de la adopción», en *La Ley*, 1999-6, D-296.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?», en *RJNot*, núm. 32, 1999, pp. 199 y ss.
- «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho Civil», en *La Ley*, 1999-5, D-251.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Estudio comparativo entre las leyes de uniones estables de Cataluña y Aragón», en *RGLJ*, núm. 2, 2000, pp. 189 y ss.
- IGLESIAS MONJE, Isabel de la: «El deber de contribuir a los gastos de mantenimiento familiar de todos los convivientes en el domicilio familiar», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1193 y ss.
- MARTÍN HUERTAS, María Ascensión: «Inscripción de los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 511 y ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Disolución automática de la sociedad de gananciales por abandono de familia. Cesión por un cónyuge de su cuota sobre el patrimonio ganancial (Comentario a la STS de 11 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 289 y ss.
- MORENO ANTÓN, María: «La oposición de parte en la eficacia civil de las resoluciones canónicas matrimoniales (a propósito de la STC 150/99, de 14 de septiembre)», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 2000, pp. 1109 y ss.
- OLMO GARRIDO, Natalia del: «La atribución judicial de la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de las uniones de hecho. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 10 de marzo de 1998», en *RDP*, febrero 2000, pp. 155 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Denegación de indemnización del daño moral causado por infidelidad matrimonial (Comentario a la STS de 30 de julio 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 153 y ss.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Liquidación de sociedad de gananciales disuelta por sentencia firme de separación. Procedimiento de ejecución de sentencia para practicarla a falta de acuerdo entre los cónyuges. Competencia funcional exclusiva del Juzgado que dictó la sentencia de separación (Comentario a la STS de 29 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 413 y ss.

ROCA, Encarna: «Embriones, padres y donantes», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 413 y ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La esquizofrenia como causa de separación matrimonial en el Ordenamiento Jurídico-Civil español», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1477 y ss.

— «La mujer casada y el principio de igualdad», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 229 y ss.

SOTO GUITIÁN, José Manuel: «La pensión compensatoria y la pensión de alimentos entre cónyuges en los procesos de separación y divorcio», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2000, pp. 1039 y ss.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: «Les unions homosexuels en la Llei d'unions estables de parella. Aproximació crítica», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 333 y ss.

TENA ARREGUI, Rodrigo: «La pretendida anulabilidad de los contratos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 277 y ss.

TORRERO MUÑOZ, Magda: «La mediación familiar: una alternativa a la resolución de conflictos familiares», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 2000, pp. 857 y ss.

VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (conclusión)», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1361 y ss.

DERECHO DE SUCESIONES

AGUSTÍN TORRES, Carmelo: «Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y fondos de inversiónmobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 357 y ss.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «El benefici de separació de patrimonis en el dret civil català», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 645 y ss.

BOLÁS ALFONSO, Juan: «La partición hecha por contador partidor. Cuestiones prácticas», en *RJNot*, núm. 28, 1998, pp. 9 y ss.

CABALLO FIDALGO, Marta: «Albacea. Cargo personalísimo. Delegación (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 165 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Testamento negativo, memoria de confianza y otras especialidades del derecho sucesorio catalán», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 743 y ss.

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «Vocación y delación de la herencia», en *RCDI*, núm. 660, 2000, pp. 2279 y ss.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Jesús Ignacio: «Aproximación al origen histórico de la reserva ordinaria», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2000, pp. 1263 y ss.

GINEBRA MOLINS, M.^a Esperança: «Los derechos de “successió intestada” reconocidos a las parejas homosexuales en la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, *d'unions estables de parella*», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2000, pp. 1221 y ss.

TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «El testamento mancomunado en Aragón», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2000, pp. 693 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Informe-dictamen que emite el letrado de este ilustre Colegio de Madrid, Juan Vallet de Goytisolo, a solicitud del abogado don XYZ», en *RJNot*, núm. 34, 2000, pp. 249 y ss.

El presente informe-dictamen en respuesta a dos consultas relativas a la obligación o no de colacionar una determinada donación, realizada por el causante, así como los frutos producidos por las inversiones hechas con la venta de los bienes donados.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», en *La Ley*, 1999-5, D-235.

BERENGUER FUSTER, L., y BERENGUER JIMÉNEZ, L.: «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», en *GJ*, julio/agosto 2000, pp. 18 y ss.

BERMÚDEZ ODRIozOLA, Luis: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguardia de la libre competencia», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 53 y ss.

CANTOS BAQUEDANO, F., y TRUJILLO RODRÍGUEZ, N.: «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 19 y ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Mala fe, prescripción e incongruencias en el caso *Nike*», en *La Ley*, 2000-2, D-85.

CASADO BURBANO, Pablo: «El principio de tipicidad en el nuevo régimen de nuestro Registro Mercantil», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1067 y ss.

- COSTAS COMESAÑA, Julio: «Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (Comentario a la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jalón y Zaragoza desde la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 78 y ss.
- CUERVO, Álvaro: «El gobierno de la empresa», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 95 y ss.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: «El nuevo modelo de regulación para la competencia», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 125 y ss.
- CUTILLAS TORNS, José M.^a: «La transmisión de la clientela en el Derecho español», en *RGD*, mayo 2000, pp. 5621 y ss.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el asunto *BT/TELEFÓNICA*)», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 77 y ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.^a: «Competencia desleal. Enriquecimiento injusto. No lo hay en el trabajador de una empresa de asesoramiento laboral, administrativo, fiscal y contable que cesa y entra en otra empresa que había constituido su padre y otros pocos meses antes (Comentario a la STS de 11 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 267 y ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: «Uso ficticio de la marca propia; y uso ilícito de la marca ajena. En torno al *caso Nike*», en *La Ley*, 2000-1, D-22.
- FERRANDO MIGUEL, Ignacio: «La protección jurídica de las listas de clientes (a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999 y 29 de octubre de 1999)», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 9609 y ss.
- FRANCH MENEU, José Juan: «Sobre Cajas de Ahorro y competencia», en *GJ*, julio/agosto 2000, pp. 39 y ss.
- GÓMEZ LOZANO, María del Mar: «La denominación geoturística como herramienta estratégica de la promoción de los destinos turísticos en España. Consideraciones sobre su régimen jurídico», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 695 y ss.
- GUAL, Jordi: «Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 93 y ss.
- GUTIÉRREZ, Alfonso: «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia: principales novedades», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 9575 yss.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso: «El nacimiento del principio *de minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia», en *La Ley*, 1999-5, D-260.
- IMMENGA, Ulrich: «El derecho del mercado», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 7 y ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «Aproximación al problema de la tutela jurídica de las piezas de recambio», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 201 y ss.

MARTÍN ARESTI, Pilar: «Competencia para declarar la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 393 y ss.

MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.: «Las importaciones paralelas con alteración del producto original (Comentario a la STJCE de 12.10.1999, caso Upjohn/Paranova)», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 100 y ss.

NAVARRO CONTRERAS, Enrique: «Compatibilidad entre una norma de derecho interno sobre limitación de activos de las empresas aseguradoras y el régimen de las primeras Directivas de seguros», en *La Ley*, 1999-5, D-262.

PASCUAL Y VICENTE, Julio: «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 9 y ss.

PETIT LAVALL, M.^a Victoria: «El “interlining” o los acuerdos de combinación de pasajes (a propósito de la resolución del Pleno del TDC de 29 de noviembre de 1999)», en *RGD*, mayo 2000, pp. 6067 y ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Competencia desleal por solicitud de marca coincidente con la denominación social utilizada por la empresa en la que se venían prestando servicios laborales (Comentario a la STS de 22 de enero de 1999)», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 9589 y ss.

SANTOS LORENZO, Salomé: «El “efecto cartera”: un nuevo criterio de análisis de las operaciones de concentración», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 68 y ss.

SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne: «La protección de la marca renombrada en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 236, pp. 179 y ss.

TRUJILLO RODRÍGUEZ, N., y CANTOS BAQUEDANO, F.: «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 19 y ss.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «El acuerdo interconexión: Una nueva figura contractual en el campo de las telecomunicaciones», en *RGD*, mayo 2000, pp. 6089 y ss.

La interconexión se describe como el conjunto de problemas y soluciones que permiten la existencia y el mantenimiento de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, de manera que una comunicación originada por un operador en la red pueda conducir a otra, para que los usuarios de los servicios de cualquier operador puedan comunicarse entre sí o acceder a servicios de los demás operadores. El trabajo realiza un análisis jurídico de la obligación de interconexión de redes y de su contenido, el acuerdo de interconexión de redes de telecomunicación, tal y como se encuentran regulados en los artículos 22 y siguientes de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, y en el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, de desarrollo de la LGT.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.^a Isabel: «¿Para cuándo los Tribunales de Marcas Comunitarias?», en *La Ley*, 1999-5, D-214.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «Aspectos básicos de la nueva regulación de la sociedad cooperativa», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 161 y ss.

BADIA, Enric: «Exclusión de socios en la sociedad anónima», en *La Ley*, 1999-5, D-249.

BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo: «La sociedad de garantía recíproca como sociedad *sui generis*: aspectos jurídicos de las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y de las entidades financieras», en *RJNot*, núm. 32, 1999, pp. 127 y ss.

BRENES CORTÉS, Josefa: «La recepción legal del derecho de separación del accionista», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 325 y ss.

— «Sociedades anónimas: naturaleza jurídica de la aportación de acciones; aportación de acciones de una entidad mercantil a otra sin respetar el procedimiento establecido en las cláusulas restrictivas a la transmisibilidad de las acciones; eficacia de la transmisión vulnerando las restricciones estatutarias que establecen un derecho de adquisición preferente a favor de los socios (Comentario a la STS de 7 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 247 y ss.

CALBACHO LOSADA, Fernando: «Aspectos controvertidos en la aplicación jurisprudencial del art. 262-5 de la Ley de Sociedades Anónimas», en *CDJ*, 1999-V, pp. 15 y ss.

CARO GANDARA, Rocío: «El desacuerdo europeo sobre el foro de la competencia judicial internacional en materia de sociedades», en *La Ley*, 2000-2, D-82.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier: «Régimen de la responsabilidad de los administradores en la suspensión de pagos», en *CDJ*, 1999-V, pp. 47 y ss.

DELIBES SENNA-CHERIBBO, Joaquín: «Aspectos notariales de la nueva ley de cooperativas», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 9 y ss.

EIZAGUIRRE, José María de: «La subjetivación de las sociedades de personas», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 85 y ss.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «La responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del Mercado de Valores y la protección del inversor», en *CDJ*, 1999-V, pp. 125 y ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 147 y ss.

— «La cesión global de sociedades anónimas (arts. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de la III y VI Directivas», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 253 y ss.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «Las causas de nulidad en particular, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 27 y ss.

FUENTE GARCÍA, Elena de la: «La acción de caducidad y la acción de nulidad en el caso Nike. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1999», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 2000, pp. 1081 y ss.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1067 y ss.

— «Problemática del análisis de la disposición 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la disposición transitoria 8.^a del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996», en *RJNot*, núm. 26, 1998, pp. 91 y ss.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 47 y ss.

GARCÍA-PITA LASTRES, José Luis: «Notas sobre el conflicto de intereses en una sociedad limitada unipersonal atípica», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 11 y ss.

GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades», en *CDJ*, 1999-V, pp. 79 y ss.

GÓMEZ MÉNDEZ, Elisa: «La exclusión del derecho de suscripción preferente de los accionistas en los aumentos de capital social», en *DN*, mayo 2000, pp. 21 y ss.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Luis: «Protección de los derechos de opción sobre las propias acciones incorporados en valores emitidos por sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 241 y ss.

GONZÁLEZ MENÉSES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Observaciones críticas sobre el régimen legal y estatutario de representación del socio en la junta general de las sociedades de capital», en *RJNot*, núm. 29, 1999, pp. 9 y ss.

JORDANA DE POZAS, Luis: «La responsabilidad penal en los delitos societarios», en *CDJ*, 1999-V, pp. 217 y ss.

LARGO GIL, Rita: «La exclusión del derecho de suscripción preferente del accionista (Situación después de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la Ley del Mercado de Valores)», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 109 y ss.

LETE ACHIRICA, Carlos: «Notas sobre la responsabilidad tributaria de los administradores de las sociedades mercantiles», en *La Ley*, 2000-2, D-41.

- LÓPEZ ORGEGA, Raquel: «Dividendos pasivos. Obligación de pago por el socio. Mora del accionista: existencia, vencimiento de los plazos fijados al efecto. Transmisión de acciones no liberadas: responsabilidad solidaria del adquirente y del transmitente por el pago de la parte no desembolsada (Comentario a la STS de 14 de junio de 1999)», en *CCDJ*, núm. 52, 2000, pp. 41 y ss.
- LUCENA GONZÁLEZ, Pedro Antonio: «Apuntes sobre la autonomía de la voluntad en la SRL», en *RJNot*, núm. 29, 1999, pp. 55 y ss.
- MARCOS, Francisco: «La independencia del auditor y las cuasi-rentas», en *RDDB*, núm. 79, 2000, pp. 175 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Notas sobre la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», en *La Ley*, 1999-6, D-284.
- MARTÍN PASTOR, José: «La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7755 y ss.
- MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: «Régimen de transmisión de las participaciones sociales», en *RJNot*, núm. 25, 1998, pp. 9 y ss.
- MERCADA VIDAL, Francisco: «Reclamación por el accionista de una sociedad anónima de la declaración de nulidad de ciertos actos del administrador único y de la condena de éste a indemnizar los daños y perjuicios causados a la sociedad (Comentario a la STS de 30 de octubre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 355 y ss.
- MERINO JIMÉNEZ, José: «El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada», en *CDJ*, 1999-V, pp. 251 y ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a del Mar: «Origen, evolución y tendencias actuales del “*appraisal right*” estadounidense (El derecho de separación y de exclusión del socio)», en *Actualidad Civil*, núm. 21, pp. 763 y ss.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 275 y ss.
- PINO ABAD, Manuel: «La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 183 y ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «La sociedad anónima y el mercado (observaciones al paso de una reforma indebida)», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 13 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *RJNot*, núm. 30, 1999, pp. 245 y ss.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel: «El sistema de protección del accionista inversor», en *RDS*, núm. 14, 2000, pp. 197 y ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván: «El valor jurídico de los Principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1329 y ss.

ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José: «Aspectos sustantivos de la acción individual de responsabilidad del art. 135 de la Ley de Sociedades Anónimas», en *CDJ*, 1999-V, pp. 285 y ss.

VAÑÓ VAÑÓ, María José: «Fusiones heterogéneas en el sector bancario», en *DN*, septiembre 2000, pp. 20 y ss.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «Los planes de opciones sobre acciones (*Stock Options*): perfiles jurídico-privados», en *DN*, septiembre 2000, pp. 20 y ss.

VICENT CHULIÁ, Francisco: «Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales», en *CDJ*, 1999-V, pp. 349 y ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

ABDALÁ, Martín E.: «¿Quién responde por las pérdidas sufridas por los ahorristas cuando se desvalorizan las cuotapartes de un fondo de inversiones?», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 151 y ss.

— «Las obligaciones de los bancos e intermediarios de inversión de informar y asesorar a sus clientes y las responsabilidades emergentes de su inobservancia. Un análisis desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia alemana», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 145 y ss.

BERMÚDEZ ODRIozOLA, Luis: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguardia de la libre competencia», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 53 y ss.

BUITRAGO RUBIRA, José Ramón: «Las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 167 y ss.

FRANCH MENEU, José Juan: «Sobre Cajas de Ahorro y competencia», en *GJ*, julio/agosto 2000, pp. 39 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Ordenación de los mercados de valores y operaciones de privatización», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 77 y ss.

GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, Leopoldo: «Alcance del artículo 26 bis de la Ley del Mercado de Valores según la redacción dada al mismo por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 63 y ss.

HIERRO ANIBARRO, Santiago: «La Asociación Nacional de Intermediarios de Activos Financieros (NASD) y el Mercado NASDAQ», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 93 y ss.

MASCARELL NAVARRO, M.^a José: «Suspensión de pagos. Medidas cautelares y embargo ejecutivo. (Análisis del art. 9 V LSP)», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 43 y ss.

MATEU DE ROS, Rafael: «El consentimiento electrónico en los contratos bancarios», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 7 y ss.

TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «La responsabilidad de las entidades de crédito por la inclusión errónea de morosos en el Registro de Aceptaciones Impagadas (R.A.I.)», en *La Ley*, 1999-5, D-234.

VALENZUELA GARACH, Javier: «Las nuevas actividades *bancarias* de las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 89 y ss.

VAÑO VAÑO, María José: «Fusiones heterogéneas en el sector bancario», en *DN*, septiembre 2000, pp. 20 y ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ABDALÁ, Martín E.: «Las obligaciones de los bancos e intermediarios de inversión de informar y asesorar a sus clientes y las responsabilidades emergentes de su inobservancia. Un análisis desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia alemanas», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 145 y ss.

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «La incidencia de la rescisión por lesión en los negocios onerosos de carácter mercantil (Análisis doctrinal y jurisprudencial)», en *RDP*, marzo 2000, pp. 179 y ss.

ALCÁNTARA GONZÁLEZ, José María: «La falta de uniformidad actual en la regulación del transporte de mercancías por mar y del transporte multimodal», en *DN*, junio 2000, pp. 1 y ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», en *La Ley*, 1999-5, D-235.

BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio: «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2000, pp. 743 y ss.

BAÑEGIL ESPINOSA, Francisco: «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2000, pp. 713 y ss.

CANDIL CANO, M.^a Luisa: «El sistema arbitral de consumo», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 637 y ss.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: «Las cláusulas generales de la contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1225 y ss.

CILLERO DE CABO, Patricia: «Responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos: el caso francés», en *DN*, abril 2000, pp. 27 y ss.

CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 2000, pp. 1399 y ss.

CUENCA MIRANDA, José Manuel: «Los derivados de crédito: el contrato de *credit default swap*», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 7 y ss.

El autor, tras referirse al concepto, la historia y los tipos de los derivados de crédito, se centra en el análisis del régimen jurídico aplicable a uno de éstos: el contrato de «*credit default swap*», por ser el de mayor volumen de contratación. Los «*credit default swaps*» son instrumentos que dan derecho a percibir un único pago para el caso de que tenga lugar un suceso determinado, generalmente el impago de un empréstito, permitiendo así la transferencia y asunción del riesgo de incumplimiento en caso de insolvencia del prestatario o emisor de dicho empréstito. Se define como un contrato en cuya virtud una de las partes (vendedora de protección) se obliga, a cambio del cobro periódico de una prima y para el caso de que se produzca un determinado suceso («*credit event*») relacionado con la solvencia de un tercero (entidad de referencia), a pagar a la otra parte (compradora de protección) una cantidad fija o una suma variable en función de la depreciación experimentada por el valor de un determinado activo crediticio (obligación de referencia) como consecuencia del acaecimiento de aquel suceso.

ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: «El derecho de revocación en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y su aplicación supletoria en el crédito al consumo», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 231 y ss.

FRANQUET SUGRAÑES, M.^a Teresa: «La mercantilidad de las ventas a plazos de bienes muebles», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 121 y ss.

GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «La firma electrónica. Directiva y Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2000, pp. 651 y ss.

— «Análisis del la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2869 y ss., y en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2000, pp. 1123 y ss.

JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael: «El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)», en *DN*, julio-agosto 2000, pp. 1 y ss.

JORDÁ CAPITÁN, Eva: «La Directiva 1999/144/CEE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 127 y ss.

LANDO, Ole (Trad.: Nuria Latorre Chiner): «El Derecho contractual europeo en el tercer milenio», en *DN*, mayo 2000, pp. 1 y ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociónes que conviene distinguir», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2000, pp. 635 y ss.

- MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «La protección del consumidor en la propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 111 y ss.
- MATEU DE ROS, Rafael: «El consentimiento electrónico en los contratos bancarios», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 7 y ss.
- MUÑOZ PAREDES, José María: «La representación procesal de la abridora en el coaseguro», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 179 y ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «El resarcimiento de daños en los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2000, pp. 1235 y ss.
- ORDÁS ALOSO, Marta: «Los poderes normativos del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en el ámbito contractual privado», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 11 y ss.
- ORTEGA MONTORO, Rodrigo: «La responsabilidad de las agencias de viajes en la Ley 21/1995, reguladora de los Viajes Combinados», en *CDC*, núm. 30, 1999, pp. 83 y ss.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 779 y ss.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «La cesión de la marca», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 75 y ss.
- «La cesión de la marca» (continuación), en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 545 y ss.
- PABLO VARONA, M.^a Luisa de: «Las garantías a primera demanda», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 77 y ss.
- PETIT LAVALL, M.^a Victoria: «El “interlining” o los acuerdos de combinación de pasajes (a propósito de la resolución del Pleno del TDC de 29 de noviembre de 1999)», en *RGD*, mayo 2000, pp. 6067 y ss.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Las acciones del control abstracto de condiciones generales», en *RDM*, núm. 236, 2000, pp. 437 y ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Nota introductoria a la protección jurídica de los consumidores», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 11 y ss.
- SEGURA DE LASSALETA, Raimon: «La seguridad de la contratación en Internet: la firma electrónica», en *RGD*, julio-agosto 2000, pp. 8999 y ss.
- SERRA MALLOL, Antonio Jorge: «La ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles y los contratos inscribibles: aspectos mercantiles y sustantivos», en *RGD*, junio 2000, pp. 7279 y ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Responsabilidad de entidad bancaria por la pérdida de una letra de cambio», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 193 y ss.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina: «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el cyberspacio», en *DN*, abril 2000, pp. 1 y ss.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «El acuerdo interconexión: Una nueva figura contractual en el campo de las telecomunicaciones», en *RGD*, mayo 2000, pp. 6089 y ss.

La interconexión se describe como el conjunto de problemas y soluciones que permiten la existencia y el mantenimiento de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, de manera que una comunicación originada por un operador en la red pueda conducir a otra, para que los usuarios de los servicios de cualquier operador puedan comunicarse entre sí o acceder a servicios de los demás operadores. El trabajo realiza un análisis jurídico de la obligación de interconexión de redes y de su contenido, el acuerdo de interconexión de redes de telecomunicación, tal y como se encuentran regulados en los artículos 22 y siguientes de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, y en el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, de desarrollo de la LGT.

VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 59 y ss.

VICENT CHULIÁ, Francisco: «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *RGD*, mayo 2000, pp. 6143 y ss.

TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Luis: «Protección de los derechos de opción sobre las propias acciones incorporados en valores emitidos por sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 235, 2000, pp. 241 y ss.

GONZÁLEZ-ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, Leopoldo: «Alcance del artículo 26 bis de la Ley del Mercado de Valores según la redacción dada al mismo por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 63 y ss.

MIROSA MARTÍNEZ, Pedro: «Letra de cambio: nuevas exigencias formales, nuevo modelo oficial», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 379 y ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «Responsabilidad civil subsidiaria de entidad bancaria por pago de cheques falsos o falsificados», en *RDBB*, núm. 79, 2000, pp. 215 y ss.

VARA DE PAZ, Nemesio: «Responsabilidad de entidad bancaria por la pérdida de una letra de cambio», en *RDBB*, núm. 78, 2000, pp. 193 y ss.

DERECHO CONCURSAL

ARTACHO MARTÍN-LAGOS, Marta: «El ejercicio de las acciones de retroacción por la Comisión Liquidadora nombrada en el convenio de la quiebra», en *La Ley*, 2000-2, D-37.

- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «El nuevo régimen italiano sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en situación de insolvencia —nuevo régimen italiano, viejo régimen español—», en *DN*, junio 2000, pp. 11 y ss.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier: «Régimen de la responsabilidad de los administradores en la suspensión de pagos», en *CDJ*, 1999-V, pp. 47 y ss.
- FARRAN FARRIOL, J.: «La retroacción de la quiebra en la jurisprudencia. Estado actual», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 455 y ss.
- JIMÉNEZ-HORWITZ, Margarita: «La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineeficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1257 y ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Inconstitucionalidad y nulidad de Leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 87 y ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Evaluación de impacto ambiental y concentración parcelaria», en *RJN*, núm. 28, 1999, pp. 173 y ss.
- BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel: «El IVA y el ITPAJD en el proceso de la compensación urbanística», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 155 y ss.
- CARRILLO MORENTÉ, José Antonio: «La prefiguración de los complejos inmobiliarios y su modificación mediante instrumentos urbanísticos», en *RCDI*, núm. 658, 2000, pp. 1451 y ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Elaboración y aprobación del Planeamiento urbanístico. Problemas prácticos», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 37 y ss.
- CUESTA REVILLA, José: «La ejecución del Planeamiento en el Anteproyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 59 y ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «Procedimiento de otorgamiento de licencias municipales: estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 63 y ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: «Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 13 y ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis, y ZARAGOZA IVARS, Francisco Javier: «Dictamen sobre las posibilidades ofrecidas por la legislación

valenciana para alterar los Planeamientos urbanísticos vigentes», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 11 y ss.

LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 893 y ss.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «La nueva Ley del Suelo», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 185 y ss.

LÓPEZ PELLICER, José Antonio: «Sobre el nuevo régimen de valoraciones de suelo», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 121 y ss.

MARTÍ FERRER, Manuel: «La Ley de Ordenación de la Edificación: el punto de vista del Promotor», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 67 y ss.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador: «Breve reflexión acerca de los instrumentos de intervención de los mercados del suelo en el anteproyecto de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 35 y ss.

OCHOA MONZÓ, Josep: «Planificación territorial, protección civil y prevención de riesgos. La experiencia francesa», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 91 y ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «La ruina inminente en la Jurisprudencia», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 11 y ss.

SERRA I CAMÚS, Miquel: «Jurisprudencia sobre el derecho a exigir la expropiación de suelos afectados por planes de urbanismo», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 797 y ss.

SERRA MARÍA-TOMÉ, Javier: «El código técnico de la edificación en la LOE», en *RDU*, núm. 177, 2000, pp. 49 y ss.

YÁÑEZ VELASCO, Igor: «Relaciones entre el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y el Urbanismo», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 119 y ss.

ZARAGOZA IVARS, Francisco Javier, y GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Dictamen sobre las posibilidades ofrecidas por la legislación valenciana para alterar los Planeamientos urbanísticos vigentes», en *RDU*, núm. 179, 2000, pp. 11 y ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Inconstitucionalidad y nulidad de Leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», en *RDU*, núm. 178, 2000, pp. 87 y ss.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia», en *La Ley*, 1999-5, D-235.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 2000, pp. 1179 y ss.
- BERENGUER FUSTER, L., y BERENGUER JIMÉNEZ, L.: «La reforma del Derecho comunitario de la competencia y el Parlamento Europeo», en *GJ*, julio/agosto 2000, pp. 18 y ss.
- BERMÚDEZ ODRIOZOOLA, Luis: «La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguardia de la libre competencia», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 53 y ss.
- BRAVO-FERRER, Miguel: «Protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones», en *GJ*, julio-agosto 2000, pp. 76 y ss.
- CANTOS BAQUEDANO, F., y TRUJILLO RODRÍGUEZ, N.: «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 19 y ss.
- CILLERO DE CABO, Patricia: «Responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos: el caso francés», en *DN*, abril 2000, pp. 27 y ss.
- DÍAZ ABAD, Nuria: «La liberalización de servicios. Condicionamientos comunitarios», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 153 y ss.
- FRANCH MENEU, José Juan: «Sobre Cajas de Ahorro y competencia», en *GJ*, julio/agosto 2000, pp. 39 y ss.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier: «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, y Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1927 y ss.
- «Análisis del la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pp. 2869 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Ejecución en España de una sentencia dictada en un Estado de la Unión Europea», en *La Ley*, 1999-6, D-303.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La jurisprudencia relativa al artículo 28 CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de "Keck y Mithouard"», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 24 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Los problemas del Derecho sancionador en el Derecho comunitario», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 39 y ss.
- GUAL, Jordi: «Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea», en *GJ*, marzo/abril 2000, pp. 93 y ss.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos: «El incumplimiento del Derecho Comunitario por los Estados miembros cuando median actos de particulares: una aportación al debate sobre la interdependencia entre Derecho comunitario y Derecho internacional», en *RDCE*, núm. 7, 2000, pp. 15 y ss.

JORDÁ CAPITÁN, Eva: «La Directiva 1999/144/CEE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, 2000, pp. 127 y ss.

LANDO, Ole (Trad.: Nuria Latorre Chiner): «El Derecho contractual europeo en el tercer milenio», en *DN*, mayo 2000, pp. 1 y ss.

MARTÍN MUÑOZ, Alberto J.: «Las importaciones paralelas con alteración del producto original (Comentario a la STJCE de 12.10.1999, caso Upjohn/Paranova)», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 100 y ss.

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «La protección del consumidor en la propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», en *CDC*, núm. 29, 1999, pp. 111 y ss.

NAVAS NAVARRO, Susana: «El resarcimiento de daños en los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (con especial referencia al Derecho español)», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2000, pp. 1235 y ss.

ORTIZ HERRERA, Silvia: «Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 27 y ss.

PASCUAL Y VICENTE, Julio: «La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 9 y ss.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón: «Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 1113 y ss.

SANTOS LORENZO, Salomé: «El “efecto cartera”: un nuevo criterio de análisis de las operaciones de concentración», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 68 y ss.

SANZ DE ACEDO HECQUET, Etienne: «La protección de la marca renombrada en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 236, pp. 179 y ss.

TRUJILLO RODRÍGUEZ, N., y CANTOS BAQUEDANO, F.: «Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española», en *GJ*, mayo/junio 2000, pp. 19 y ss.

DERECHO PROCESAL

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro: «El olvido en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de la experiencia y eficacia del modelo jurisdiccional social», en *La Ley*, 1999-5, D-235.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «La informática y las resoluciones judiciales (Comentario a la sentencia 48/1999, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional)», en *La Ley*, 1999-5, D-219.

ARENAS GARCÍA, Rafael: «Primeros contactos del Tribunal Supremo con el Convenio de Bruselas de 1968. Una nueva esperanza. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1999», en *La Ley*, 2000-2, D-38.

BONET NAVARRO, Ángel: «Prejudicialidad penal en el proceso civil no apreciada en la segunda instancia. El motivo casacional adecuado para la denuncia de la falta de suspensión del proceso civil por razón de prejudicialidad. El fundamento de la prejudicialidad (Comentario a la STS de 29 de julio de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 1999, pp. 143 y ss.

CARO GANDARA, Rocío: «El desacuerdo europeo sobre el foro de la competencia judicial internacional en materia de sociedades», en *La Ley*, 2000-2, D-82.

DAMIÁN MORENO, Juan: «Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGLJ*, núm. 2, 2000, pp. 175 y ss.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio: «A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones», en *La Ley*, 1999-5, D-252.

— «Sobre el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial», en *La Ley*, 1999-6, D-269.

GARCÍA VARELA, Román: «Ejecución en España de una sentencia dictada en un Estado de la Unión Europea», en *La Ley*, 1999-6, D-303.

GARCIANDIA GONZÁLEZ, Pedro M.: «Aproximación a la nueva regulación de la prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-5, D-215.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 659, 2000, pp. 1857 y ss.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo: «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 211 y ss.

GUZMÁN CUTILLAS, Joaquín, y PINAZO HERNANDIS, Javier: «Los efectos de la sentencia dictada en el juicio interdictal de obra nueva. Su confrontación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7259 y ss.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: «La fase intermedia de audiencia de las partes del juicio ordinario que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-1, D-28.

— «El interés casacional en el recurso de casación que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-2, D-62.

MAGRO SERVET, Vicente: «Los Juzgados dispondrán de impresos de demanda para los juicios verbales (menos de 150.000 pesetas) y monitorio (Análi-

- sis de los artículos 439.2 y 812.1 de la Reforma Procesal Civil)», en *La Ley*, 1999-5, D-256.
- «Los nuevos procesos declarativos en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2000-1, D-8.
 - «La posibilidad de la no celebración de la vista pública en los recursos de apelación de la nueva Ley procesal civil», en *La Ley*, 2000-2, D-36.
 - «El cauce procesal para la reclamación de los gastos de comunidad», en *La Ley*, 1999-6, D-292.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Las libertades comunitarias y el derecho procesal estatal: comentario a la sentencia del TJCE Sala 5.^a, de 22 de junio de 1999 (As. C-412/97: *Fenocchio*)», en *La Ley*, 1999-5, D-267.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Competencia para declarar la existencia de infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia (Comentario a la STS de 4 de noviembre de 1999)», en *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 393 y ss.
- MARTÍN GARCÍA, Pilar: «Análisis comparativo entre la institución de la actual comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía y la “audiencia previa al juicio” del futuro juicio ordinario», en *Actualidad Civil*, núm. 29, 2000, pp. 1051 y ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «La anotación preventiva de demanda en los procesos de impugnación de acuerdos sociales y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7755 y ss.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón: «La naturaleza jurídica de las cuestiones previas», en *RDP*, febrero 2000, pp. 139 y ss.
- MOLINA SERRANO, Plácido: «Consideraciones sobre el recurso extraordinario por infracción procesal y las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia», en *RGD*, junio 2000, pp. 7299 y ss.
- MONTES REYES, Amalia: «Problemas del procedimiento para la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 277 y ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «La vacatio legis de la L.E.C. 1/2000 no es absolutamente inerte», en *RJC*, núm. 2, 2000, pp. 493 y ss.
- NABAL RECIO, Antonio: «La prueba en el nuevo proceso civil», en *EDJ*, núm. 20, 1999, pp. 403 y ss.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 779 y ss.
- ORTIZ HERRERA, Silvia: «Justicia cautelar comunitaria: contenido y condiciones de fondo», en *RPJ*, núm. 54, 1999, pp. 27 y ss.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «Objeto del proceso y objeto litigioso. Puntualizaciones sobre la legitimación. (Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998)», en *EDJ*, núm. 20, 1999, pp. 301 y ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial y la nueva LEC», en *RGD*, junio 2000, pp. 7731 y ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Los requisitos constitucionales del emplazamiento edictal y la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (especial atención al proceso monitorio)», en *RJC*, núm. 3, 2000, pp. 721 y ss.
- PINAZO HERNANDIS, Javier, y GUZMÁN CUTILLAS, Joaquín: «Los efectos de la sentencia dictada en el juicio interdictal de obra nueva. Su confrontación con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7259 y ss.
- REIG FABADO, Isabel: «La ejecución en el Convenio de Bruselas: el problema del Derecho aplicable al carácter ejecutorio de la sentencia», en *La Ley*, 1999-6, D-320.
- RENEDO ARENAL, María Amparo: «El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RGD*, junio 2000, pp. 7803 y ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «Sobre ejecución y *exequatur*: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de abril de 1999 (As. C-267/97, *Coursier v. Fortis bank*)», en *La Ley*, 1999-5, D-236.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio: «La introducción de formas especiales de realización forzosa de bienes (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2000, de 7 de enero)», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 2000, pp. 895 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997», en *RJNot*, núm. 27, 1998, pp. 439 y ss.
- «La ejecución transfronteriza de las escrituras públicas en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en *RJNot*, núm. 31, 1999, pp. 227 y ss.
- RUBIO LARA, Jesús: «La Ley de Enjuiciamiento Civil del Siglo XXI: Antecedentes y perspectivas», en *RGD*, mayo 2000, pp. 5595 y ss.
- TARUFFO, Michele: «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización», en *AFDUAM*, núm. 3, 1999, pp. 61 y ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la U.A.M.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Luis FAJARDO LÓPEZ, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ**

SUMARIO: *Derecho Civil*: Parte general. Derecho de la persona. Obligaciones y contratos.

Responsabilidad civil. Derechos reales. Derecho hipotecario. Derecho de familia. Derecho de sucesiones.—*Derecho Mercantil*.—*Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva. *Dies a quo* en caso de incoación de proceso penal. Interrupción. Valor de los documentos públicos.—A tenor del artículo 1969 CC, el comienzo del cómputo de la prescripción tiene lugar desde el momento en que se tiene la posibilidad de ejercitar la acción. En los casos de incoación de un proceso penal dicho momento coincide con la notificación al perjudicado del archivo del proceso; si la fecha de la notificación consta en documento público, ésta es la que ha de tomarse como *dies a quo* ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1218 CC los documentos públicos hacen prueba del hecho y de la fecha de su otorgamiento aun contra tercero. En consecuencia, la reclamación extrajudicial no produce el efecto de interrumpir la prescripción (art. 1973 CC), si se produce transcurrido un año desde el *dies a quo*, ya que la prescripción ya se habrá consumado (art. 1968.2 CC).

Jurisdicción competente en casos de responsabilidad de la Administración del Estado o local.—La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad de la Administración del Estado cuando ésta actúa como un particular, es decir sin hacer uso del *ius imperii*, es la civil ya que la relación que se crea es de Derecho privado, quedando, por tanto, fuera del ámbito del Derecho público. Esto mismo es aplicable a la Administración local en virtud de la remisión contenida en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, a los artículos 40 y 41 de la LRJAE, vigente en el momento de producirse los hechos desencadenantes del proceso. (STS de 12 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de abril de 1989 un niño cayó en una charca situada en un terreno propiedad del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife; como consecuencia de la caída se produjo el fallecimiento del niño ya que el Ayuntamiento no había realizado las obras necesarias para evitar este tipo de sucesos. Las diligencias penales incoadas a raíz del suceso terminaron por Auto de Sobreseimiento y Archivo dictado por el Juzgado el 23 de noviembre de 1989; recurrido en apelación por doña Lydia M. C., madre del niño, fue confirmado por Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con fecha de 17 de enero de 1990, siendo éste notificado al procurador de la recurrente el 19 de enero de 1990. El 2 de febrero de 1990 las diligencias penales se archivaron materialmente por Providencia del Juzgado de Instrucción, notificándose al procurador el mismo día. El 31 de enero de 1991 doña Lydia M. C. presenta ante el Ayuntamiento reclamación previa por la cantidad de treinta y cinco millones de pesetas, formulando demanda en reclamación de la misma cantidad el 2 de mayo de 1991. Esta última fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia. Contra dicha resolución judicial, el Ayuntamiento demandado interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocando las costas y confirmando el resto.

NOTA.—La competencia jurisdiccional en los casos de responsabilidad de Derecho Privado de la Administración ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años. Destaca así, en primer lugar, la LRJPAC, de 26 de noviembre de 1992, que en su artículo 144 dispone que los daños y perjuicios causados por la Administración en actuaciones de Derecho Privado se exigirá conforme al procedimiento administrativo previsto en los artículos 142 y 143 de la misma ley. De dicha remisión al procedimiento administrativo se puede deducir que, en caso de que al particular le sea denegada la indemnización, deberá acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa. La LJCA de 13 de julio de 1998 dispuso expresamente en el artículo 2.e) que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Así mismo el artículo 9.4 LOPJ, de 1 de julio de 1985, ha sido reformado por la LO 6/1998, de 13 de julio, afirmando que los tribunales del orden contencioso-administrativo «conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive». En este caso concreto, la Sala 1.^a del TS se considera competente por aplicación de una ley derogada: la LRJPAE, de 26 de julio de 1957, probablemente por haber ocurrido los hechos en 1989, por tanto cuando ni siquiera había sido promulgada la LRJPAC de 26 de noviembre de 1992.

Por lo que se refiere al artículo 54 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, su redacción ha sido modificada remitiéndose actualmente a las leyes generales de responsabilidad de la Adminis-

tración, debiendo entender, por tanto, que en materia de competencia jurisdiccional sigue las normas arriba reproducidas. (*B. F. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho a la sucesión en los títulos nobiliarios. Artículo 14 CE.
Improcedencia de la invocación.—El TS, siguiendo el fallo del TC de 3 de julio de 1997, afirma que el Derecho Histórico sobre dignidades nobiliarias no es contrario a la Constitución. En concreto no se puede apelar al derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 del Texto Fundamental, ya que los nobles no son iguales a los españoles en materia de distinciones y rango social. Como consecuencia de ello la sucesión en la nobleza no se rige por el Código civil ni por las legislaciones forales, sino por su propia normativa. Así, a tenor del Decreto de 4 de junio de 1942, para el orden de suceder se estará a lo dispuesto en el título de concesión y en el caso en que éste no lo concretase se seguirá el tradicionalmente seguido en la materia (art. 5). La tradición jurídica relativa a la sucesión de los títulos nobiliarios se encuentra recogida en la Partida 2, 15, 2, en la cual se dispone que «en igualdad de línea y grado el varón excluye a la mujer». (**STS de 26 de marzo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—En virtud de la Real Carta de creación del Título de Marqués de la Bastida, el Rey Carlos IV concedió a don Antonio M. A. y a sus sucesores varones y hembras nacidos de legítimo matrimonio, el citado título nobiliario.

Doña Concepción C. P. interpuso demanda de juicio de mayor cuantía contra don José P. y M., hermano de la madre de la demandante, sobre mejor derecho a la posesión y uso de título nobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda; contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por doña Concepción C. P., que resulta estimado. (*B. F. G.*)

3. Preferencia nobiliaria del varón frente a la mujer. No vulneración del artículo 14 CE.—El TS motiva la sentencia analizada reproduciendo el FJ de la STC 126/97, de 3 de julio; en efecto para el TC la Partida 2, 15, 2, que por el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 resulta aún hoy aplicable, no es constitucional. La Partida citada dispone que «en igualdad de línea y grado el varón excluye a la mujer». (**STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—El 24 de agosto de 1680 el Rey Carlos II otorgó el Título nobiliario de Marqués de Villafuerte a don Francisco de M. y L.; la última persona que poseyó y disfrutó legalmente de la citada dignidad nobiliaria fue doña María del Carmen L.-H. y C., fallecida el 2 de octubre de 1987.

Doña María Luisa L. de A. y L. H., hija mayor superviviente de la fallecida, interpuso demanda de mayor cuantía sobre mejor derecho y disfrute de título nobiliario, contra don Luis L. de A. y A.,

hijo del hermano de la actora don Antonio L. de A. y L. H., fallecido el 16 de septiembre de 1988.

En primera instancia fue estimada la demanda, siendo interpuesto recurso de apelación por el demandado. Tras haber sido desestimado dicho recurso, don Luis L. de A. y A. recurrió en casación.

NOTA.—Esta sentencia, junto con la inmediatamente anterior, es exponente del cambio sufrido por la jurisprudencia del TS en materia de sucesión de título nobiliario debido a la STC 126/97. Con anterioridad a dicho pronunciamiento del TC, el TS había sostenido que la preferencia del varón sobre la mujer debía considerarse discriminatoria por inconstitucionalidad sobrevenida. En este sentido destacan las SSTS de 20 de junio de 1987, 10 de noviembre de 1981, 10 de marzo de 1983, 10 de julio de 1985, 27 de julio de 1987, 28 de abril y 21 de diciembre de 1989 y la de 22 de marzo de 1991. La primera de ellas dispone en el FD 3.^º que «el orden de suceder en los títulos nobiliarios (...) obliga a respetar determinados criterios objetivos necesarios, que permitan decidir, en cada caso concreto, la persona que ostenta el preferente derecho. Pero tales criterios serán admisibles sólo en la medida en que no se identifiquen con la específica acepción del término discriminación, sinónimo en esta materia de postergar o dar trato de inferioridad a la mujer por el mero e inevitable hecho de serlo (...).» (B. F. G.)

4. Derecho al honor. Denuncia sin mención del denunciado y posterior absolución. No vulneración.—El TS afirma de manera rotunda que no atenta contra el derecho al honor la denuncia sin identificar al denunciado y posterior acusación particular en el proceso penal, aunque finalmente el imputado sea absuelto. (STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La continua sustracción de libros y discos sufridas por *El Corte Inglés*, llevó a don Ramiro G. B., empleado y representante de dicha empresa, a denunciar los hechos; en la denuncia no se determinaba la persona contra la cual ésta iba dirigida ya que se ignoraba la identidad del autor de las sustracciones. La policía practicó un registro en la librería *El Galeón*, situada en Madrid, encontrando en la misma una gran cantidad de libros con la etiqueta de *El Corte Inglés*. Como consecuencia de ello fue detenido y puesto a disposición judicial el propietario de dicha librería, don José Agustín G. P. en calidad de presunto autor de un delito de receptación. El Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Madrid facilitó una nota a los medios de comunicación en la que, además de narrar los hechos, figuraba la identidad del detenido.

Las diligencias previas en las que *El Corte Inglés* se personó como acusador particular, se transformaron en procedimiento abreviado del que conoció el Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid. En el juicio oral abierto por petición del Ministerio Fiscal, formuló acusación, además de este último, *El Corte Inglés*. El procedimiento abreviado finalizó con la absolución de don José Agustín G. P. que formuló demanda por los trámites de los incidentes en defensa del honor y la propia imagen contra *El Corte Inglés*, don Ramiro G. B. y el Ministerio Fiscal. La demanda fue desestimada en primera instan-

cia, siendo igualmente desestimado el recurso de apelación interpuesto por el demandante ante la Audiencia Provincial de Madrid. (*B. F. G.*)

5. Derecho a la información y libertad de expresión. Delimitación de conceptos. Colisión con el derecho al honor y a la intimidad.—La libertad de expresión se define como la manifestación de ideas, juicios y opiniones; el derecho a la información consiste en dar publicidad a los hechos. Este último es el que prevalece sobre el derecho al honor y a la intimidad cuando las noticias que se difunden o reproducen son veraces y tienen interés público, pero de ninguna manera se puede invocar esta doctrina constitucional para justificar la difusión de hechos, conductas o costumbres de índole exclusivamente privada.

Conducta del dañado. No imputación de las consecuencias a los vulneradores.—La conducta del dañado que agrava el resultado del ataque contra su honor o intimidad no debe redundar en perjuicio de los vulneradores del derecho; por esta razón, si bien el agravamiento del daño no rompe el nexo causal entre las acciones y el daño, la cantidad a abonar por vulneración del derecho debe ser proporcional exclusivamente con el daño producido por la conducta de los vulneradores.

Responsabilidad extracontractual. Solidaridad.—En aquellos casos en que no pueda determinarse la incidencia concreta en el resultado dañoso producido por varias personas físicas o jurídicas, la responsabilidad es solidaria. Dicha solidaridad tiene lugar aunque, como en este caso concreto, se trate de grupos informativos diversos. (**STS de 23 de abril de 1999**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y la Entidad Mercantil *Edicrónica*, difundieron por radio y por prensa respectivamente que doña Inmaculada S. G. fue sorprendida el día de su boda realizando el acto sexual con una persona distinta a su esposo. Al día siguiente de la publicación de la noticia por *Edicrónica*, los abogados de los protagonistas de la noticia convocaron una rueda de prensa en la que se negaron los hechos y se divulgaron detalles de carácter familiar.

Doña Inmaculada S. G. formuló demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, contra la *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y don Íñigo M. G. y contra la Entidad mercantil *Edicrónica, S. A.*, don Joaquín A. R., don Antonio M. C. y don José Manuel B. M. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Almería desestimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal de la actora; los demandados interpusieron recurso de apelación al que se adhirió la actora y que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Almería. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Sociedad Española de Radiodifusión, S. A.*, y don Íñigo M. G.; el Alto Tribunal, sin embargo, declara haber lugar en parte al recurso interpuesto por la Entidad mercantil *Edicrónica, S. A.*, don Joaquín A. R., don Antonio M. C. y don José Manuel B. M., casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida y revocando parcialmente la dictada en primera instancia.

NOTA.—El derecho al honor se menciona a nivel constitucional en dos preceptos: en el artículo 18, en cuanto derecho sustantivo, y en el artículo 20.4 en cuanto límite de los derechos a la libertad de expresión e información. La contradicción existente entre ambos derechos constitucionales es muy frecuente por lo que la prevalencia de uno u otro debe decidirse en cada caso ponderando las circunstancias concretas. Tal y como ha afirmado el TC en diversas ocasiones, la ponderación que debe llevarse a cabo no debe implicar la aniquilación completa del derecho no prevalente, sino la concordancia práctica de ambos derechos. En este caso concreto, el TS ha aplicado la solución que en la mayoría de los casos adopta el TC para este tipo de conflictos. Así, al tener la libertad de expresión e información el carácter, no sólo de derecho sino también de garantía institucional de una opinión pública libre, suele prevalecer sobre el derecho al honor. La prevalencia, sin embargo, no puede darse si, como en este caso concreto, la información no es de interés público. El TS, además, toma en consideración la conducta del sujeto dañado ya que el ámbito de protección de este tipo de derechos viene determinado en cada caso concreto por el comportamiento de cada persona. (B. F. G.)

6. Derecho a la propia imagen. Definición y limitaciones.—El derecho a la propia imagen se define por el TS de forma negativa y en relación a terceros; afirma el TS que se trata, del «derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto» (FD 3.º). La vulneración del derecho tiene lugar con la captación o reproducción de la imagen del sujeto en cualquier momento de su vida sin su consentimiento. A efectos de valorar si efectivamente se ha producido la vulneración, es indiferente que la imagen sea utilizada para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

El artículo 8.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, recoge los límites al derecho fundamental, teniendo en cuenta el artículo 20.1 CE que reconoce, entre otros, el derecho a la información y la libertad de expresión; así, si la imagen del sujeto aparece de manera accesoria en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, la captación o reproducción no supondrá un ataque al derecho a la propia imagen.

Motivación de sentencias.—Las sentencias cumplen el requisito de la motivación aunque no se cite literalmente la normativa legal tenida en cuenta, siempre que ésta se haya aplicado. Basta que en la sentencia aparezca el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión del pleito. (STS de 27 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El diario nacional *ABC* publicó en su edición de Sevilla, el 14 y el 15 de enero de 1990 y en su edición de Madrid, el 24 de julio del mismo año, una fotografía en la cual aparecen don Alfonso Guerra, entonces Vicepresidente del Gobierno, junto a su hermano don Juan Guerra y, en segundo plano, don Fernando C. G., funcionario de policía y perteneciente al servicio de escolta de don Alfonso Guerra. Don Fernando C. G. formuló demanda de menor cuantía sobre derechos fundamentales de la persona ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, contra la *Entidad Mercantil Prensa Española, S. A.* En la sentencia de primera instancia se condenaba a la demandada a no publicar la fotografía, desestimando la fijación

del perjuicio realizada por el demandante y cuantificando éste en 300.000 pesetas. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue estimado totalmente por la Audiencia Provincial de Sevilla.

NOTA.—En este supuesto de hecho nos encontramos con uno de los numeroso casos en los que el derecho a la propia imagen colisiona con el derecho a la información. El TC ha afirmado en numerosas ocasiones que el ámbito de protección de aquél se restringe cuando se refiere a personas que ejercen cargos públicos. En este caso concreto el recurrente no ostentaba ningún cargo público pero al aparecer su imagen de manera accesoria en una fotografía tomada por su interés público no se considera vulnerado su derecho. (B. F. G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Responsabilidad precontractual.—Como para la presencia de responsabilidad extracontractual, entre otros requisitos, se sitúa el concerniente a que el agente a quien se impone el daño haya realizado una acción u omisión contraria a derecho, corresponde analizar si nos encontramos ante esta situación, con la particularidad, además, de que, en materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: *a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes, y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.* Para la existencia de la clase de responsabilidad extracontractual expresada es necesaria la creación de una situación de confianza luego defraudada injustificadamente, y, en este caso, no se habrá producido en ningún momento ese estado de esperanza fundada que hiciera presumir que el contrato se iba a consumar, pues la actuación de la recurrente siempre estuvo supeditada a la concesión de las subvenciones. La pretendida falta de diligencia en la participación de las novedades no es razón para obligar a la recurrente a resarcir unos gastos efectuados por el Ayuntamiento de Alagón por su cuenta y riesgo, y sin seguridad en la plasmación del proyecto. (STS de 14 de junio de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Alagón y *Doux Ibérica, S. A.*, proyectaban construir un matadero en esa localidad. Para ello, el ente municipal adquirió un terreno que proyectaba vender más tarde a la empresa. Ésta supeditaba la ejecución del proyecto a la concesión de diversas subvenciones oficiales por parte de la Diputación General de Aragón y el Ministerio de Agricultura. Ante el requerimiento municipal para que *Doux Ibérica, S. A.*, se pronunciase sobre cuándo pensaba iniciar las obras, ésta manifestó que aun cuando se obtuviesen las subvenciones, la evolución negativa del sector del pollo desaconsejaba la inversión y que por tanto «era bastante improbable» que iniciase la obra. De hecho, parece que aunque la Diputación estaba dispuesta a financiar la misma, el Ministerio no concedió la ayuda solicitada, que ascendía a 480 millones de pesetas. Según el Ayuntamiento, *Doux Ibérica, S. A.*, había actuado negligentemente, al no informarle de esta circunstancia. Por ello,

interpuso demanda contra la empresa, por la que le reclamaba el resarcimiento por los gastos realizados en vista del proyecto, una suma en concepto de lucro cesante y otra por los daños morales que pretendidamente se habían causado a la Corporación municipal. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda sólo parcialmente, y condenó a la demandada a pagar una suma de 32.112.718 pesetas (frente a los más de 85 millones que pedía la demanda). Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Zaragoza revocó en parte la sentencia del Juzgado y redujo la condena. De nuevo, ambas partes recurrieron, esta vez en casación. Por los argumentos antes expuestos, el TS estima el recurso de la demandada, desestima el del demandante y casa la sentencia de la Audiencia, con lo cual absuelve a *Doux Ibérica, S. A.*, de todas las peticiones de la demanda.

NOTA.—Esta sentencia tiene un gran interés, tanto por los hechos del caso como por su doctrina. En especial, hay que destacar la enumeración de los requisitos que se entiende que han de concurrir para que exista culpa *in contrahendo* por ruptura de las negociaciones. La misma enumeración, con pocas diferencias, se encontraba ya en la obra del profesor Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, «Introducción. Teoría del contrato», 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 278.

En esta ocasión, la solución final vino facilitada por el hecho de que *Doux Ibérica, S. A.*, había supeditado la ejecución del proyecto a la concesión de unas determinadas subvenciones. Queda abierta, sin embargo, la cuestión de si la evolución negativa del mercado avícola habría justificado la ruptura en caso de obtenerse las mismas. Tampoco se aclara si existe en general un deber de informar a la otra parte de circunstancias como la referida. Además de cuestionar los planteamientos de la sentencia, se ha sugerido que la empresa pudo provocar con sus silencios que el Ayuntamiento tuviese una idea equivocada de los verdaderos riesgos de la operación proyectada (Santiago Cavanillas Múgica, *CCJC* 52, 2000, núm. 1399, pp. 1234-1241). Pese a todo ello, el fallo de la sentencia merece una valoración positiva. Es evidente que el Ayuntamiento realizó los gastos por su propia cuenta y riesgo, puesto que la incertezza propia de la condición excluye la seguridad que está en la base de la confianza justificada. Un problema algo parecido se planteó en la anterior sentencia de 5 de abril de 1999, extractada en este mismo número del Anuario, y a cuya nota se remite. (A. R. G.)

8. Responsabilidad precontractual.—No se puede concluir sin más la posible responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que no se explica ni se intuye que por parte de la demandada se actuase desoyendo la recta actuación que en cualquier fase del *iter* negocial debe presidir la teleología *ad stipulationem*, esto es, obrando bajo los principios de la diligencia y la buena fe, base de la confianza recíproca entre los interesados, porque no existe en esa conducta de la eventual arrendataria posibilidad de apreciar que por su parte se haya actuado con esa falta de buena fe, esto es, que haya actuado maliciosamente, o de mala fe, o lo que es igual, que con su conducta no justificativa se apartase, sin razón alguna, o, caprichosamente, del *iter* negocial así iniciado, por cuanto que esa exigencia de la falta de buena fe está perfectamente

decantada a lo largo de la propia jurisprudencia de esta Sala (S de 26 de febrero de 1994: el prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe, hasta tal punto de que, en otro caso, se puede producir situación de responsabilidad por razón de la *culpa in contrahendo*). De esta manera se impone tener en cuenta el *iter contractus*, desde la oferta como propuesta de negocio contractual, con todos los elementos esenciales de éste y predominio de su condición de unilateralidad, supeditada a obtener respuesta positiva, hasta la necesaria aceptación por parte del que la recibe y al que se dirige, salvo las inciertas y masivas. El silencio, para tener operatividad obligacional ha de ser considerado en cada supuesto particular, en atención a las circunstancias concurrentes y en todo caso en conexión a la necesidad de haberse dado entre las partes anteriores y continuadas relaciones negociales, que por sí imponen ciertos comportamientos en exigencias de la buena fe). La afirmación de que la demandada no firmó el contrato «por las razones que fuere», no pueden entenderse con el sentido excluyente de la buena fe negocial que se precisa, en general, en todos los contactos prenegociales, y sin que tampoco pueda ser una hipótesis carente de relevancia la afirmación de que los esfuerzos realizados por la actora supusieron un provecho para la parte demandada, «al excluir un tipo de proyecto», siendo esto una posibilidad carente de relieve para determinar que eso supone una actuación de mala fe determinante de la responsabilidad *in contrahendo*. En la práctica, con esa derivación de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, la condena declarada de la parte demandada hubiese sido semejante a la que se derivaría de haber considerado tal documento como auténtico contrato.

Perfección del contrato.—Atendiendo al tenor literal del contrato, criterio que ha de prevalecer en toda interpretación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1281 CC, no se habla en ningún momento de «contrato», sino de «presupuesto», y, como tal presupuesto, recoge una serie de conceptos y fija un precio para cada uno de ellos; no se establece ningún pacto relativo a la ejecución de los trabajos, ni a la forma o condiciones de pago, fijando, por último, que la validez de la oferta será de treinta días, cláusula ésta incompatible con un verdadero contrato en que la oferta se haya aceptado en firme. La existencia del «conforme» suscrito por la entidad demandada puede explicarse como una muestra de conformidad con la recepción del presupuesto o con los precios a que hace referencia, pero siempre supeditado a la posterior formalización del convenio. (**STS de 5 de abril de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—La entidad organizadora de la Exposición Universal de Sevilla en 1992 celebró un contrato de obra con *Industrias BEC, S. A.*, con el objeto de que esta empresa realizase diversas obras en el llamado *Pabellón de la Navegación*. Con este fin, *Industrias BEC, S. A.*, se puso en contacto con el *Centro de Información Técnica de Aplicaciones del Vidrio*, que se encargaría de las vidrieras del citado pabellón. Con posterioridad, se constituyó una nueva entidad, llamada *Cariglas, S. L.*, a la que *Industrias BEC, S. A.*, encargó varios estudios sobre cuestiones técnicas de la obra. Tras más de un año de duración de la relación entre *Cariglas, S. L.*, e *Industrias BEC, S. A.*, ambas partes suscribieron un documento llamado «presupuesto de vidriería», en el que no se hacía referencia a plazos de entrega, forma de pago o garantías. Con posterioridad, *Industrias BEC, S. A.*, comunicó a *Cariglas, S. L.*, que no la subcontrataría, debido a un recorte presupuestario. Esta última entendió

que *Industrias BEC, S. A.*, había incurrido en responsabilidad precontractual, por lo cual interpuso demanda contra ella, en la que reclamaba que se le abonase una determinada suma de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios producidos por la ruptura de la relación entre ambas empresas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, y condenó a la demandada al pago de 840.000 pesetas, más intereses. La demandante, insatisfecha con la condena, recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia de instancia y aumentó la indemnización a la suma de 4.425.000 pesetas. La demandada recurrió en casación, por entender que su actuación había sido de buena fe. El TS acoge el recurso y casa la sentencia de la Audiencia, pero confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia viene a considerar que un recorte presupuestario permite a la parte negociadora que lo experimenta romper los tratos con la otra parte. Se sigue así una postura flexible al respecto de si los cambios de circunstancias son justa causa de la ruptura de negociaciones (en la doctrina, María Paz García Rubio, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 133-134; cfr. Antonio Cabanillas Sánchez, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *RCDI* 628, 1995, pp. 747-788, p. 764). La sentencia hace suya la doctrina de la STS de 26 de febrero de 1994, en el sentido de reconocer que el principio de buena fe debe servir para imponer un modelo de conducta presidido por las ideas de lealtad y cooperación. Tal vez el Tribunal debería haber ido más allá y reconocer que la parte cuyo presupuesto fue recortado tenía el deber de informar a la otra de este hecho para que estudiase si podía formular una nueva propuesta (al respecto, véase Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, «Introducción. Teoría del contrato», 5.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 279). (A. R. G.)

9. **Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.**—La renuncia al propio fisco, y la sumisión expresa a otro, realizada en condiciones generales, es una cláusula nula e ineficaz. El razonamiento del Alto Tribunal, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se fundamenta en el artículo 10.1.c).3.^º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al considerar que dicha cláusula perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, comportando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Advierte el Tribunal que este criterio se puede también inferir de la Directiva 93/13/CEE, aplicable a pesar de no haber sido traspuesta en el momento en el que se promueve el litigio. Actualmente, el mismo criterio está recogido en el apartado IV.27 de la DA 1.^a en relación con el artículo 10 bis, todo ello de la mencionada Ley 7/1998, donde se califica de abusivas las cláusulas de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto de los previstos por la ley. En el caso de autos, el TS otorga la competencia atendiendo al artículo 62.1.^º LEC (lugar de cumplimiento), y dado que la entrega debe realizarse en el domicilio del consumidor, el pago deberá verificarse en el mismo lugar (art. 1500, párrafo 2.^º CC). Es jurisprudencia conforme con las SSTS de 8 y 30 de noviembre de 1996, 5 de julio de 1997, 20 y 25 de

febrero de 1998; y con la actual legislación, de 4 de mayo y 20 de julio de 1998. (**STS de 19 de abril de 1999;** ha lugar.)

HECHOS.—El litigio se produce como consecuencia de un impago en una compraventa de libros, encargada por correo mediante el cumplimiento de un impreso denominado «carta-pedido». En éste, en el tipo de letra más pequeño del documento, impreso (y, por tanto, sin posibilidad de modificación por el adquirente), se incluye la cláusula de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Barcelona. En uso de la misma, la mercantil *Comercial Salvat Editores, S. A.*, interpone ante los Juzgados de Barcelona demanda de juicio de cognición contra don Luis Borja Ramírez, en reclamación de dicha deuda. La representación procesal de don Luis promueve inhibitoria ante los Juzgados de Alicante y en favor de éstos. Requerido de inhibitoria el Juzgado número 35 de Barcelona, éste dicta Auto acordando no acceder a la inhibición, previo informe en el mismo sentido del Ministerio Fiscal. Las actuaciones son remitidas al TS, quien resuelve en el sentido antes indicado.

NOTA.—El carácter abusivo de este tipo de cláusulas viene siendo admitido por una jurisprudencia constante que arranca de la aplicación de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se consolida con la aplicación horizontal de la Directiva 93/13/CEE, y finalmente se refuerza con la incorporación de esta última a nuestro ordenamiento, realizada por la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Hace referencia al cambio de razonamientos de la Ley 26/1984, a la Directiva comunitaria, las notas a las SSTS de 12 de julio (1997, 2026 ss.) y 4 de diciembre de 1996 (1998, 1549). Más extensamente sobre el efecto directo de la norma comunitaria pueden verse las notas a las SSTS de 20 de febrero de 1998 (1998, 1293 ss.), y 11 de octubre y 28 de noviembre de 1997 (1998, 474-478, con abundante bibliografía, y donde se considera suficiente la norma nacional para fundamentar el mismo fallo, sin necesidad de acudir a la aplicación horizontal de la Directiva). En el mismo sentido pueden verse los extractos de las SSTS de 31 de enero de 1998 (1999, 855, anotada); 30 de noviembre de 1996 (1998, 1548 s.), y 20 (con nota, 1998, 951 s.) y 25 de noviembre de 1996 (1998, 952). También, más recientemente, las de 27 de abril, cuya nota crítica no compartimos, ya que considera que es necesario ser consumidor para poder esgrimir las normas protectoras frente a las condiciones generales: preferimos el criterio mantenido por la sentencia que entiende que pueden existir condiciones generales en un contrato entre empresarios —en cualquier caso el supuesto es anterior a la Ley 7/1998—, véase Miquel González, José María, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, 1996, IV, pp. 4941 ss.), y 4, 20 y, muy especialmente, 30 de mayo de 1998 (pp. 1774-1751, 1999). Debe tenerse en cuenta la reciente STJCE de 27 de junio de 2000 (caso Océano Grupo Editorial y otros, véase *La Ley*, 2000, 9507). Ésta, en una cuestión prejudicial sometida por el Juzgado número 35 de Barcelona, establece dos criterios: 1.º que la protección que la Directiva 93/13/CEE otorga implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo cuando exami-

na la admisibilidad de una demanda (fallo 1 y fundamento 29); y 2.^º que la exigencia de interpretación conforme requiere que el Juez nacional dé preferencia a aquella norma interna que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva (fallo 2). La sentencia entiende que lo es, a los efectos del artículo 3 de la Directiva, toda cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional (recuérdese que la norma nacional es en este sentido más amplia que la Directiva, véase su fundamento 21) y que confiera competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentre el domicilio del profesional, en la medida en que, a pesar de la exigencia de la buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato (fundamento 24). Puede verse más extensamente el comentario a dicha sentencia de Lete Achirica, Javier, «Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho comunitario», *La Ley*, 2000, 5151. Una reflexión sobre estos problemas, anteriores a esta sentencia, puede encontrarse en Acosta Estévez, J. B., *La tutela procesal del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1995, y Mentis, Georgios, *Schranken Prozessualer Klauseln in Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1994. (L. F. L.)

10. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.—La renuncia al propio feroe, y la sumisión expresa a otro, realizada en condiciones generales, es una cláusula nula e ineficaz. El razonamiento del Alto Tribunal, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se fundamenta en la aplicación directa de la Directiva 93/13/CEE, a pesar de no haber sido transpuesta en el momento en el que se promueve el litigio (art. 3 relac, letra Q de su anexo), y en el sentido de las STS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio y 14 de septiembre de 1996. A mayor abundamiento, señala que la misma solución se hubiese obtenido por aplicación de la doctrina del abuso de derecho y por los criterios de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción anterior a la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, como expone la STS de 13 de noviembre de 1998. Finalmente señala que estos criterios han sido recogidos expresamente en la redacción dada a la Ley 26/1984 (apartado V, núm. 27 de la DA 1.^a) por la Ley 7/1998, que viene a incorporar la citada Directiva a nuestro ordenamiento, como expone más expresamente la STS de 3 de julio de 1998. Siendo abusiva la cláusula de sumisión expresa, y por tanto nula, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 62 LEC, así como al juego de los artículos 1171 y 1500 CC, ya que la mercancía fue remitida a portes pagados. Con este laconismo, el Alto Tribunal parece señalar que a la hora de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, a los efectos de determinar la competencia territorial (art. 62 LEC), debe presumirse que el lugar de entrega coincide con el del pago (art. 1500.2.^º CC), lo que viene reforzado por el párrafo 3.^º del artículo 1171 del mismo cuerpo legal, al determinar que el pago se llevará a cabo en el domicilio del deudor. La refe-

rencia a los portes pagados probablemente hace referencia a la regla 2.^a de este último artículo. (**STS de 19 de mayo de 1999**; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Comercial Salvat Editores, S. A.*, interpone ante los Juzgados de Barcelona demanda de juicio de cognición contra doña Alicia Eján Moyano, en reclamación de doscientas mil cien (200.100) pesetas, impago producido en una compraventa de libros. La representación procesal de doña Alicia promueve cuestión de competencia por inhibitoria ante los Juzgados de Orense y en favor de éstos. Requerido de inhibitoria el Juzgado número 28 de Barcelona accede a la misma, frente a lo que la mercantil *Salvat* apela ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que revoca la resolución recurrida y declara competentes los Juzgados de Barcelona. El Juzgado de Orense insiste en su inhibitoria, remitiéndose las actuaciones al TS, quien resuelve en el sentido antes indicado.

NOTA.—Véase *supra* la nota a la STS de 19 de abril de 1999, en este mismo fascículo. (*L. F. L.*)

11. Condiciones generales. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo: al no ser negociada individualmente y causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor.—La Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores), define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios. En la citada norma se definen las cláusulas abusivas como aquellas que no se hayan negociado individualmente, y causan un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes. Este criterio ha sido sustentado por la Ley 26/1984, de 19 de julio (consumidores y usuarios), que en su artículo 10 establece que no procede modificar la citada orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC, debiendo los Gobiernos de los Estados miembros crear instrumentos adecuados, jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos (SSTS de 11 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998). (**STS de 2 de febrero de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de prestación de servicios celebrado el 6 de abril de 1989, los firmantes, entre otras cláusulas, estipulan someterse a los Juzgados y Tribunales de Madrid para todos los litigios que pudieran surgir en la interpretación y ejecución del contrato, con renuncia expresa a su propio fuero. Debido al incumplimiento del mismo, los actores reclamaron judicialmente en Madrid. Una vez practicado el emplazamiento de los demandados en el Juzgado de Madrid, se recibió comunicación telegráfica del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castuera, en la que se les notificaba haber admitido a trámite cuestión de competencia por inhibitoria propuesta por los demandados respecto del pleito seguido por los actores en Madrid, y a la vista de lo así participado, se puso en conocimiento su contenido a la parte actora y se suspendió la sustanciación del procedimiento hasta que se decidiese la cuestión de competencia. El TS entendió que la referida cláusula de sumisión expresa respon-

de a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes, sin que quepa tacharla de abusiva ni de contraria al espíritu y finalidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

NOTA.—Aquí no se aplicó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por ser ésta posterior al procedimiento. (*I. D.-L.*)

12. Condiciones generales. Cláusula de sumisión expresa no firmada por las partes, aunque sí el texto en letra diminuta de aceptación de la misma y otras muchas.—Aplicando los criterios de apreciación estricta e interpretación restrictiva de las condiciones generales, se estima que no aparece el consentimiento de la parte adherente respecto de las condiciones generales ni, por tanto, a la cláusula de sumisión, que ha de reputarse inexistente en el contrato. (**STS de 13 de marzo de 1999.**)

HECHOS.—En el presente caso se plantea la cuestión de competencia por inhibitoria en base a la validez de la cláusula de sumisión expresa que se refleja en los contratos de compraventa de determinadas máquinas vendidas por una entidad mercantil (actora) a la sociedad mercantil demandada. En los contratos, salvo la parte en que constan las prestaciones principales, está impreso en el anverso en letra especialmente pequeña la frase «El comprador acepta íntegramente las condiciones generales de venta impresas al dorso», y al dorso, sin firma alguna, en letra normal, consta la condición 11.^a: «El lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente compraventa es la ciudad de Castellón, sometiéndose las partes contratantes expresamente al fuero y jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de dicha ciudad, con expresa renuncia a cualquier otro que en derecho pudiese corresponderles. Dicha sumisión expresa subsistirá y no se considerará modificada, aunque la sociedad vendedora libre letras de cambio, para facilitar el pago del importe de esta compraventa, que deban hacerse efectivas en el domicilio del comprador».

NOTA.—Hay que tener en cuenta que se aplicaron las normas generales del Código civil y no las disposiciones de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por ser ésta posterior al procedimiento. (*I. D.-L.*)

13. Integración de la publicidad en el contrato.—Si no se ha cuestionado que en la publicidad que la entidad promotora y constructora utilizó para el reclamo de los compradores existe un área de esparcimiento y ocio, contemplada en el Proyecto Técnico, y en cuya zona de esparcimiento se han construido indebidamente esas tres viviendas, es evidente que por expresa sanción de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para Defensa de los Consumidores, habrá de respetarse a toda costa los derechos expectantes que constan en el contenido de la oferta publicitaria.

Incumplimiento del contrato.—Es jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS de 12 de diciembre de 1914, 12 de marzo de 1947 y 7 de enero de 1949). El problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho,

pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (S de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre 1985 y 9 de diciembre de 1997). La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento (art. 1265 CC) y el cumplimiento o no del mismo es cuestión de mero hecho (S de 18 de julio de 1996). (**STS de 5 de abril de 1999;** ha lugar en parte.)

HECHOS.—*BAMI, Sociedad Anónima Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos*, vendió a diversas personas las viviendas que proyectaba construir en una cierta urbanización. En la publicidad relativa a la promoción inmobiliaria se anunciaba que el número de viviendas proyectadas era de cuarenta y dos, y que disfrutarían de un área común de espacamiento y ocio. Lo mismo se recogió en el proyecto técnico de la obra. La constructora, sin embargo, no sólo edificó las viviendas proyectadas con numerosas deficiencias, sino que levantó sobre esa área tres viviendas más y alteró la distribución de algunas otras. Diversos compradores reclamaron contra la constructora, solicitando la corrección de los defectos, la demolición de las viviendas no proyectadas y que se les pagasen diversas sumas en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos a causa de aquella alteración. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda sólo en parte, y su sentencia fue recurrida por ambas partes. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, confirmó esta sentencia en cuanto al deber de corregir los defectos, pero suprimió (al parecer sin demasiada argumentación) la indemnización concedida en instancia y absolió a la constructora de la obligación de demoler. De nuevo, ambas partes recurrieron la sentencia, esta vez en casación. El TS acoge ambos recursos, pero sólo en parte. Condena a la constructora a demoler las viviendas no proyectadas y mantiene las indemnizaciones, pero la absuelve del deber de realizar una de las obras de corrección de defectos. (*A. R. G.*)

14. Contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente: la ratificación tácita.—La representación tácita tiene lugar cuando el *dominus*, sin hacer uso de la acción de nulidad que puede ejercitar conforme al artículo 1259 CC, acepta en su provecho los actos ejecutados sin su autorización por el representante, confirmando así el negocio transmisorivo.

Registro Mercantil: principio de oponibilidad.—Hasta 1989 lo que se presumía era que todo el mundo conocía el contenido del Registro, pues éste es público para todo el que tiene interés conocido. Desde la reforma de 1989 para destruir la presunción de buena fe del tercero hay que probar que conocía el acto inscrito y no publicado (se produce un desplazamiento de la carga de la prueba, frente a la presunción anterior) (arts. 9 del RRM de 1989 y 21 CCO). (**STS de 18 de marzo de 1999;** no ha lugar.)

HECHOS.—Un administrador mancomunado de una entidad mercantil vende unilateralmente en documento privado (con transgresión de sus facultades) al actor, un bungalow perteneciente a aqué-

lla. Diez meses después de la venta surgieron discrepancias entre la sociedad y el adquirente, lo que originó que este último demandara a la primera y al administrador mancomunado, solicitando, con carácter principal: 1.º la declaración de su propiedad sobre el bungalow adquirido y 2.º otorgamiento de la escritura pública de venta por parte de la entidad mercantil.

Conviene reseñar que durante el intervalo de diez meses, mencionado en el párrafo anterior, se produjeron los siguientes hechos: abono de reiteradas sumas a los aparentes representantes de la sociedad y para ésta; entrega de llaves al comprador; transferencias del comprador para ir cubriendo parciales amortizaciones de la hipoteca que gravaba el inmueble comprado, en la que se subrogó el adquirente; posesión y uso de la vivienda que ha disfrutado ininterrumpidamente el comprador desde el instante de la entrega inicial; realización de obras ostensibles en el chalé a la vista, ciencia y paciencia de los promotores, y finalmente la ejecución directa de ciertos trabajos por los constructores en el mismo inmueble y cuyo coste fue abonado por el nuevo propietario sin ningún rechazo de parte de los ejecutores materiales.

El administrador mancomunado se allanó a la demanda, la cual prosperó en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación planteado por la entidad mercantil.

NOTA.—Tras el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprobó el vigente Reglamento del Registro Mercantil, este principio registral viene recogido en el artículo 9, en iguales términos que en el Reglamento de 1989. (I. D.-L.)

15. Simulación absoluta. Improcedencia por presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de causa.—Respecto a la primera de las acciones ejercitadas, la de «inexistencia de compraventa, por simulación absoluta, al carecer de causa por inexistencia de precio», se debe partir de la presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de causa, que establece el artículo 1277 CC: aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario; cuya presunción es desarrollada y aplicada, entre otras, por las SS de 5 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 19 de julio de 1989, 19 de noviembre de 1990 y 23 de julio de 1994. En consecuencia, si las sentencias de instancia declaran rotundamente que no se ha probado la inexistencia de causa y que «no existe prueba alguna que acredite la inexistencia de precio de la compraventa ni que el mismo sea irrisorio» (F. 2.º de la S de la Audiencia Provincial), el demandante, recurrente en casación, sufre la carga de la prueba, es decir, la consecuencia de la falta de prueba de los hechos constitutivos de la acción ejercitada, que no son otros que la prueba de la inexistencia de causa que presume el artículo trascrito del Código civil: por lo que no se ha infringido el artículo 1214 del CC alegado en el motivo tercero, sino que se ha aplicado correctamente. Por tanto, se ha cumplido exactamente el artículo 1277 CC, que establece la presunción *iuris tantum*, al declararse que existe la causa en los contratos de autos, según dicho artículo, por no haberse probado la falta de causa y mantenerse la presunción que esta norma establece: no hay, pues, infracción de dicho artículo, alegado en el motivo segundo.

Rescisión contractual por fraude de acreedores. Requisitos.—Respecto a la acción rescisoria, ejercitada por el demandante recurrente en casación

como subsidiaria a la anterior, por estimar celebrado el contrato de compraventa en fraude de acreedores (el actor) y quedar en el supuesto del artículo 1291, número 3.^º, del CC en relación con el 1111 del mismo Cuerpo Legal, se han formulado los motivos cuarto y quinto del presente recurso de casación. La acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido concebida en doctrina y jurisprudencia como un remedio *in extremis* –carácter de subsidiariedad (así, SS de 15 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 25 de enero de 1989, 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo y 28 de junio de 1994 y 10 de abril de 1995)– para evitar el perjuicio que un acto fraudulento le causa al acreedor, en su crédito –requisito de la existencia del crédito (así, SS de 14 de diciembre de 1993, 16 de mayo de 1994 y 10 de abril de 1995)–, el cual debe ser anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro (así, SS de 17 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1994). Tal como consta probado en las sentencias de instancia, se incumplen los dos presupuestos enunciados. No se ha probado que el demandante no pueda cobrar de otra manera el crédito, ni se ha acreditado que la codemandada deudora carezca de otros bienes o derechos que las acciones cuya venta se impugna: falta el presupuesto de subsidiariedad, que proclama el artículo 1294 CC. Asimismo, al tiempo de la perfección del contrato de compraventa que ahora se impugna, la vendedora codemandada no era deudora del demandante, es decir, no existía crédito de éste contra aquélla, ya que éste nació años después y no consta que la venta se produjo en consideración y perjuicio del crédito futuro: falla el requisito de la existencia del crédito. Faltan, pues, los presupuestos para la acción rescisoria, por lo que no cabe estimar el motivo cuarto de casación, que se refiere a un punto concreto de ésta y alega infracción de los artículos 1291 y 1294 CC, siendo así que se han cumplido correctamente. No procede entrar siquiera en el análisis del motivo quinto de casación, pues se refiere al plazo de caducidad de la acción rescisoria, que establece el artículo 1299 CC y que se alega como infringido: no es tema a plantear, al estimarse que la acción rescisoria no procede.

Acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedad anónima.—El motivo sexto y último del recurso de casación alega infracción del ordenamiento jurídico por aplicación indebida de los artículos 79 y 81 LSA de 17 de julio de 1951, en relación con el artículo 1902 CC. Se refiere a la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima según la antigua Ley de 1951, que deriva de la obligación de diligencia que se les impone, en el sentido de que deben gestionar los asuntos sociales con la diligencia adecuada a cada uno de los mismos; la responsabilidad se impone a los administradores que hayan causado un daño por malicia, abuso de facultades o negligencia grave; todo ello según el artículo 79 de dicha Ley. Si el daño se produce en el patrimonio de la sociedad, la acción corresponde a ésta, como establece el artículo 80. El artículo 81 contempla la acción individual a favor de accionistas y de acreedores cuando han sufrido daños directamente indemnizables por la sociedad y requiere un acto del administrador y una lesión directa al patrimonio del accionista o del acreedor, siempre que en aquél concurra la malicia, el abuso de facultades o la negligencia grave. Siendo la base de las acciones ejercitadas por el demandante recurrente en casación el hecho de que no pudo trabarse embargo sobre las acciones de la codemandada deudora, acciones de *Almacenes Villaverde, S. A.*, no aparece, ni consta, ni se aprecia en las sentencias de instancia, los presupuestos de la acción de responsabilidad contra los administradores de esta sociedad; nin-

gún acto se ha acreditado de los mismos, con malicia, abuso de facultades o negligencia grave, que, con nexo causal, haya producido un daño al demandante; el proceso del que derivó, en ejecución de sentencia, el embargo frustrado sobre acciones de la codemandada, nada tiene que ver con la sociedad anónima a la que correspondían aquellas acciones. Las explicaciones que con prolíjidad se dan en este motivo del recurso nada acreditan sobre la responsabilidad de los administradores; no se han infringido los artículos 79 y 81 LSA; el motivo debe ser desestimado. (STS de 31 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiendo sido doña Ana M.^a G. G. condenada a pagar una cantidad a don Nicolás G. G. por una sentencia dictada con fecha 6 de abril de 1988, éste instó el embargo de una serie de acciones en la empresa *Almacenes Villaverde, S. A.*, pertenecientes a la deudora. No obstante, el embargo no pudo hacerse efectivo porque doña Ana M.^a G. G. había vendido las acciones a don Tomás G. P. el día 28 de julio de 1982. Ante tales hechos, don Nicolás G. G. interpone demanda mediante la que ejercita tres acciones: la primera, acción de nulidad del contrato de compraventa de acciones mencionado por simulación absoluta; la segunda, acción rescisoria del mismo contrato por fraude de acreedores; y la tercera, acción individual de responsabilidad de los administradores de la empresa *Almacenes Villaverde, S. A.* La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma íntegramente esta sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

16. Reconocimiento de deuda. Nulidad por simulación absoluta. Invalidad de la dación en pago de la deuda reconocida.—El reconocimiento de deuda es un negocio jurídico unilateral por el que el sujeto declara la existencia de una deuda previamente contraída (así, SS de 20 de noviembre de 1992, 11 de marzo y 30 de septiembre de 1993, 24 de octubre de 1994, 22 de julio de 1996, 5 de mayo y 28 de septiembre de 1998). Se le aplica la presunción de existencia de la causa que proclama el artículo 1277 CC, presunción *iuris tantum* que es posible destruir, si se declara probado que carece de la función objetiva en que la causa consiste y que presupone la realidad de la deuda que reconoce. Las sentencias de instancia han declarado probado que el reconocimiento discutido en el proceso carece de causa —nunca hubo deuda que reconocer— y se declara nulo o más bien inexistente por falta del elemento de causa, esencial en todo negocio jurídico. Cuya inexistencia comporta la invalidez del acto jurídico que es el pago y que en el presente caso fue dación en pago, consistente en la entrega de cuatro inmuebles, *datio in solutum*, de tales bienes, respecto a los que las partes acuerdan que se cumpla la obligación, como prestación distinta de la que era objeto de la misma, forma especial del pago o subrogado del cumplimiento (así, S de 25 de mayo de 1999), que en el presente caso no hubo previa obligación ni, por tanto, pago o dación en pago válido. Por tanto, las sentencias de instancia aplicaron correctamente la normativa de las presunciones en virtud de la cual han declarado probado, precisamente por presunciones, que el reconocimiento de deuda es inexistente por falta de causa y, en consecuencia, la dación en pago consistente en transmisión de cuatro inmuebles. Por ello, estos motivos se desestiman. (STS de 8 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los cónyuges don Francisco T. P. y doña Rebeca O. B. realizaron un acto de reconocimiento de deuda a favor de doña Ángela María H. H., mediante escritura pública otorgada el día 20 de junio de 1991, y transmitieron a ésta la propiedad de cuatro inmuebles. Interpuesta una demanda por la entidad *Bilbao Bizcaia Kutxa* con el objeto de reconstituir el patrimonio de sus deudores, don Francisco T. P. y/o doña Rebeca O. B., el Juzgado de Primera Instancia la estima: éste declara la nulidad radical del acto de reconocimiento de deuda por simulación absoluta y la invalidez de la transmisión de la propiedad de los inmuebles que el juez califica como dación en pago de la deuda reconocida. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por doña Ángela María H. H. y don Francisco T. P. y confirma íntegramente la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los mismos recurrentes en apelación.

NOTA.—Solicitada la declaración de nulidad radical del reconocimiento de deuda por simulación absoluta, el TS se limita a declararlo «nulo o más bien inexistente por falta de causa, esencial en todo negocio jurídico». Aun habiéndose construido el fenómeno simulatorio atendiendo a la noción de causa falsa (art. 1276 CC) (así, María Carcaba Fernández, *La simulación en los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 43), en esta ocasión los argumentos esgrimidos por la sentencia más bien evocan la idea de que en el ordenamiento español sólo se admite la validez del reconocimiento causal y no del constitutivo de deuda (véase Carmen Gete-Alonso y Calera, *El reconocimiento de deuda*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 100-120, 245-249). Siendo irreprochable el razonamiento conforme al que la inexistencia de causa en el reconocimiento de la deuda «comporta la invalidez del acto jurídico que es el pago y que en el presente caso fue dación en pago», acaso el TS hubiera tenido que hacer referencia a una eventual divergencia consciente entre la voluntad declarada por los cónyuges don Francisco T. P. y doña Rebeca O. B. y doña Ángela María H. H. y su voluntad real, así como a unos hipotéticos acuerdo simulatorio y finalidad de engaño. (J. M. B. S.)

17. Dación en pago. Inaplicación del artículo 1170.II CC, relativo al pago realizado mediante un efecto mercantil.—La dación en pago es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación (así, S de 5 de octubre de 1987) o lo que se conoce por la doctrina actual con el nombre de «subrogado del cumplimiento», traducción literal de la palabra *Erfüllungssurrogate*. Lo que es importante destacar es su efecto: no siendo un pago *stricto sensu* produce los efectos de éste, que es el cumplimiento de la obligación y la extinción de ésta. Como consecuencia, el artículo 1170 CC no se le aplica; esta norma contempla el pago de una obligación dineraria y en su segundo párrafo prevé que este pago se haga por medio de un efecto mercantil, como la letra de cambio; pero se refiere a pago, es decir, a que el deudor firme un pagaré, extienda un cheque o acepte una letra de cambio, no a que el deudor acuerde con el acreedor la dación en pago, consistente, en vez de cumplir la obligación pecuniaria, en entregar al acre-

dor letras de cambio libradas contra terceros: a este caso no se aplica el párrafo segundo de dicho artículo 1170 CC.

La dación en pago extingue la obligación garantizada por la fianza.—La fianza es la base por la que se ha demandado a don Arturo C. y la esencia de la desestimación de la demanda en las sentencias de instancia ha sido por razón de la extinción de la obligación garantizada, por la dación en pago, tal como prevé el artículo 1847 CC: la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones y la dación en pago es una forma de extinguir la obligación (como contempla la S de 12 de noviembre de 1991, aunque en el caso de ésta no se acepta la aplicación del artículo 1849, pues fue una dación en pago ofrecida no por el deudor, sino por el fiador y aceptada por el acreedor). Si, posteriormente, alguna de las cosas se pierde —inmueble u otra cosa por evicción y efectos mercantiles por impago— la fianza se extingue, tal como dispone el artículo 1849 CC: si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador.

La interpretación del negocio jurídico corresponde al Tribunal de instancia y debe ser mantenida en casación.—El motivo tercero (el primero de los dos terceros), también al amparo del número 4.^º del artículo 1692 LEC alega infracción del artículo 1282 CC, al mantener el recurrente que la cesión de las letras de cambio fue un descuento y no una dación en pago; la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente que la interpretación del negocio jurídico corresponde al Tribunal de instancia y debe ser mantenida en casación, a no ser que aquélla sea ilógica, absurda o contraria a la ley (así, SS, entre otras muchas anteriores, de 22 de febrero, 5 de marzo, 30 de mayo, 23 de junio y 23 de julio de 1997; 10 y 15 de junio, 28 de septiembre, 9 y 26 de octubre de 1998, lo que no ocurre en el presente caso, sino por el contrario, se acepta la interpretación y la calificación de dación en pago que han hecho las sentencias de instancia. (STS de 25 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante contrato de fianza, don Arturo C. G. asumió frente al acreedor, *Banco Central Hispano, S. A.*, la obligación de cumplir la deuda contraída por la empresa *Americana de Inversiones, S. A.*, para el caso de no hacerlo ésta. Ulteriores conversaciones mantenidas entre la entidad bancaria y la empresa deudora principal —y otra empresa participada por la misma— culminaron en una dación en pago realizada por la empresa deudora a favor del *Banco Central Hispano, S. A.*, consistente en la «transmisión dominical de inmuebles, la entrega en propiedad de depósitos en efectivo y la cesión de letras de cambio que se hallaban depositadas en la entidad bancaria en garantía». Habiendo resultado impagadas distintas letras de cambio, la entidad bancaria acreedora interpone demanda de reclamación de cantidad frente al fiador, don Arturo C. G. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima las excepciones de falta de legitimación pasiva alegadas por los demandados en reconvención con base, entre otros motivos, en unas adjudicaciones en pago de la deuda realizadas por las empresas deudoras a favor del *Banco Central Hispano, S. A.* Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provin-

cial confirma íntegramente la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

18. Incumplimiento contractual. Resarcimiento de daños y perjuicios por prolongación en la posesión de lo arrendado una vez extinguido el arrendamiento.—La negativa a desalojar un local arrendado en el momento pactado implica necesaria y notoriamente un perjuicio, debido a que el arrendador quedó obligado a percibir una renta que deviene de un contrato anterior, frente a la nueva renta del mercado que hubiera podido obtener de haber quedado libre el local. Ello supone una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por una de las partes que determina por sí mismo la obligación reparadora, dado que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituye *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía del contratante, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las conculcaciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculante de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del Código civil (STS de 30 de septiembre de 1989, 22 de octubre de 1993 y 29 de diciembre de 1998. (**STS de 16 de marzo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—Don P. R. F., propietario de un local de negocio, lo alquiló a don G. K. el 1 de enero de 1972. Mediante carta de fecha 1 de febrero del mismo año, el arrendatario manifestó su acuerdo verbal con el actor (arrendador), en el sentido siguiente: el contrato tendría un plazo de duración de ocho años, transcurridos los cuales, quedaría totalmente rescindido. Llegado el vencimiento del plazo convenido, las partes estipularon prorrogarlo por otros ocho años, pactando expresamente, y por segunda vez, la resolución del mismo cuando venciese la segunda prórroga. Por fallecimiento del arrendatario se subrogó en su lugar, con el consentimiento del arrendador, la entidad mercantil *K. I. S. A.*, constituida por los herederos del arrendatario.

El actor demandó a la compañía subrogada por haber transcurrido el plazo pactado (sin que la demandada tuviese derecho a la prórroga forzosa, por haber renunciado expresamente a dicho beneficio el arrendatario), solicitando: 1.º la resolución del referido contrato y 2.º el resarcimiento de daños y perjuicios al no haber atendido el requerimiento de desalojo cursado notarialmente. El Juzgado y la Audiencia acogieron sólo el primer pedimento. Prosperó el recurso de casación interpuesto por el actor y se condenó también a la entidad mercantil a indemnizar los daños y perjuicios causados por la negativa a desalojar el local en el momento pactado. (*I. D.-L.*)

19. Excepción *non adimpleti contractus*.—La exigencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones bilaterales y consiguiente excepción *non adimpleti* frente a las reclamaciones abusivas hay que entenderla en sus justos límites. El contraste debe establecerse entre las obligaciones básicas de los contratantes, las que se denominan contraprestaciones, no pudiendo invocar, para excepcionar el cumplimiento contractual, otras obligaciones adicionales, por muy importantes que éstas puedan ser desde el punto de vista ético

y jurídico. La excepción sólo debe argüirse frente a obligaciones del mismo volumen jurídico, ya que su empleo frente a obligaciones de distinta naturaleza violentaría los postulados en los que se apoya esa básica institución de las obligaciones bilaterales. En una compraventa, las obligaciones de cumplimiento simultáneo obligado (salvo que se convenga un aplazamiento con respecto a alguna de las prestaciones) son la entrega de la cosa y el correlativo pago del precio.

Contrato publicitario. Obligaciones cuyo incumplimiento permite a la otra parte oponer la excepción *non adimpleti contractus*.—En un contrato de difusión publicitaria las obligaciones correlativas que pueden parapetarse tras la excepción son la de realizar la campaña publicitaria, a cargo del agente, y la de satisfacer su importe, a cargo del anunciantre. Existe además el deber de reserva, exigible a ambas partes, como lo demuestra el artículo 16 de la Ley General de Publicidad, que impone la obligación de sigilo informativo también a los anunciantes, pues, según este precepto, deben abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. También pueden incumplirse estos deberes tangenciales, que no forman parte del núcleo central del contrato. La consecuencia del incumplimiento será la necesaria indemnización de los daños y perjuicios producidos. Desde un punto de vista hipotético, pudiera ocurrir que ambos contratantes observasen una conducta desleal, trasladando indebidamente a terceros una información confidencial; en este caso, si el cliente por ejemplo, reclamase, frente a la otra parte, la indemnización de daños y perjuicios, ésta podría, con toda justicia, oponer frente a la pretendida acción indemnizatoria la excepción *non adimpleti contractus*, con lo que se neutralizarían las contrapuestas acciones indemnizatorias que cada parte podría esgrimir frente a su contraria. (STS de 28 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Star Studios Española, S. A.*, había celebrado un contrato publicitario con la empresa *Saysma, S. A.*. Al parecer, el administrador de esta segunda había facilitado a una empresa de la competencia información confidencial, relativa a la rentabilidad de medios y espacios publicitarios difundidos a través de radio y prensa escrita. Por esta razón, cuando *Saysma, S. A.*, reclamó judicialmente a *Star Studios Española, S. A.*, el pago por los servicios prestados, ésta opuso la excepción de contrato no cumplido *ex artículos 1100 y 1124 CC*. El Juzgado de Primera Instancia dio por buenas las alegaciones de que *Saysma, S. A.*, había infringido el principio de buena fe contractual y las leyes de Competencia Desleal y General de Publicidad, y desestimó la demanda. Con posterioridad, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante y condenó a la demandada a pagar una suma algo inferior a la reclamada. La demandada recurrió en casación. El TS considera como algo evidente que la actuación del administrador de *Saysma, S. A.*, es contraria al artículo 16 LGP. Ahora bien, por las razones expuestas antes, entiende que no procede la *exceptio non adimpleti contractus*, y por ello desestima el recurso. (A. R. G.)

20. Venta de inmueble hecha por precio alzado y como cuerpo cierto. Disminución de cabida cuando ésta se ha expresado en el contrato. Plazo de ejercicio de la acción de rebaja del precio.—No procede aplicar el

plazo previsto en el artículo 1964 CC, de quince años, pues las ventas del pleito se refieren a concretas viviendas a las que se atribuye una extensión superficial (cabida) precisada y por el precio total que se especifica, lo que hace encajables dichas relaciones contractuales en el artículo 1471 CC –venta por precio alzado–, y no en el artículo 1469 CC, al referirse este precepto a las compraventas cuyo precio se fija por unidad de medida o número, pues la circunstancia de expresarse la cabida no desvirtúa la calificación de la compraventa como hecha a precio alzado (SS de 16 de julio y 31 de octubre de 1992 y 12 de diciembre de 1994). Lo que resulta indiferente a efectos de lo que se decide, ya que el plazo de prescripción que el artículo 1472 CC establece rige para los tres artículos precedentes y dicho plazo es el que ha de tenerse en cuenta, ya que el mismo, denominado corto, encuentra justificación en la necesidad de dar seguridad a las transacciones y su procedencia opera desde el momento de entrega del bien.

Simple retraso en el cumplimiento de la obligación.—No todo retraso representa automáticamente incumplimiento contractual, pues esta Sala tiene declarado que la cuestión de cumplimiento o incumplimiento es de índole fáctica y, en cuanto tal, sujeta a la apreciación de los juzgadores, sin olvidar que el simple y breve retraso ha de relacionarse con una voluntad inequívocamente rebelde e incumplidora decisiva (SS de 20 de noviembre de 1984, 7 de julio de 1987, 20 de junio de 1993 y 4 de octubre de 1996). (**STS de 30 de abril de 1999;** no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Inke, don Norbert y don Andrés compraron unos apartamentos a *Promotores Amerador, S. A.* Al comprobar que resultaba menor cabida de la expresada en el contrato, interpusieron demanda contra la vendedora, por la que le reclamaban una disminución del precio. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la demanda sólo parcialmente, fue recurrida por las dos partes. La Audiencia Provincial de Alicante la revocó y estimó la excepción de prescripción opuesta por la demandada. Los demandantes recurrieron en casación, por entender que el plazo de ejercicio de la acción era el general para las acciones persona-les, de quince años, del artículo 1964 CC. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

21. Compraventa de inmuebles. Resolución del artículo 1504 CC: presupuestos necesarios para su ejercicio.—La resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles, a tenor del artículo 1504 CC –el cual es una modalidad singular del 1124 CC para toda clase de obligaciones bilaterales–, tiene, entre sus presupuestos, el requerimiento preceptivamente exigido por dicha norma, además de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, bien entendido que la voluntad incumplidora viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación. Dichas particularidades habrán de ser oportunamente alegadas y probadas, todo lo cual entraña cuestiones fácticas sometidas a la ponderación de los Tribunales de instancia, que son sólo susceptibles de censura casacional por la vía establecida al efecto (SSTS de 6 de noviembre de 1984, 28 de noviembre de 1985 y 9 de junio de 1992, entre otras muchas).

El requerimiento del artículo 1504 CC constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato.—El requerimiento del artículo 1504 CC tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla, lo que quiere decir que, concurriendo ciertas circunstancias, la resolución se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida a examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a Derecho (SSTS de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948 y 19 de marzo de 1949).

Idoneidad del requerimiento realizado por acto de conciliación.—La intimación al allanamiento del comprador para resolver el contrato resulta plenamente válida si se realiza por acto de conciliación (SSTS de 7 de julio de 1911, 30 de octubre de 1956 y 27 de mayo de 1985), hasta el extremo de que la no asistencia a aquel acto ha de entenderse como una manifestación más de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento (STS de 8 de mayo de 1982).

Naturaleza jurídica del requerimiento. Consecuencias: posibilidad de establecer en el mismo un plazo para el pago.—Habida cuenta de la naturaleza jurídica compleja del acto de requerimiento, es válido aquel en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador (SSTS de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988, 6 de noviembre de 1991 y 21 de junio de 1996). (STS de 28 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los vendedores ejercitaron acción resolutoria del contrato de compraventa de inmueble, que habían celebrado con los demandados (compradores). El requerimiento resolutorio se realizó por medio de un notario y por acto de conciliación. La carta-requerimiento notarial, realizada conforme al artículo 1504 CC, contenía, también, la concesión por parte de los vendedores a los compradores de un término improrrogable de ocho días para el pago. El Juzgado, tras declarar en rebeldía a los demandados, estimó íntegramente la demanda. Recurrida por una de las compradoras la sentencia, fue ésta confirmada por la Audiencia. No prosperó el recurso de casación presentado por la apelante. (*I. D.-L.*)

22. Arrendamiento financiero. Posibilidad del arrendatario financiero para ejercitar directamente la acción resolutoria contra el vendedor.—Debe considerarse costumbre la inclusión de una cláusula en este tipo de contratos por la cual se faculta al usuario (arrendatario) a ejercitar todas las acciones de las que dispone el comprador para la defensa de la cosa, incluidas las dimanantes de la compraventa. Sin una cláusula así, no tendría sentido la exoneración de responsabilidad de la entidad financiera (arrendador) respecto de la utilidad y cualidades del bien entregado al usuario. La primera de las cláusulas se entiende como contrapartida de la segunda, sin la cual esta última sería abusiva y nula, por lo que deben de interpretarse los contratos de arrendamiento financiero, conforme a la integración por vía de costumbre que consagra el artículo 1287 CC, en el sentido de entender incorporada dicha cláusula cuando nada se diga, y, en todo caso, cuando se pacta la referida exo-

neración de responsabilidad de la arrendadora. (**STS de 24 de mayo de 1999; no ha lugar.**)

HECHOS.—Don José M. C., ante la necesidad de cambiar tres veces consecutivas el motor de un camión que acababa de adquirir en régimen de arrendamiento financiero (siendo él el arrendatario), decide ejercitar la acción resolutoria frente al vendedor (y, concretamente, al mismo tiempo, contra el arrendador financiero). Desestimada su pretensión en la instancia y en apelación, prospera sin embargo en casación, donde no corre la misma suerte la petición de indemnización por daños que conjuntamente se pedía, por falta de acreditación de los mismos. (*L. F. L.*)

23. Arrendamiento financiero. Distinción de la venta a plazos.—Siendo la distinción entre la compraventa a plazos con reserva de dominio y el arrendamiento financiero la existencia de un valor residual significativo del bien arrendado al ejercitarse el arrendador la opción de compra, en los supuestos en los que bien dicho valor residual se paga como primer plazo, bien se trata de una cuantía porcentualmente simbólica con respecto al valor del bien financiado, estaremos ante un supuesto de compraventa a plazos, y no de *leasing* o arrendamiento financiero. (**STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.**)

HECHOS.—Trabado embargo sobre un vehículo en procedimiento ejecutivo instado por *Talleres Orvi, S. L.*, contra *Transportes Estepa, S. L.*, y don Javier P., la entidad *Uninter Leasing, S. A.*, interpone tercera de dominio, alegando que se trata de una relación de arrendamiento financiero y que por tanto es ella, la financiera, la propietaria del bien embargado, y que la ejecutada es únicamente arrendataria financiera y que no ostenta por tanto derecho real alguno sobre el vehículo cuya ejecución se insta. Estimada la demanda en la instancia, se revoca este fallo en apelación, confirmando la casación este último pronunciamiento. (*L. F. L.*)

24. La interpretación de los contratos es función propia de los órganos de instancia, salvo en supuestos excepcionales.—Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la interpretación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual. Nada de esto último es prelicable de la correcta calificación que la sentencia recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) ha hecho de la estipulación H) del documento privado de fecha 12 de febrero de 1979 (que ha sido transcrita literalmente en el apartado 3.^º del FJ 1.^º de esta resolución), calificándola como una donación de inmuebles hecha en documento privado, ya que en dicha estipulación no se pacta, ni siquiera se insinúa, ninguna contraprestación en favor de doña Antonia T. B., sin que el hecho, aquí aducido por la recurrente, de que la señora T. B. entregara a su hijo don Gabriel G. T. la posesión de los locales comerciales litigiosos pueda tener virtualidad alguna para transformar en contrato oneroso la expresada donación (al no haberse pactado, repetimos, contraprestación alguna en favor de la señora T. B.), y sin que, por otra parte, pueda tampoco tener la más mínima trascendencia, al objeto impugnatorio aquí pretendido

por la recurrente, el hecho de que doña Antonia T. B. hiciera, mediante escritura pública de fecha 29 de enero de 1983, a su otro hijo, don Fausto G. T., una cesión de varios derechos por el precio de trescientas cuarenta mil pesetas, ya que esto no guarda en absoluto relación alguna con el tema litigioso objeto del proceso al que se refiere el presente recurso.

Donación de inmuebles en documento privado. Nulidad absoluta por defecto de forma.—Conforme al artículo 1279 CC, invocado por la recurrente como supuestamente infringido, las partes pueden compelirse recíprocamente a elevar a escritura pública un contrato celebrado mediante documento privado. Mas ese precepto carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (*ad solemnitatem*) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (art. 633 CC), lo que aquí no ha ocurrido. (STS de 19 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Antonia T. B. y la empresa *Espiral Penedés, S. A.*, celebraron dos contratos mediante escritura pública, ambos con fecha 18 de abril de 1977, en los que la primera transmitía la propiedad de dos parcelas de terreno a la empresa y ésta se obligaba a entregar a doña Antonia T. B. varios locales comerciales a construir en las mismas. Con fecha 12 de febrero de 1979, de una parte, doña Antonia T. B. y sus hijos, Fausto y Gabriel G. T., y, de otra, la empresa *Espiral Penedés, S. A.*, acordaron en el anexo de un documento privado lo siguiente: «F) Que en fecha 18 abril de 1977, se firmaron dos escrituras de permuta [...] G) Que en fecha de hoy, ambas permutas, se reconoce que han sido entregadas a entera satisfacción de doña A. T. H) Que se acuerda que las permutas números 643 y 644 calle Espirall, núm. ... respectivamente, corresponden en propiedad a partir de la fecha de hoy, a su hijo don Gabriel G., con todos sus derechos y obligaciones [...] K) Que en el momento que se precise podrá hacerse un documento o acta notarial que refleje estos apartados». Habiéndole correspondido a doña Antonia T. B. la propiedad de tres locales comerciales en virtud de lo estipulado en los contratos, la esposa de don Gabriel G. —fallecido éste el día 29 de marzo de 1981— interpone demanda solicitando que se declare la validez de la «cesión de las fincas» realizada conforme a la cláusula transcrita del documento privado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvenCIÓN formulada por la demandada, declarando que la propiedad de las fincas corresponde a doña Antonia T. B. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

25. Donación modal. Distinción con respecto a la donación remuneratoria.—La sentencia recurrida asimila la noción de modo a la expresión de un deseo o voluntad del donante que carece de sanción directa, de manera que el incumplimiento del modo únicamente puede dar lugar a la acción de revocación (arts. 647.1.^º y 651.2.^º CC). El órgano *a quo* parte de un concepto

peculiar de la donación modal que parece referirse al primer inciso del artículo 619 CC (cuando la razón de la donación se halla en los méritos del donatario o en los servicios prestados al donante *siempre que no constituyan deudas exigibles*). Precisamente, las descritas donaciones remuneratorias, en las que el *animus donandi* aparece imperado por un móvil recompensatorio, no permiten, por definición de lo que son servicios prestados o méritos contraídos, que éstos sean exigibles jurídicamente. La verdadera y propia donación modal es aquélla en que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante.

Acción de cumplimiento del modo.—Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral, sinalgámatico y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación en que consiste el gravamen es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario. La facultad de revocación de la donación, contemplada por el artículo 647 CC, se apoya en el incumplimiento de la carga, pero no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios (S de 19 de enero de 1901, y art. 1101 CC en relación con los arts. 621 y 622 CC). La opción que la aplicación de este criterio concede significa que, ejercitada la acción de revocación por incumplimiento, si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquélla, la sentencia deja imprejuzgada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquella otra ha prescrito. No es aplicable, en este sentido, la doctrina que emana de las SS de esta Sala de 30 de julio de 1996 y 6 de junio de 1998. La doctrina jurisprudencial aplicable es la que contiene la STS de 10 de febrero de 1984, también referente a un supuesto de donación, que mantiene que para que la alteración de la *causa petendi* se produzca es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles), el motivo legal en que la acción se funde sea distinto. En el supuesto debatido, en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 CC (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo, nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios (arts. 623 y 633 del mismo Código). (**STS de 6 de abril de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—Don Marcelino y doña María donaron la propiedad de ciertos bienes inmuebles a su hija, doña Mercedes. La donación se gravó con la carga de que la donataria conviviría con sus padres, les asistiría y cuidaría. Ante el incumplimiento de la misma, los donantes solicitaron al Juzgado que se declarase la revocación de la donación. La pretensión fue desestimada por haber prescrito la acción ejercitada. Los donantes iniciaron un nuevo proceso, en el que reclamaban el cumplimiento de la carga, además de una indemnización por los daños y perjuicios producidos. Aunque esta otra pretensión fue estimada en primera instancia, la Audiencia Provincial de Vitoria estimó el recurso de apelación interpuesto por la donataria y acogió la excepción de cosa juzgada, por entender que entre ambos juicios existía concurrencia de cosas, causas, personas

de los litigantes y calidad con que lo fueron en el sentido del artículo 1252 CC. El TS, ante el cual los demandantes recurren en casación, estima el recurso por entender que en realidad las causas de pedir son diferentes: la primera sentencia desestimó la demanda por prescripción de la acción de revocación, pero no porque la donataria hubiese cumplido con la carga. Por ello, puede luego reclamarse ese cumplimiento. A ello se une la incorrección de la doctrina aplicada por la sentencia de instancia en relación con el modo, a juicio del TS. En efecto, la Audiencia había interpretado la promesa de la donataria como una mera condición, que recogía un simple deseo del donante, pero cuyo cumplimiento no era jurídicamente exigible. El Alto Tribunal, tras exponer su doctrina en los términos antes recogidos, condena a la donataria a que abone a los demandantes la suma reclamada en concepto de indemnización por incumplimiento. (A. R. G.)

26. Contrato de obra: ruina funcional: Ayuntamiento que contrata con empresa particular: competencia de la jurisdicción civil.—No hay duda en tres cuestiones: la primera, que el contrato de adjudicación de la segunda fase del frontón municipal cubierto, entre el Ayuntamiento y la empresa, es un contrato administrativo, si bien el orden jurisdiccional contenoso-administrativo no puede resolver una acción dirigida contra un particular que ha cumplido defectuosamente el contrato de obra; la segunda, que la empresa contratista ha producido una ruina parcial en la obra ejecutada, lo que no se cuestiona, ni siquiera en su cuantificación; la tercera, que el Ayuntamiento ha ejercitado la acción de responsabilidad por ruina que prevé el artículo 1591 CC frente a la empresa contratista, y dicho precepto establece un plazo de garantía, con presunción *iuris tantum* de responsabilidad de la empresa contratista, cuando se producen vicios ruinógenos en la obra ejecutada, responsabilidad que es contractual.

Defectos del recurso.—Si se mantiene que la jurisdicción civil no es la competente, el recurso no puede fundarse en el número 4.^º del artículo 1692 LEC, sino en el número 1.^º, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción; y de estimarse, sin entrar en el fondo, se deja a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda; si se estima un motivo basado en el número 4.^º, esta Sala asume la instancia y resuelve el fondo; la parte recurrente parece negar la jurisdicción civil, pero apoya sus dos motivos en el número 4.^º Por otro lado, no dice en qué se han infringido las normas administrativas que afirma se han inaplicado; mantiene que el contrato es administrativo, lo cual no se discute, pero ni extrae conclusiones en apoyo de una pretensión que nunca ejerció en el proceso, ni queda claro que la mantenga en el recurso. (STS de 20 de mayo de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

27. Contrato de arquitecto. Reclamación de honorarios por el Colegio.—El hecho de no haberse presentado en el Colegio la oportuna hoja de encargo (art. 533.2.^º LEC y Decreto de 1 de diciembre de 1922, regulador de las tarifas de honorarios profesionales de los arquitectos), no impide la legitimación procesal del Colegio si existe un contrato de arquitecto previo (en el sentido de las SS, citadas, de 23 de septiembre de 1983, 2 de octubre de 1995 y 31 de enero de 1997) y este arquitecto está colegiado (FD 1.^º). Esto es, la falta de la hoja de encargo no significa necesariamente falta de legitimación del Colegio de Arquitectos.

Contrato de arquitecto. Desistimiento unilateral del contrato por el dueño de la obra.—No se cuestiona la posibilidad del dueño que encarga la obra de desistir unilateralmente del contrato (art. 1594 CC), cuestión que ni siquiera es objeto de estudio. El único debate en esta *litis* ha sido si procedía o no la indemnización. Al haber sido pactada en el contrato, y no constar que haya sido impugnada oportunamente (a pesar de que unos de los motivos de casación se apoya en la infracción de los arts. 1124 y 1594 CC, y 1894 claramente incorrecto, probablemente error de transcripción), el fallo fue en todas las instancias favorable a la indemnización, sin necesidad de probar daño. (**STS de 26 de abril de 1999**; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Desarrollos Programados, S. A.* (*DEPROSA*), encarga al arquitecto don Roberto P. G. el proyecto de un «Club de Campo» en Illescas (Toledo), acordando unos honorarios de 34.266.522 pesetas, incluidos derechos colegiales. Todo ello queda reflejado en el «acuerdo marco» suscrito el 19 de enero de 1989, concretándose en el contrato de 15 de marzo del mismo año, en el que además se recoge una cláusula penal para caso de incumplimiento (deduzco que para caso de no ejecución del proyecto, pero nada se dice en la sentencia) de 59.259.556 pesetas. El proyecto debía realizarse en treinta días a partir del pacto de 15 de marzo. Vencido el mismo, y sin solicitar el cumplimiento, la mercantil comunica la resolución unilateral del contrato el 13 de julio de 1990. El retraso, además de no probarse esencial (entre otras cosas el Plan Parcial de la zona no es aprobado hasta el 22 de abril de 1992), es al menos parcialmente provocado por la propia mercantil, al introducir numerosas modificaciones en el encargo inicial. El Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla-La Mancha interpone demanda en reclamación de los referidos honorarios con los intereses a contar desde la interposición de la misma; la indemnización pactada en el contrato, con sus intereses a contar desde la fecha de la sentencia, y las costas del procedimiento. Entre otras excepciones, la demandada alegará que nunca se llegó a firmar la hoja de encargo, documento administrativo que legitima al Colegio para reclamar los honorarios, y que ya ha sido pagada una parte del precio (18.381.052). Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia y el TS coinciden en su fallo de conceder íntegramente lo pedido en la demanda inicial.

NOTA.—Sorprende que el TS haya concedido una indemnización por un elevado montante, toda vez que no es su práctica habitual, y que en este caso resulta evidente que no existe daño indemniitable por dicho valor. La práctica habitual en el contrato de arquitecto es cobrar un 70 por 100 por el proyecto y el 30 por 100 restante durante la ejecución del mismo, en concepto de dirección de obra, y contra certificaciones (práctica que se sigue observando a pesar de la liberalización del sector, que aún no se había realizado en 1989). En nuestro supuesto, la ejecución del contrato hubiese reportado al arquitecto, normalmente, unos ingresos totales cercanos a los 49 millones de pesetas (proyecto y ejecución conjuntamente), y sin embargo sin realizar la ejecución cobra por daños, no acreditados, 59 millones. Probablemente, el TS ha ido muy lejos aquí, pero también es verdad que del estudio de la sentencia no consta que la demandada en instancia y recurrente en casación

hubiese denunciado el pacto indemnizatorio, aunque sí alega infracción del artículo 1594 CC en relación con el 1124 CC, donde debería residenciar este argumento. (*L. F. L.*)

28. Contrato de préstamo. Responsabilidad solidaria derivada de la voluntad de los contratantes y de la naturaleza de lo pactado.—No es preciso para entender que existió una solidaridad en el contrato que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico, siguiendo las pautas de la *bona fides*, en base a la cual la jurisprudencia viene atenuando el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado (SSTS de 11 de octubre de 1989, 19 de diciembre de 1991 y 17 de octubre de 1996, entre otras muchas). (STS de 6 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante un contrato de préstamo, celebrado en documento privado, don A. M. M. recibió de don J. A. D. B. diez millones de pesetas, con la obligación de devolverlos sin intereses de la siguiente forma: cinco millones el 30 de septiembre de 1990 y el resto el 30 de octubre del mismo año. Como la cantidad prestada no fue devuelta en el tiempo convenido, don J. A. D. B. demandó a A. M. M. y a su esposa para que respondieran del incumplimiento con carácter solidario. Quedó acreditado que la cantidad prestada fue ingresada por el demandado en la cuenta corriente de la que era titular única su esposa (codemandada), aunque esta última no llegó a firmar el documento privado antes mencionado.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar sólo a don A. M. M. La Audiencia revocó este pronunciamiento y condenó solidariamente a los cónyuges. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la codemandada. (*I. D.-L.*)

29. Mandato: supuestos de irrevocabilidad.—La irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal en relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados (SSTS de 27 de octubre de 1989, 26 de noviembre de 1991 y 11 de mayo de 1993). (STS de 30 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1976 don J. S. B., padre de la actora, compra a los demandados un piso y, además, recibe de éstos un préstamo dinerario de 2.100.000 pesetas por un año, prorrogable de año en año, con intereses del 4 por 100. Para garantizar el préstamo el comprador hipoteca la vivienda adquirida con las siguientes particulari-

dades: «podrá ejecutarse extrajudicialmente y, en su caso, serán mandatarios para adjudicar los ejecutantes». Posteriormente, en abril de 1983, fallece don J. S. B. y le sucede la actora, que acepta la herencia pura y simplemente, y reconoce la deuda hipotecaria contraída por su padre. Ya en 1984, la actora arrendó el citado piso (con un anexo en el que se lo vendía a la arrendataria por 3.800.000 pesetas sin poder realizar la venta pactada por motivos ajenos y conocidos por ambas partes). Los prestamistas demandados ejercitaron la acción hipotecaria extrajudicial y, tras la subasta, el piso fue adjudicado a los también demandados don J. L. V. S. y doña G. S. A.

La demandante solicitaba la acción de nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada por su causante, la cancelación registral e indemnización de daños y perjuicios. Su demanda no prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

30. Transacción. Efectos: autoridad de cosa juzgada.—La eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 CC atribuye a la transacción entre las partes ha de entenderse e interpretarse en el siguiente sentido: una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional (STS de 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 14 de diciembre de 1988, 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993).

La regla interpretativa de la transacción recogida en el artículo 1815 CC ordena una limitación de los criterios hermenéuticos.—El contrato transaccional requiere una interpretación estricta y su eficacia no puede traspasar los límites del punto controvertido que constituye su objeto, siendo el artículo 1815 CC un precepto interpretativo especial en relación con las normas generales establecidas en los artículos 1281 a 1289 del propio Código, por ello ha de estar reducida la limitación que el mismo contiene a la determinación del objeto de la transacción, que debe hacerse de un modo expreso o por una inducción de sus palabras. En cambio, esta regla restrictiva no impide que cuando la falta de claridad de sus palabras origine dudas acerca del objeto del contrato, su interpretación ha de llevarse a cabo por medio de las reglas de los artículos 1281 a 1289, dado el carácter complementario del artículo 1815 CC.

El contrato transaccional no queda al arbitrio del propio contratante por recoger que «determinada persona dará el visto bueno a la terminación de la obra».—Ya que se trata de un pacto previsto en el párrafo 1º del artículo 1598 CC, según el cual, «cuando no conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, a juicio de peritos». Pacto, por tanto, perfectamente válido y que permite al propietario no prestar su aprobación a la terminación de la obra con la consecuencia que establece el precepto.

Supuestos en que la interpretación de los contratos es susceptible de casación.—Cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales (STS de 21 de julio de 1997 y las en ella citadas). (STS de 30 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización demanda a una entidad mercantil para que realice las obras necesarias a efectos de subsanar las deficiencias existentes en la urbaniza-

ción, todo ello en base al contrato transaccional suscrito entre ambas partes el 23 de mayo de 1988.

En el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia es acogida la pretensión de la actora. El TS no da lugar al recurso interpuesto por la entidad demandada. (*I. D.-L.*)

31. Forma del negocio de sumisión del pleito a arbitraje.—De acuerdo con la práctica jurisprudencial que, inspirada en la filosofía de la Ley de Arbitraje, elude otorgar trascendencia a la forma del contrato de compromiso o convenio arbitral, establece el TS que tal contrato sólo requiere para su constitución la formulación por escrito del consentimiento de la sumisión a arbitraje, siendo indiferente que se establezca como contrato independiente o como cláusula de otro contrato. El consentimiento referido no es necesario, además, que se manifieste mediante una determinada frase o fórmula sacramental, sino que es suficiente con una expresión que contenga la voluntad de someter el pleito a arbitraje. En todo caso, en dicho consentimiento se encuentra implícita la obligación de cumplir esta decisión (a la cual se refiere de forma redundante el art. 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), sin que sea necesaria su constancia expresa en el pacto de las partes.

Renuncia al sometimiento del pleito a arbitraje.—Considera el TS, apoyándose en jurisprudencia anterior (STS de 18 de abril de 1998), que el artículo 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, no establece la renuncia al sometimiento del pleito a arbitraje en el caso de que los demandados se personen en el proceso y contesten a la demanda, siempre que la contestación se realice de forma subsidiaria o *ad cautelam*, habiendo interpuesto previamente la excepción dilatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. (STS de 1 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contrato de obras se introduce una cláusula por la que se acuerda que las dudas o divergencias suscitadas entre las partes por razón de la obra efectuada deberán dirimirse arbitralmente. Ante el impago del precio pactado, el contratista interpone demanda solicitando el pago del precio y de otra serie de cantidades. El comitente demandado plantea la excepción de sumisión del litigio a arbitraje y, subsidiariamente, contesta a la demanda. Ésta es estimada parcialmente en primera instancia, condenándose al demandado al pago de una determinada cantidad. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y aprecia la excepción planteada por el comitente demandado. Ante esta sentencia, el contratista demandante plantea recurso de casación, que es desestimado por el TS.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, ha previsto en su DF 8.^a, una nueva redacción para el artículo 11 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, a través de la cual se sustituye lo que antes se disponía respecto de la excepción dilatoria de sometimiento del pleito a arbitraje, por una referencia a la propuesta en forma de declinatoria (que aparece regulada en la LEC en los arts. 63 a 65). Por tanto, a partir de esta nueva redacción, la ausencia de renuncia al sometimiento a arbitraje del pleito queda condicionada a la propuesta en forma de declinatoria, no de excepción dilatoria. (*A. M. M.*)

32. Arbitraje. Fijación del plazo para la emisión del laudo arbitral.—El TS acepta que las partes de un conflicto cuya solución se haya sometido a arbitraje, fijen un plazo dentro del cual deba emitirse el laudo arbitral, con el fin de alcanzar una pronta y económica solución de la contienda que evite, en principio, la carestía y dilación de un procedimiento judicial (STS de 12 de noviembre de 1992).

Dilación en la emisión del laudo arbitral. Responsabilidad.—Conforme al artículo 16 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, se puede exigir responsabilidad de los árbitros en el caso de que, por dolo o culpa, dicten el laudo arbitral fuera del plazo que hubieran establecido las partes a tal efecto, causándoles con ello un perjuicio. Sin embargo, no cualquier omisión de los árbitros genera su responsabilidad, sino que es preciso acreditar los parámetros de su negligencia. De esta forma, estima el TS que no existe responsabilidad cuando el retraso o la omisión es motivada por hechos inevitables, ajenos a la voluntad de los árbitros, puesto que falta una situación de antijuridicidad dañina intencional, presupuesto indispensable de la responsabilidad conforme a la doctrina alemana de la *Wiederrechtlichen* (*sic*).

Doctrina del levantamiento del velo. Contenido y finalidad.—La jurisprudencia reiterada del TS (SSTS de 28 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 3 de junio de 1991 y 12 de febrero de 1993) acepta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que permite a los órganos judiciales examinar el substrato de determinadas personas jurídicas a fin de evitar este fraude o uso antisocial del derecho. A través de ella se persigue evitar el empleo de la figura de la persona jurídica como medio para perjudicar los intereses de terceras personas, burlando su buena fe.

Doctrina del levantamiento del velo. Modalidades.—Esta doctrina, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de Estados Unidos (*disregard of legal entity*), presenta dos aspectos que han sido plenamente aceptados en el derecho español. Por un lado, se habla del levantamiento del velo propiamente dicho (*lifting the veil*), que permite una intervención judicial tendente a descubrir la realidad que se encuentra en el núcleo de una persona jurídica, y, por otro lado, se encuentra la llamada rasgadura del velo (*piercing the veil*) que tiende a deshacer la ilegalidad que surge de la realidad subyacente. (STS de 26 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—En un contencioso sobre reclamación de cantidad entre una serie de compañías mineras, se designan tres árbitros con el encargo de aportar una solución al conflicto, fijando las partes un plazo para dicha tarea. Ante la emisión tardía del laudo arbitral, la compañía minera acreedora interpone demanda reclamando la cantidad que era objeto de la disputa y solicitando la declaración de responsabilidad de los tres árbitros designados por los perjuicios causados por la dilación referida.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, condenando solidariamente a las dos compañías mineras demandadas al pago de parte de la cantidad reclamada y absolviendo a los árbitros. Recurrida en apelación la sentencia por las tres compañías mineras en conflicto, la Audiencia Provincial desestima los recursos. Esta sentencia es objeto de recurso de casación, que se interpone tanto por los demandantes en primera instancia, que alegan la infracción del artículo 16 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, como por los demandados, que niegan la responsabilidad

solidaria y alegan la infracción de la doctrina del levantamiento del velo. El TS desestima ambos recursos de casación. (A. M. M.)

33. Culpa extracontractual: accidente de trabajo en el interior de mina: amputación traumática de mano al intentar desatascar cabrestante: competencia jurisdicción civil: interpretación de los Autos de la Sala de Conflictos.—El recurso denuncia interpretación errónea de los Autos de la Sala de Conflictos del TS de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994, pero tales resoluciones no impiden, ni obstaculizan la intervención de los órganos jurisdiccionales civiles en asuntos como el aquí planteado; certamente el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, el conocimiento de los litigios que se promueven dentro de la rama social del derecho, atribución que igualmente se asigna en el actual texto articulado del Real Decreto Legislativo de 1990; pero de la lectura de ambos textos legales se desprende que la materia se encuentra referida a cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo, que vincula al trabajador y al empresario, y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades; tal circunstancia vinculante no concurre en el presente caso, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime cuando en la demanda se hace referencia al ejercicio de una acción por culpa extracontractual, y cuando el artículo 97.3 del Real Decreto de 1974, establece la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo, con las otras que pueden resultar de responsabilidad criminal o civil.

Efectos de la estimación del recurso.—Mientras el Juzgado de Primera Instancia entró en el fondo y desestimó la demanda, la Audiencia Provincial estimó la incompetencia de jurisdicción; y al estimar el recurso de casación por entender aplicable la competencia de la jurisdicción civil, acuerda la devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, con libertad de criterio, entre a conocer el fondo del asunto. (STS de 10 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia de primera instancia se pronuncia en diciembre de 1993, y aunque ahora ha triunfado la pretensión jurisdiccional del actor, la devolución de los autos a la Audiencia Provincial, con ulterior posible recurso de casación, puede suponer otros cinco años de espera para la resolución definitiva, lo que puede implicar para el obrero lesionado otra forma de *peregrinaje jurisdiccional interno*. No parece funcional la aplicación, en casos como el presente, del artículo 1715.1.º LEC. Se abandona en esta sentencia la decidida doctrina jurisprudencial sobre competencia de la jurisdicción laboral cuando, en el desempeño del contrato de trabajo, se infringen medidas de seguridad (sentada en SSTS de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998, siendo en ambas Ponente Martínez-Calcerrada, en ADC 1999, núms. 38 y 39, con resultado de lesiones y de muerte, respectivamente; ambas sentencias constituyen, a mi juicio, doctrina legal, que quiebra la línea tradicional, como escribí en nota a las mismas, *loc. cit.* pp. 1327 ss.). La sentencia ahora

extractada formalmente se muestra respetuosa con los autos de la Sala de Conflictos, pero la distinción que introduce entre los *quehaceres laborales* y la *órbita del contrato de trabajo* parece artificiosa y difícil de establecer. Otras sentencias que reiteran la doctrina tradicional: 11 de diciembre de 1997 (accidente en refinería por realizar trabajos de soldadura); 17 de febrero de 1999 (muerte por caída de andamio); 17 de abril de 1999 (lesiones en accidente minero). (G. G. C.)

34. Culpa extracontractual: muerte y lesiones en colisión de ferrocarriles de vía estrecha ocurrida en 1984: negligencia de uno de los conductores: competencia civil: derecho transitorio.—La responsabilidad deviene del actuar del Estado en una relación de derecho privado, por lo que ha de aplicarse el artículo 41 LRJAE de 1957, vigente al tiempo de los autos, precepto que hay que relacionar con el artículo 106.2 CE, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial que autoriza la aplicación del artículo 1902 a supuestos como el presente (SSTS de 23 de noviembre de 1990, 8 de febrero de 1994 y 3 de julio de 1995, entre otras); sin que pueda dejarse de lado que, con el Estado, se demandó a la Generalidad Valenciana, y a particular, en cuyos supuestos, al existir vínculo de solidaridad entre ellos, resalta la competencia exclusiva de la jurisdicción civil por su *vis atractiva*, criterio reforzado por el principio de unidad jurisdiccional (art. 117 CE), así como por el carácter residual de la jurisdicción civil (SSTS de 2 de febrero de 1987, 28 de abril de 1992, 2 de junio de 1993 y 26 de diciembre de 1996).

Legitimación residual del Estado.—Se alega falta de personalidad del Estado en esta materia de Ferrocarriles de Vía Estrecha, toda vez que FEVE está dotada de personalidad jurídica, y patrimonio propio, y es independiente de la Administración Pública de base territorial, estatal o autonómica, por lo que debe asumir las responsabilidades derivadas del accidente de autos; conviene decir que FEVE no fue demandada y sí los Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana (FGV), debiendo aclararse que el Estado no hizo abdicación total de sus deberes de control y asunción de responsabilidades consecuentes al crear FEVE en 1972, por lo que, cuando el Real Decreto de 1986 produjo el traspaso a la Comunidad Valenciana de los servicios ferroviarios explotados por FEVE en dicha Comunidad, creándose en 1986 la entidad FGV, el Estado se hizo cargo del coste de las sentencias jurídicas pronunciadas con anterioridad al traspaso, lo que, en todo caso, exigía la notificación a la Administración del Estado, en tiempo y forma del proceso, «a efectos de que en tiempo hábil pueda personarse debidamente». Con ello se reconoce e instaura legitimación pasiva suficiente del Estado. (STS de 6 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No resulta socialmente ejemplar ver al Abogado del Estado intentar eludir a toda costa la responsabilidad de este último, ante la complejidad legislativa resultante de la trasferencia competencial a la Comunidad Valenciana en materia de ferrocarriles de vía estrecha, lo que se agrava en presencia de las circunstancias que luego señalaré. Ha sido un acierto del Ponente Villagómez-Rodil, desentrañar y aclarar la maraña legislativa para poner en primer término la responsabilidad ocurrida en un momento en que no se había traspasado todavía esta competencia. Lo que sorprende es la *notable dilación*, pues ocurridos los hechos en 1984, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta en 1992, y la de la Audiencia

Provincial en 1994. Ocurre que las víctimas son una familia de extranjeros (no se dice el país), presumiblemente turistas, falleciendo la madre y resultando heridos los cuatro hijos; no creo que este retraso contribuya al prestigio internacional de España, ni a una buena opinión sobre el funcionamiento de sus servicios públicos. A ello se añade —y ello no es, ciertamente, culpa de la sentencia— que la demanda interpuesta en 1988 fija sumas que hoy consideramos extraordinariamente bajas (seis millones por la muerte y poco más de cuatro millones por las lesiones causadas a cuatro hijos de la fallecida). Justicia tardía (sentencia firme recaída quince años después de los hechos) e indemnizaciones casi ridículas. En general, jurisprudencia sobre la materia: S de 3 de abril de 1998, *ADC* octubre-diciembre de 1999, pp. 1776 ss.; S de 23 de abril de 1998, en *id.*, pp. 1778 s., y S de 30 de abril de 1998, *id.*, pp. 1779 s. (*G. G. C.*)

35. Culpa extracontractual: sustracción de vehículo aparcado en zona reservada de hotel: artículo 1902 CC.—Toda responsabilidad derivada de acto ilícito, según constante e incontrovertida doctrina jurisprudencial, exige la concurrencia exacta de los siguientes requisitos: *a)* una acción u omisión ilícita; *b)* la realidad y constatación de un daño causado, y *c)* un nexo causal entre el primero y el segundo requisitos. En la presente *litis*, no hay duda alguna de que hubo una omisión culposa en la seguridad del hotel al ser sustraído un vehículo de la zona de aparcamiento específica del mismo, sin que se haya logrado su recuperación, y que dicho vehículo tenía un valor venal de 11.386.928 pesetas en aquel momento, y que dicha omisión es la que ineludiblemente ha producido el perjuicio valorado.

Unidad de la culpa civil: doctrina general.—Como dice la STS de 18 de febrero de 1997, conocidas son las dificultades de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que en muchas ocasiones —como ocurre en el presente caso— tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio. Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal, se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.

Facultad de opción del perjudicado.—Según STS de 1 de abril de 1994, el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual, y violación del deber general de no causar daño a otro; no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del contenido negocial (STS de 9 de marzo de 1983); las acciones

pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, e, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas del concurso de ambas responsabilidades que más se acomodan a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible (STS de 15 de febrero de 1993).

Iura novit curia: no hay cambio de demanda.—Amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi*, en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual, o ambas conjuntamente, salvado el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende de que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia*, y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. En el presente caso se ha de afirmar que la parte recurrente –antes demandante y apelante– estaba legitimada *ad causam* para iniciar el presente proceso, aun a pesar de no haber fundamentado *ab initio* su pretensión desde el punto de vista jurídico en el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual. (STS de 8 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—En atención a su valor venal (superior a once millones de pesetas) hay que deducir que el coche sustraído era de marca superior, o de lujo. La doctrina ampliamente expuesta no supone novedad en relación con la posibilidad de ejercicio acumulativo de ambas acciones por el perjudicado. Cabe conjeturar que, en el caso, la opción por la responsabilidad extracontractual que hace la Sala 1.^a, puede estar motivada por la dificultad de encuadrar los hechos en los artículos 1783 y 1784 CC (cfr. el incisivo comentario de Badosa Coll, a estos preceptos, en *Com.Min.Justicia*, II, pp. 1696 ss.). Los hoteles de cierta categoría suelen ofrecer como servicio complementario el de aparcamiento de vehículos, que unas veces es gratuito y otras se factura aparte; también es variada la forma de prestarla (local cerrado y controlado en el mismo edificio del hotel, o en otro próximo; plazas reservadas de aparcamiento público o privado, cercano al hotel; aparcamiento en la vía pública cercano al edificio del hotel, con vigilancia, o sin ella, etc.). Nada se especifica en el presente caso, ni tampoco si la empresa hotelera había dictado normas de precaución (las *prevenciones* del art. 1783 CC) para los usuarios del aparcamiento. Lo único que parece claro es que la sustracción no se produjo *a mano armada* ni por obra de los empleados. Véase, sin embargo, la STS de 3 de mayo de 1999 en que la Sala 1.^a advierte *mutatio libelli* cuando se ejerce la acción del 1902 CC y la Audiencia Provincial condena con base en responsabilidad contractual. (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: incongruencia: *mutatio libelli*: sentencia que aplica responsabilidad contractual.—La parte actora ha ejercitado una acción derivada del artículo 1902 CC reclamando las bajas y perjuicios causados a una ganadería de reses bravas de los demandantes durante la presencia de aquélla en determinada finca vendida por los actores a uno de los

demandados; pero la sentencia de apelación fundamenta su fallo condenatorio en las previsiones contractuales acordadas por las partes, y aprecia la presencia de un caso de culpa contractual, siendo evidente que al juzgar ha existido cambio de acción, y, en su consecuencia, se ha hecho efectiva la situación de indefensión que el artículo 24.1 CE prohíbe al entrañar la decisión de instancia un pronunciamiento sobre materias no debatidas en el proceso, y respecto de las cuales no existió la necesaria contradicción. (**STS de 3 de mayo de 1999**; *ha lugar*.)

NOTA.—Los actores reclaman una indemnización que excede de los setenta y siete millones de pesetas por las bajas y perjuicios sufridos en la ganadería de reses bravas de su propiedad, durante la presencia de aquélla en determinada finca, vendida a uno de los demandados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, con base en previsiones contractuales, condenando al pago de casi veintinueve millones. La sentencia (ponencia de García Varela) estima el recurso de casación y confirma la del Juez de Primera Instancia. La exposición de hechos básicos resulta extraordinariamente concisa: parece que hay, en efecto, la venta de una finca, y, asimismo, los daños sufridos por una ganadería de los actores *durante la presencia* en aquélla; pero sólo caben conjjeturas, suponiendo que esa presencia se produce precisamente después de consumada la venta; ¿cuál es el agente causante de los daños? ¿la acción del hombre? ¿una contaminación de las aguas o el mal estado de los pastos? ... En todo caso, aunque parece claro que *inter partes* mediaron relaciones contractuales, los actores no las invocan, si bien, de alguna manera, tales relaciones transcendieron a la prueba. En el FD 2.^º se argumenta con la doctrina jurisprudencial de la prohibición de la *mutatio libelli*, y de la incongruencia de las sentencias, sin perjuicio de recordar la también conocida doctrina sobre acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual, que, sin embargo, se excluye en este caso. La parquedad fáctica impide pronunciarse sobre el acierto de la sentencia. (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: muerte por electrocución en trabajos de fumigación aérea; compatibilidad entre las indemnizaciones civil y laboral.—Es doctrina reiterada de esta Sala —salvo puntuísimas excepciones más bien basadas en la especialidad del caso—, la que establece la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, pero siempre proclamando que la jurisdicción ordinaria no viene o está vinculada a la laboral, de donde se deduce que son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo y que asume la Seguridad Social, con aquella otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana.

Negligencia del empresario en la actuación del «señalero» en tareas de fumigación aérea.—El trabajo del operario accidentado consistía en el manejo de una pértiga de aluminio de 8,44 metros de longitud, con un círculo destellante en el extremo superior, que debía ser izada a cada paso del avión que vertía el líquido fitosanitario, para que el piloto advirtiera a través de los reflejos de la parte superior de la barra metálica, el lugar que debía fumigar; tras cada paso del avión los señaleros tenían que bajar la pértiga y caminar con

ella en horizontal, dando 35 pasos para levantarla de nuevo y dejarse ver; al lado del pinar que se estaba fumigando, existe una línea de alta tensión elevada 7,20 metros del suelo. Al permitir al asalariado la utilización de las referidas pétigas metálicas superlativamente conductoras de electricidad, de casi 8,50 metros de largo en un lugar en que se sabía que había unos cables transportadores de electricidad de alta tensión, a una altura de 7,20 metros, supone, por parte del empleador la omisión de normas inexorables o aconsejadas, y no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar que los riesgos potenciales se conviertan en un accidente real mortal; ello constituye una acción culpable que encaja en el artículo 1902 CC. (STS de 18 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Sin perjuicio de hacer una referencia —a todas luces, innecesaria— a la evolución tan reiterada de la jurisprudencia en materia de culpa extracontractual (aunque aquí novedosamente se dice en FD 1.^º, que *desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de esta Sala, y sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 CC*, declaración *obiter* pues la Sala 1.^a más bien ha declarado lo contrario, así en STS de 7 de abril de 1998 ha dicho que nunca ha establecido como absoluta y radical la responsabilidad objetiva), la sentencia extractada, con base en la resultancia fáctica, clara y contundente, no puede menos de constatar la existencia de un hacer culposo en esta compleja operación de fumigación aérea. Se han incumplido medidas elementales de seguridad, con resultado mortal. Nuevamente hay que llamar la atención sobre el no seguimiento de la nueva doctrina legal a propósito de la competencia de la jurisdicción laboral. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de detenido en calabozo municipal tras la visita del Forense: actuación conforme a la lex artis ad hoc.—Resulta probado que el detenido, ingresado por orden judicial, fue atendido en dependencias municipales por un practicante y dos médicos, uno de ellos fue la Médico Forense, la cual durante tres cuartos de hora, no cometió error de diagnóstico, y siendo correcta la prescripción de medicamentos, falleciendo el paciente unas horas después por causa de asfixia mecánica ocasionada por un edema de glotis, secundario y complicativo de una amigdalitis séptica aguda (científicamente conocida como *epiglotitis aguda*), de evolución rápida y fulminante; se deduce que la Forense no incurrió en responsabilidad médica sino que actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, debiendo revocarse la sentencia de la Audiencia Provincial que la condenó a abonar una indemnización a la madre del detenido.

Ausencia de responsabilidad del Ministerio de Justicia.—No cabiendo apreciar acto ilícito ni responsabilidad en la persona de la Médico Forense, tampoco procede condenar solidariamente con ella, al Ministerio de Justicia, por lo que debe estimarse el recurso, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Competencia civil: régimen transitorio.—Habiendo ocurrido el hecho antes de la entrada en vigor de las leyes de procedimiento y de la jurisdicción contencioso-administrativa vigentes, se aplica la doctrina jurisprudencial que era pacífica en el sentido de que, formulada demanda contra particulares y la

Administración, la jurisdicción a la que corresponde conocer del asunto es la civil. (STS de 13 de abril de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia notable por varias razones (Pte.: O'Callaghan Muñoz): contiene una minuciosa y precisa descripción de hechos (FD 1.º); pedagógicamente expone lo que puede considerarse la *doctrina general* de la responsabilidad médica (FD 2.º); por último, finaliza con el análisis de los motivos alegados por cada uno de los recurrentes. Interesa saber que la madre del fallecido reclamaba, de modo solidario, una indemnización de 25 millones de pesetas al Ayuntamiento (de quien depende el Depósito Municipal de detenidos), a los facultativos intervenientes y al Ministerio de Justicia; mientras el Juez de Primera Instancia absolió a todos los demandados, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda contra la Médico Forense y el Ministerio de Justicia, al tiempo que reducía a doce millones la indemnización solicitada. El fallecido, de veinte años de edad, era drogadicto activo con grave adicción a la heroína, y planteaba el día de autos tres problemas físicos: el del síndrome de abstinencia, el de una anterior herida en un brazo, y el de un dolor de garganta. La discrepancia fundamental entre la Audiencia Provincial y la sentencia de la Sala 1.^a radica en que la sentencia de aquélla destaca las inidóneas condiciones de un Depósito municipal de detenidos para tratar al fallecido, y en haber confiado en personal no sanitario (policía local) el cuidado del detenido, siendo aconsejable un ingreso hospitalario donde hubiera tenido mayor amplitud de medios técnicos y humanos; y, al no haberlo prescrito así, declara la culpa médica de la Forense. Pero la STS, en FD 4.º, sostiene contrariamente que, en presencia de una enfermedad correctamente diagnosticada, adecuadamente tratada, y que, como tal enfermedad, no precisaba internamiento hospitalario, no cabe forzar la valoración de la conducta de la Forense hasta límites superiores a lo razonable, ni puede exigirse una actuación desproporcionada. No cabe olvidar, por un lado, que la última palabra sobre la situación carcelaria del fallecido, correspondía al Juez de Instrucción, quien no fue demandado; y, por otro, que entre lo conveniente, lo aconsejado y lo necesario, hay cierto margen de apreciación. (G. G. C.)

39. **Responsabilidad por riesgo: doctrina general.**—Para la aplicabilidad de la doctrina del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose por esta Sala con un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, siendo muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, ello ha de tener influencia manifiesta desde el punto de vista de la regulación, lo que indudablemente resulta por aplicación de los principios de justicia distributiva, comutativa y social, así como de la seguridad jurídica.

Nexo causal: doctrina de la causalidad adecuada.—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa—, y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina juris-

prudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que, según STS de 31 de enero de 1992, exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad; siendo precisa, además, la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Daños por explosión de bengala sustraída de depósito municipal cerrado: la conducta del menor lesionado, causa determinante del daño: inexistencia de responsabilidad por riesgo.—No puede afirmarse que el depósito en locales municipales cerrados y no abiertos al público, de las tres bengalas de señalización para usos náuticos, constituya una actividad que implique un riesgo considerablemente anormal para terceros, que no tenían acceso al recinto, pues las precarias condiciones del cerramiento del local no pueden considerarse como antecedente necesario o causa originaria del daño producido, que sólo es efecto del proceder negligente de los menores que, forzando la puerta de entrada a las dependencias municipales, se apoderaron de una bengala, y procedieron a su manipulación golpeándola con una piedra, a fin de extraer la pólvora que contenía, lo que produjo la explosión causante de las lesiones de uno de ellos; la conducta del lesionado es la única causa necesaria del daño habido, siendo la única que tiene virtualidad suficiente para ello, eliminando cualquiera otra. (STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No deja de sorprender la demanda interpuesta contra un Ayuntamiento vizcaíno reclamando cincuenta y tres millones de pesetas en concepto de indemnización por las graves mutilaciones que el actor mismo había sufrido al manipular una bengala náutica que él había sustraído de un depósito municipal cerrado; demanda que, sin embargo, fue parcialmente acogida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, aunque reduciéndola a algo más de diecinueve millones de pesetas. Es de aprobar la sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto contra la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao que, en apelación, revocó aquélla. La doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo, que se expone *animus docendi*, también es de aprobar (Pte.: Gil de la Sierra). La solución hubiera sido probablemente diferente si el daño se hubiera producido respecto de terceras personas, ajenas a la sustracción; es probable que el hecho hubiera tenido que extraerse del ámbito de aplicación de la responsabilidad por riesgo, y, al tratarse de un hecho complejo, y en el conjunto de concausas hubiera debido ser considerada la conducta del Ayuntamiento almacenando no adecuadamente las bengalas náuticas, si bien la mayor culpabilidad hubiera recaído en el menor causante de la explosión y, en su caso, en sus padres o tutores por culpa *in vigilando*. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte de obrero por desplome del montacargas: responsabilidad por riesgo: omisión de medidas de seguridad: prohibición formal incumplida: cierre del recinto.—En materia de accidentes de trabajo procede aplicar la doctrina de la res-

ponsabilidad por riesgo (SSTS de 24 de enero y 11 de febrero de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994, 8 de abril y 7 de noviembre de 1996), y ello obliga a acreditar a quien se imputa algún actuar imprudencial, el haber adoptado todas las medidas a su alcance para evitar la producción de daños que el riesgo establecido lleva en sí mismo y resultan previsibles, con las mayores posibilidades de evitarlos, si las prevenciones aseguradoras que se adopten resultan técnicamente adecuadas por su capacidad y eficacia; de este modo hay que calificar de insuficientes, aparentes y meramente formales, como resulta en este caso, el cartel prohibitivo de uso que se presenta como la única medida de prevención, y es más bien convencional y hacia el exterior, para figurar observancias de medidas de seguridad, cuando en muchas ocasiones los trabajadores utilizaban el elevador con el consentimiento tácito de la empresa; la medida adoptada resultó, en la práctica, liviana, no agotadora y sin intensidad aseguradora suficiente para evitar la causación del riesgo, cuando la empresa contaba con medios más aptos, más seguros y a la vez disuasorios de la iniciativa de los operarios, consistentes en haber procedido al cierre del recinto que impidiera el acceso al montacargas. (**STS de 15 de abril de 1999**; no ha lugar.)

NOTA.—No sé si la medida sugerida por la sentencia a la empresa, resulta ser la adecuada. Habría que preguntarse por la razón de ser de un montacargas, que, incluso, suele coexistir en su funcionamiento con el ascensor, en la obra ya terminada; en fase de construcción, el uso más seguro sería establecer el acceso limitado y controlado al montacargas (autorizado, por ej., sólo para personal especializado, y estar aquél dedicado exclusivamente al transporte de materiales, y no de personas en general). Por lo demás, otro ejemplo de doctrina tradicional. (G. G. C.)

41. **Culpa extracontractual: accidente de trabajo: muerte por electrocución al elevar el volquete del camión y hacer contacto con cables de alta tensión: concurrencia de conductas culposas: responsabilidad solidaria.**—El contratista, para quien trabajaba la víctima, debía cuidar de la seguridad de las obras, para que se realizasen a la pertinente distancia del tendido eléctrico existente; asimismo la Compañía eléctrica ha interferido la relación de causalidad por cuanto que fue advertida por la Administración del peligro resultante de la elevación del terreno por causa de las obras, para que modificase el tendido, y no lo hizo; la Junta de Andalucía, pese a tener conocimiento del peligro y de que llegó a aprobar las obras un año después del aviso, sin embargo nada hizo por su realización ni por impulsar que las hicieran las otras partes implicadas; por último, la propia conducta de la víctima coadyuvó al daño, pues estaba advertido del riesgo, y en aquel lugar donde paró su camión-volquete se había prohibido estacionar, e, incluso, transitar.

Nexo causal: doctrina de la causalidad adecuada.—La doctrina de la causalidad adecuada permite comprender dentro de su ámbito aquellas conductas que, de alguna manera, tienden a contribuir a la producción del resultado dañoso, siempre y cuando que tales conductas tengan un matiz culpable; de aquí que, atendiendo al relato de los hechos, no cabe negar a la Junta de Andalucía su inclusión en la relación de la causalidad adecuada, en razón a la conducta omisiva antes referida; el innegable quehacer imprudente de la víctima no puede, sin embargo, entenderse como factor a tener en cuenta en una *concurrencia de culpas*; por último, a las interferencias de la empresa cons-

tructora y la Compañía eléctrica no es dable atribuirles, alcance suficiente para exonerar de responsabilidad a la Junta de Andalucía. (**STS de 20 de mayo de 1999; no ha lugar.**)

NOTA.—En este accidente de trabajo hay un evidente incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo. Por lo que parecería adecuado invocar la competencia de la jurisdicción laboral, según el giro producido en 1998 en la doctrina de la Sala 1.^a; es verdad que el Juzgado de Primera Instancia aprecia falta de jurisdicción civil en relación con la Junta, pero parece que lo hace en favor de la jurisdicción contenciosa al demandarse a esta última (curiosamente, el Juzgado de Primera Instancia divide la continencia de la causa pues, entrando en el fondo, absuelve a los demás demandados). La Audiencia Provincial, en cambio, condenó a todos los demandados, aunque redujo el *quantum* de la indemnización de casi cuarenta y nueve millones, a catorce. El TS rechaza el recurso interpuesto por los demandados (Pte.: Barcala y Trillo-Figueroa). Aunque hay cierta confusión en la argumentación de la sentencia parece que las razones para desestimar el recurso son de peso; por un lado, hay un ejemplo de lentitud burocrática que no desemboca en medidas eficaces para suprimir el peligro real existente en una zona de la carretera en construcción; por otro, hay negligencias omisivas, sucesivas y concurrentes, por parte de la Compañía eléctrica y la empresa constructora; también la víctima contribuyó al resultado dañoso, deteniéndose en lugar de paso prohibido, procediendo a elevar el volquete del camión que conducía, hasta producirse el contacto fatal con los cables de alta tensión. Sentencia de aprobar. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones al pisar un obrero la cinta transportadora: error cometido por otro operario.—El error cometido por el otro trabajador al pulsar un botón inadecuado, fue lo que causó las lesiones sufridas por su compañero, incidiendo en el ámbito de la *culpa in vigilando* que correspondía a la empresa, de suerte que a la circunstancia de encontrarse en ese momento el accidentado en la cinta transportadora —aunque nadie se lo hubiera ordenado—, no puede concedérsele la categoría de una interferencia en la relación causal, y tan sólo cabe asignarla un valor influyente del comportamiento de la víctima en el resultado dañoso.

Responsabilidad por el hecho de otro: culpa in vigilando o in eligendo de la empresa.—La responsabilidad por hecho ajeno prevista en el artículo 1903 CC, ya se base en intervención de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, requiere como elemento ineludible una relación jerárquica o de dependencia entre los sujetos, la cual concurre en el hecho de autos, tanto respecto al accidentado, como respecto al trabajador que, por error, pulsó un botón por otro, en relación con la empresa demandada; dicha responsabilidad no es subsidiaria, sino directa, al derivarse del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores, y en la vigilancia de sus actos. (**STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.**)

NOTA.—El actor, que sufre una invalidez permanente total, por consecuencia de un accidente de trabajo sufrido en la empresa, reclama una indemnización de algo más de diecisiete millones de pesetas; desestimada íntegramente su demanda por el Juzgado de

Primera Instancia, en apelación se le conceden siete millones, y el TS desestima el recurso. No cabe duda que, de no haberse producido, por error, la puesta en marcha de la cinta transportadora, el accidente no hubiera ocurrido, y así el TS imputa al operario el no haber prestado la necesaria atención a su trabajo, y a la posición en que se encontraba el accidentado, y no haber observado el personal técnico que tuviese encomendadas las funciones de vigilancia y seguridad en el trabajo, la necesaria atención y cuidado acerca del modo y forma en que se desenvolvía el trabajo en las proximidades de la cinta transportadora. Sin duda la descrita es la causa eficiente del accidente; pero hay otra causa concurrente, pues el accidentado por propia decisión había subido a la cinta, pese a estar prohibido; tal hecho, por sí solo, no hubiera causado el accidente, pero si ha coadyuvado el lesionado por su actuar negligente a la producción del daño, lo que se toma en consideración para reducir la cuantía de la indemnización. La Inspección informa que se cumplían las disposiciones sobre seguridad en el trabajo, razón por lo cual la sentencia invoca las normas de convivencia dentro de la empresa. Parece como si la argumentación de la sentencia tratase de eludir toda posible concomitancia con los accidentes de trabajo, y así se destaca, en primer plano, la responsabilidad de la empresa por el hecho de su empleado. Me parece, sin embargo, que la realidad de esta última no impide reconocer que se está en presencia de una actividad desarrollada dentro de una relación laboral, pues tanto el causante del daño como la víctima son trabajadores al servicio de la misma empresa, y si bien no se ha detectado omisión de las medidas de seguridad en el trabajo (acaso pudiera haberla en la conducta de la víctima), es inevitable considerar el hecho como una vicisitud ocurrida en el desarrollo de un contrato laboral. El tema de la jurisdicción competente no se plantea, ni de oficio, ni por ninguna de las partes. (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad de los padres: muerte causada por menor de trece años: culpa *in vigilando*: falta de prueba de la diligencia: de los padres para prevenir el daño.—Los padres han de probar, por imperativo del artículo 1903 CC, párrafo último, que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; los recurrentes no han vigilado a su hijo, y nada prueban en tal sentido, salvo que le dieron permiso para ir a la piscina, y que lo educaron bien, —lo cual casa mal con la narración de los hechos probados—; ante la absoluta carencia de la prueba en contrario, hay que deducir que el menor vagaba libremente, a su aire, y en ese vagar ocurrió que disparó con una escopeta de aire comprimido, acabando con la vida de una persona sin que se le pudiera prestar el más elemental auxilio; hay que concluir que, fuese o viniese de la piscina, una vigilancia somera sobre sus pasos hubiera sido necesario por parte de sus padres.

No es caso fortuito tirar con escopeta de balines causando la muerte: autoría material.—El menor, de trece años de edad en el momento de la acción que causó la muerte, reveló con su conducta unas escasas, por no decir nulas, condiciones para la convivencia social; y ello se infiere de los hechos probados al decir que: «No estamos ante un suceso imprevisible y cuyo resultado no fue querido por el autor del disparo, y al respecto destacan las declaraciones de los menores en el Juzgado de Menores de G., atribuyendo a aquél

las siguientes frases: *voy a cargarme al hombre, voy a matar al hombre*. De ello se colige que no es caso fortuito el hecho de tirar con una escopeta de balines hacia otra persona, a la que se causó la muerte por un disparo». En el caso concurre una evidente imputabilidad como autor material de la muerte en el hijo de los recurrentes, el cual, efectuando el disparo huyó del lugar, sin pedir ninguna clase de auxilio.

Daño moral causado a hermana disminuida física de la víctima.—La indemnización de diez millones de pesetas se otorga a la actora exclusivamente por daño moral, y no por las repercusiones patrimoniales que la muerte de su hermano podían causarle en su situación, pues con éste era con quien convivía, remediándose así su situación de soledad y disminuciones físicas; es claro que su fallecimiento la ha sumido en otra situación opuesta y peor vitalmente, que ha de ser compensada en lo posible; la alusión a que el hermano guardaba y labraba las tierras que ella poseía, no es más que una escueta descripción del auxilio que el fallecido le prestaba, derivado de la convivencia y de la atención a sus necesidades por su limitación física de movimientos, y no como concepto integrante de la indemnización. (STS de 12 de mayo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los escalofriantes hechos descritos en esta sentencia son similares a los protagonizados en los últimos años por adolescentes en Inglaterra y EE.UU., por lo cual no podrá ya sostenerse que *Spain is different*; sociólogos y educadores tienen aquí amplio campo de investigación. Dilucidándose exclusivamente las consecuencias civiles de tan reprobable hecho, sólo cabe aprobar plenamente la sentencia, de la que ha sido ponente Gullón Ballesteros, quien pone de relieve la *asociabilidad* que el autor demuestra con su conducta. Ciertamente, en las actuales circunstancias no resulta fácil que los padres cumplan exhaustivamente sus deberes de vigilancia inmediata sobre sus hijos adolescentes —al menos *somera*, como parece contentarse la sentencia extractada—, por lo cual es obligado calificar de quasi-objetiva la responsabilidad que les impone el artículo 1903, pár. 2.º, CC. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: daños sufridos por una escolar al entrar en el colegio público: requisitos para declarar la responsabilidad del titular.—La responsabilidad ex artículo 1903, apartado 5.º, CC, por los daños y perjuicios que causen los alumnos menores de edad, se halla condicionada temporalmente en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias», lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por *culpa in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él, finalizada la jornada escolar (en este sentido, SSTS de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996). En el presente caso no se ha conseguido probar que las lesiones sufridas por la menor, hija de los actores, se produjeran durante el lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del centro, ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por

una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio respecto de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados.

Incongruencia: excepción de falta de personalidad de la Xunta de Galicia, no alegada: desestimación si procede confirmar la sentencia por otros motivos.—Es patente la incongruencia de la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la Consejería de la Xunta de Galicia, apreciando su falta de personalidad, aunque la misma no fue alegada al mantenerse rebelde en el proceso; pero procede la no estimación del recurso cuando ha lugar a la confirmación de la sentencia por otras razones. (**STS de 4 de junio de 1999**; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclaman los daños causados a una escolar al producirse el aplastamiento de su mano derecha por un compañero en el momento de cerrar una cancilla por la que penetraban en el recinto escolar, antes de comenzar las clases de la tarde. Demandados conjuntamente el Ayuntamiento y la Xunta, ésta permanece rebelde durante el proceso. Como los hechos se producen el 24 de abril de 1991, no hay cuestión sobre la posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sala 1.^a interpreta aquí restrictivamente el *dies a quo* del nacimiento de la culpa extracontractual de los responsables del centro, no considerándolo tal el hecho de entrar en el recinto escolar a través de una cancilla (se supone que lateral o accesoria). La realidad muestra que no es infrecuente el que se formen largas colas de menores a la puerta de los centros docentes; ¿habrá que esperar a que el alumno franquee el umbral de la entrada principal? ¿Deberán los padres acompañarles hasta ese preciso punto para entender traspasada la guarda de sus hijos a los profesores? ¿Deberá anunciarse en cada centro docente el punto exacto del edificio a partir del cual los profesores se hacen cargo de la guarda de los escolares? Ya se comprende que no respondiendo a un modelo único, o normalizado, la configuración de los centros docentes en España, la casuística es prácticamente ilimitada, y que la solución deberá adaptarse a las circunstancias. No sería inútil que, al comienzo del curso, la dirección señalara los límites espaciales y temporales dentro de los cuales se actúa la responsabilidad del artículo 1903, pár. 5.^º, CC. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: fallecimiento en anestesia total pre-operatoria: deber de información.—Aunque no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue *a priori* todo el vasto contenido del deber de información, como mínimo abarcaría, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, las ventajas e inconvenientes de la misma, sus riesgos, el proceso previsible del post-operatorio, y, por último, la residual situación ajena o al margen de tal intervención; en el presente caso, aunque un familiar del menor autorizó la intervención, aceptando los riesgos a ella inherentes, cabe concluir que no se cumplió con tal deber de información, en relación con la anestesia total que sufrió un joven de quince años para una intervención de vegetaciones.

Anestesia practicada por médico no especialista.—Incurre en responsabilidad el médico no especialista que practica una anestesia total, eludiendo cualquier prueba de tolerancia del anestésico empleado. (**STS de 13 de abril de 1999;** ha lugar.)

NOTA.—Aunque en ambas instancias se había desestimado la reclamación de una indemnización de treinta millones de pesetas por el fallecimiento de un menor, dirigida contra el facultativo y la clínica privada por cuya cuenta operaba éste, la sentencia con estimación del recurso de casación condena solidariamente a ambos por la suma solicitada. En los últimos años se reiteran demandas contra anestesiólogos, que han originado una interesante doctrina jurisprudencial (véase, por ej., S de 1 de diciembre de 1997, *ADC*, enero-marzo 1999, p. 503 s., relativo a un caso de fallo en el aparato de control, S de 29 de julio de 1998, *ADC* enero-marzo 2000, p. 371, conteniendo una minuciosa descripción del acto anestésico, incluyendo el deber de información, y S de 24 de mayo de 1999, en este mismo fascículo del *ADC*. (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: intervención quirúrgica de histerectomía con seccionamiento del uréter: *Lex artis ad hoc*.—La producción de una lesión en el uréter constituye una incidencia de relativa frecuencia en operaciones ginecológicas, por lo cual los médicos intervenientes en una operación de tal tipo han de actuar con la diligencia debida para evitar tal incidencia, o, cuando menos, para reparar en el transcurso de la misma operación, la lesión producida. La obligación de medios comprende: 1) la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica, de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta. En el presente caso los facultativos no actuaron conforme a la *lex artis ad hoc* para evitar esa frecuente y previsible incidencia, puesto que no sólo produjeron la sección del uréter, sino que no lo advirtieron hasta que las molestias postoperatorias de la paciente pusieron de manifiesto la existencia de la lesión. (**STS de 24 de mayo de 1999;** no ha lugar.)

NOTA.—En instancia ha sido condenado solidariamente el Instituto Catalán de la Salud, que también recurre en casación; la Sala 1.^a, antes de rechazarlo, advierte que el recurso interpuesto por éste, adolece de claras deficiencias (indeterminación de algunos motivos de los ordinarios del art. 1692 LEC, omisiones o imprecisiones respecto al precepto infringido, alegación de un motivo ya suprimido e incorrecta estructuración del escrito), no obstante lo cual entra en su estudio. La indemnización reclamada por la actora era de ciento diez millones de pesetas que se reducen a la más razonable de doce millones. Sentencia clara en su argumentación, y plenamente de aprobar en su fondo. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Transmisión de la propiedad en caso de subasta judicial.—La aprobación del remate en una subasta judicial equivale al perfeccionamiento de la operación pero la transmisión de la propiedad no tiene lugar hasta el otorgamiento de la escritura de compraventa del bien subastado.

Tercería de dominio. Carácter de tercero. Acreditación del dominio.—Los socios de una sociedad no son terceros respecto de la misma siempre que los bienes en litigio formen parte del patrimonio de la sociedad.

La acreditación del dominio sobre el bien objeto de tercería es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal de Instancia por lo que debe ser respetada su decisión en casación. (STS de 6 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A tenor de las sentencias recaídas como consecuencia de la reclamación de cantidad de *Promociones Inmobiliarias Lovaina, S. A.*, contra don Javier O. de A. P. de A. y don Jesús y don Javier O. de A. E. en concepto de aportación a los gastos de construcción de determinada edificación, se declaró que dicha edificación era propiedad de los demandados en virtud de adquisición originaria de dominio.

Por Auto de 17 de noviembre de 1987 se aprobó el remate de la adjudicación en tercera subasta del ya citado inmueble a favor de don Francisco Javier O. A., siendo parte ejecutada don Juan Ignacio y don Martín M. T. y *Promociones Inmobiliarias Lovaina S. A.* Posteriormente no fue otorgada escritura pública de compraventa.

El 22 de febrero de 1988 don Javier O. de A. P. de A. y don Jesús y don Javier O. de A. E. formularon demanda sobre tercería de dominio relativa a la vivienda en cuestión, contra don Juan Ignacio y don Martín M. T. y *Promociones Inmobiliarias Lovaina S. A.* Los demandados fueron declarados en rebeldía, mientras que el adjudicatario de la vivienda, don Francisco Javier O. A., suplicó al Juzgado se le tuviese por parte demandada al tener un interés directo en el pleito. La demanda fue estimada en primera instancia y recurrida en apelación por don Francisco Javier O. A., confirmando la Audiencia Provincial de Vitoria la sentencia del Juzgado.

NOTA.—El TS sigue en este caso concreto el mismo razonamiento aplicado en otras sentencias como la de 1 de septiembre de 1997. De hecho, a tenor del artículo 1533 LEC 1881, la tercería de dominio no se admitirá «después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiera, o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante». El precepto se refiere a supuestos en que la compraventa ya ha sido consumada por haber sido la propiedad transmitida al adjudicatario de la subasta; nuestro sistema sigue la teoría del título y del modo por lo que para la adquisición de la propiedad es necesaria, además del título, la entrega. En este caso concreto la escritura pública de compraventa, que en virtud del artículo 1462.II CC equivale a la entrega «si de la misma no resultare o se dedujese lo contrario», no se había otorgado todavía por lo que cabe concluir, tal y como hace el TS, que el adjudicatario no había adquirido la propiedad en el momento de la interposición de la tercería de dominio. La nueva LEC 1/2000 se remite en este punto concreto a

las leyes sustantivas en vez de explicitar los casos en que se transmite la propiedad tal y como hacía el artículo 1533 antes citado. El artículo 594 de la nueva ley dispone, de hecho, que la tercería de dominio respecto de unos bienes no prosperará si «el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». (B. F. G.)

48. Acción reivindicatoria. Las dudas sobre los linderos, creadas por el ocupante y poseedor sin título de una finca cuya identificación física y linderos constan registralmente, no pueden enervar la presunción de veracidad del asiento registral, que le releva de probar la concordancia entre la realidad y el Registro de la Propiedad.—Conforme a lo expuesto resulta que la «duda sobre los linderos», creada por el ocupante y poseedor sin título, se enfrenta a la supuesta «semiprobatio» del actor, otorgándole fuerza para enervar la «acción reivindicatoria», todo ello, con independencia de que no se haya practicado ningún deslinde administrativo según consta acreditado. Empero entiende esta Sala que estando definidos como están los linderos por los cuatro vientos de la finca reivindicada en las escrituras y acreditada la identificación física de la finca, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción ya que ésta ampara al titular «también con la presunción de que lo diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica, como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulam* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38, 40 y 41 LH (STS de 21 de marzo de 1953). El demandado, por tanto, asumía la carga de probar no sólo su título legítimo de ocupación (del que carece) sino también que los terrenos que ocupaba no eran de la propiedad de los demandantes, extremos que no pueden sostenerse apoyándose en unas “dudas sobre los linderos”, pues ello equivale a hacer responsable de la insuficiencia de pruebas a la parte contraria, con lo cual al desplazarse indebidamente la carga de la prueba se incurre en violación del artículo 1214 CC, lo que hace que prospere el motivo.»

Es poseedor de mala fe quien sigue ocupando terrenos ajenos tras un requerimiento para su desalojo.—La empresa demandada, por la misma naturaleza del hecho consistente en vertidos no autorizados en suelo ajeno, claramente ilícito y, en particular, a partir de la fecha del requerimiento que le fue hecho por el Ministerio de Obras Públicas y del acto de conciliación, formulado por los actores Sres. H. S. debe reputarse como poseedora de mala fe de los terrenos ocupados, con los efectos prevenidos por el artículo 455 CC. (STS de 31 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Parte de los terrenos de una finca son invadidos por el propietario de la colindante, que procede a verter en ellos desechos rocosos sin ninguna autorización. El propietario de la finca ocupada ilícitamente ejerce una acción reivindicatoria, ante la cual la parte demandada alega falta de acción y de legitimación pasiva, excepciones acogidas por la sentencia de primera instancia, que fue

confirmada en su fallo por la sentencia de apelación. Interpuesto el recurso de casación por los actores y apelantes, el TS declara haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

49. Comunidad de bienes. El comunero que está usando de la cosa común no puede mantener ese uso exclusivo frente al acuerdo en contra de la mayoría de los comuneros.—Pretender que un comunero no puede ser desalojado del uso de la cosa común, habiéndose acordado por mayoría comunal tal desalojo, no deja de ser una afirmación ilógica y carente de todo sentido, como proclama la S de esta Sala de 18 de febrero de 1987, que dice que la utilización de una finca por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 CC e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del mismo Código. Pero, sobre todo, decir que la operación particional de una herencia no es título suficiente para ejercitar la referida acción de desalojo, es ignorar lo que significa la comunidad hereditaria repartida idealmente entre todos los herederos.

La partición hereditaria y la concreción de los derechos hereditarios en cuotas determinadas, es base suficiente para ejercitar la acción de desalojo del bien comunal.—En razón a la partición efectuada los derechos hereditarios abstractos se convirtieron en cuotas de titularidad concretas, por lo que dicha partición es base suficiente para ejercitar la acción de desalojo del bien comunal, sobre el que los actores tienen la suma de cuotas mayoritaria y que estaba ocupada por la parte, ahora, recurrente. (STS de 30 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con base en el testamento de la causante, se genera una comunidad hereditaria entre varios miembros de una familia, aunque sólo dos de ellos permanecen en el uso de la cosa común. Realizada la partición y concretadas las cuotas hereditarias, la mayoría de los comuneros instan el desalojo del inmueble, demanda que es desestimada en primera instancia y acogida en apelación. La parte demandada interpone el recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

50. Comunidad de bienes. La regla general de divisibilidad de los bienes sujetos a comunidad presenta determinadas excepciones, entre las que se encuentra el caso de que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono corresponderá a todos los copartícipes. Esta circunstancia constituye un supuesto de indivisibilidad jurídica.—La regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional —las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios (SS de 5 de noviembre de 1924 y 28 de noviembre de 1957)—, por eso el Código autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes limitaciones: *a)* cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador, que no es el caso que nos ocupa; *b)* si la cosa resultase *inservible*, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (art. 401 CC), y *c)* si fuese esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algu-

nos de los copartícipes (art. 404 CC), en cuyo caso el legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido. A tales limitaciones cabe añadir la situación particular que para los edificios establece el párrafo segundo del artículo 401, en cuanto autoriza su división, siempre y cuando sus propias características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes, instaurándose entonces régimen de propiedad horizontal, con lo cual lo que se produce es transformación de la situación originaria de comunidad de bienes en la alcanzada de propiedad horizontal, que responde más bien a una división formal y autónoma material.

La declaración del precepto resulta abierta, pues no sólo permite incluir como supuestos de indivisión los que, atendiendo a las características estructurales o arquitectónicas, no hacen posible la división en aprovechamientos individualizados e independientes del total edificado, con salidas que se practiquen a elementos comunes o a la vía pública, sino también todos aquellos en los que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono se les impondrá a todos los copartícipes.

La sentencia recurrida no decretó que la casa fuera indivisible físicamente, como tampoco que de practicarse su división resultara inservible conforme a su destino, sino que atendió a las características y circunstancias concurrentes, sentando como hecho probado, dotado de firmeza casacional, que el edificio necesitaba, como actividad previa y necesaria a su adjudicación por lotes entre los condueños y para permitir su correcta utilización, llevar a cabo obra material de *rehabilitación*, que alcanzaría *elevado coste* y no resulta posible obligar a todos los comuneros (algunos no se personaron en el pleito) a pechar con las referidas obras subsanadoras del estado de abandono que afecta a parte del edificio.

Así las cosas nos encontramos ante supuesto de indivisibilidad jurídica, en la que subyacen criterios económicos. La jurisprudencia de esta Sala la ha aplicado a casos como el que nos ocupa, cuando la división a practicar origina necesariamente un gasto considerable entre los partícipes. (SS de 26 de noviembre de 1932, 11 de junio de 1976, 7 de marzo de 1985, 26 de junio de 1990, 25 de enero de 1993, 3 de abril de 1995 y 13 de julio de 1996).

La venta en pública subasta del bien communal no genera desequilibrio ni abuso alguno para los comuneros, que mantienen una misma igualdad jurídica ante ella.—El artículo 401 CC no excluye, pues ni lo refiere y menos lo prohíbe expresamente, la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica (S de 27 de diciembre de 1994), ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, la que no está preordenado lo sea a favor de uno de ellos, ya que puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta. (STS de 11 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Parte de los comuneros de un bien inmueble instan la disolución de la comunidad y la venta en pública subasta del citado bien, solicitando subsidiariamente que, de no acogerse este último pedimento, se disponga la división material de la finca en lotes separados para cada comunero, siendo este último pedimento el que

acogió la sentencia de primera instancia, que fue revocada por la de apelación, que ordenó la venta en pública subasta del inmueble. Ante esta última resolución interponen el recurso de casación los comuneros demandados y apelados, que pretenden la división en lotes de la finca, recurso al que declara el TS no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

51. Propiedad horizontal. La legitimación para otorgar y modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal corresponde al propietario del edificio, si éste es único, o a los copropietarios, si existe más de un dueño.—El título constitutivo de la propiedad horizontal se otorga por el único propietario del edificio, como negocio jurídico unilateral, cuyo sujeto es dicho propietario único, o bien se otorga por los copropietarios, si los hay, como negocio jurídico plurilateral (o acto de conjunto, *Gesamtakte*, en la doctrina alemana). Lo mismo, en caso de modificación del título. Todo ello viene establecido por el artículo 5 LPH cuyo párrafo 2.^º dispone claramente los sujetos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral; además del laudo o resolución judicial. La confusa referencia «al iniciar su venta por pisos» no alcanza al simple contrato sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo).

No es propietario quien únicamente tiene título, pero no modo y, por tanto, el comprador que aún no ha llegado a adquirir la propiedad, no puede otorgar ni modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal.—La entidad *Levante Ibérica S. S.* era única propietaria del edificio al tiempo, no sólo de otorgar el título constitutivo de propiedad horizontal, sino también la escritura de modificación del mismo; en esta segunda, había celebrado contrato de compraventa con don Tomás C., en documento privado y sin entrega de posesión; por tanto, título sin modo, por lo que éste no llegó a adquirir, todavía, el derecho de propiedad, según la doctrina del título y el modo que rige en nuestro Derecho. Al no ser copropietario, todavía, no tenía derecho, ni siquiera posibilidad, de concurrir al otorgamiento de escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, tan sólo el propietario único o los copropietarios (art. 5, segundo y último párrafos, LPH) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica). Así lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia.

La modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el promotor cuando no hay más copropietarios es acorde con el artículo 5 LPH, aunque puede dar lugar a responsabilidad por incumplimiento al suponer una alteración unilateral del contenido del contrato de compraventa de los pisos aún no entregados.—En conclusión, se reitera la doctrina de esta Sala en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación debe ser otorgado por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos en que los compradores no han adquirido el derecho de propiedad sobre los mismos, por tener el título (compraventa) pero no el modo (tradición real o simbólica). Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, ha infringido el artículo 5 LPH y debe ser casada. Sin embargo, en el campo del derecho de obligaciones, se había celebrado un contrato por el que la promotora había vendido al demandante un determinado piso, con la cuota de elementos comunes y si aquel vendedor

altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propiedad, está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación. (**STS de 30 de marzo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—La promotora de un edificio vende a un señor un piso y la parte correspondiente en los elementos comunes del edificio sin proceder a hacerle entrega del mismo, reservándose en el contrato el derecho a modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal y estableciendo un pacto de reserva de dominio. Poco tiempo después de celebrado el contrato, la promotora procede unilateralmente a modificar el título constitutivo de la propiedad horizontal atribuyendo a dos áticos el uso exclusivo de una azotea que en principio era de uso común de todos los pisos del edificio. El primer comprador demanda la nulidad de la modificación, así como de la transmisión exclusiva del uso de la azotea a los propietarios de los áticos. La demanda es acogida por la sentencia de primera instancia, que es parcialmente revocada por la de apelación. Interpuestos sendos recursos de casación, por el comprador del primer piso, y por el comprador de uno de los áticos implicados, el TS declara no haber lugar al primero de ellos y sí al segundo. (*L. F. R. S.*)

52. Propiedad horizontal y derecho de elevación. El derecho de elevación consagrado en el artículo 16 RH no puede establecerse para edificios en régimen de propiedad horizontal, porque ello contraría el principio de jerarquía normativa.—El artículo 6.^º LOPJ y otras normas básicas coincidentes ordenan a los Jueces y Tribunales que se abstengan de aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición, que se opongan a las leyes y al principio de jerarquía normativa. Por ello, esta Sala no puede conceder eficacia jurídica al artículo 16 RH porque este precepto se opone al Código civil y a la Ley de Propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 396 CC y 3 y 11 LPH.

El derecho de elevación es una realidad en la vida jurídica española y está consagrado en el artículo 16 RH; su establecimiento es correcto en algunos casos e incorrecto en los supuestos de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal.

Este derecho, tal como se programa en el artículo 16 RH, es incompatible con el Código civil y con la Ley de Propiedad Horizontal, y por tanto, su regulación es inaplicable al caso por contrariar al principio de jerarquía normativa.

La aplicación preferente del artículo 16 RH sobre el artículo 396 CC es inviable, puesto que el derecho de elevación tiene que hacerse efectivo sobre elementos comunes del edificio, para cuya disposición es preciso el consentimiento de la Junta de Propietarios.—Si hacemos pasar este último precepto por la piedra de toque del artículo 396 CC se advierte claramente que deviene inviable. El elevar plantas tiene que hacerse sobre el vuelo, sobre las cubiertas del edificio, que son elementos comunes y como tales pertenecientes proporcionalmente a todos los propietarios del inmueble una vez que el constructor haya enajenado las diferentes partes determinadas. Y por tanto, para apoyar en un elemento común es preciso contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios; si no, lo construido, por accesión, será otro elemento común, también perteneciente a todos los condueños.

Lo mismo cabe decir de la otra modalidad del derecho: la realización de construcciones bajo el suelo del edificio. El suelo y las cimentaciones son elementos comunes que pertenecen en copropiedad compartida a todos los vecinos, y a todos corresponderá, por accesión, lo que se construya subterráneamente ya que no se puede disponer aisladamente de los elementos comunes sin transmitir al mismo tiempo la propiedad de cada piso.

El que este derecho de elevación se mencione en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de los adquirentes de los apartamentos, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

El establecimiento del derecho de vuelo no puede conculcar el régimen instaurado por el artículo 396 CC.-El único motivo del recurso se basa en la vulneración del artículo 396 CC por parte de la sentencia recurrida. Indudablemente, un reconocimiento del derecho de vuelo, que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto y por ello es preciso casar la sentencia recurrida.

La condicionalidad subyace en el derecho de elevación.-La condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *conditio juris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.

Son nulas las disposiciones sobre los elementos comunes realizadas por quien carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios.-El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios. Y si éste, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley y por lo tanto nulas.

La copropiedad de los elementos comunes es inherente a la propiedad separada de los pisos en el régimen de propiedad horizontal, y por eso no puede disponer de tales elementos comunes quien no es dueño de ellos.-El artículo 396 CC es rotundo y transparente: la propiedad separada de cada piso o local lleva *inherente* un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes, como el suelo, el *vuelo*, *cubiertas*,... Las cubiertas (terrazas, azoteas, solados...) son elementos comunes y el *vuelo* que está por encima de ellas, también. Y cada piso (como parte integrante o inherente a él) ostenta una cuota sobre esos elementos comunes, de la que no puede ser privado por decisión arbitraria del constructor (antiguo dueño) que carece de derechos actuales sobre el inmueble.

Al edificar dos áticos en alguna forma se está parcelando la azotea, violentando otra de las normas imperativas del artículo 396 CC: «las partes en copropiedad no son en ningún caso *susceptibles de división* y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas junto con la parte determinada *privativa* de la que son *anejo inseparable*».

Si las terrazas y el vuelo sobre ellas son anejo inseparable de los pisos, es evidente que quien no sea dueño de ellos no puede enajenarlas, ni gravarlas, ni afectarles ninguna forma.

El artículo 396 CC es norma imperativa no derogable por la voluntad privada.—El artículo 396 CC establece de forma imperativa, que la propiedad de cada piso llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y por tanto, no está permitida una regulación que se oponga a esta estricta normativa. Si los elementos comunes son inherentes (por cuotas proporcionales) a todos y cada uno de los pisos o sólo a algunos, es evidente que la disponibilidad sobre el uso de los mismos no se puede sustraer al conjunto de los propietarios.

La legitimación para otorgar el derecho de elevación corresponde a los copropietarios, a título oneroso o lucrativo.—El derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título lucrativo. (**STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—El propietario de un piso demanda al promotor del edificio que se había reservado un derecho de elevación sobre la azotea del mismo, en la que efectivamente construyó dos áticos. La petición de demolición de lo construido y de reconocimiento del derecho de disfrute de todos los comuneros sobre la azotea es desestimada tanto por la sentencia de instancia, como por la de apelación, pero es finalmente acogida por el TS en sede de casación. (*L. F. R. S.*)

53. Propiedad horizontal. No todo lo que se apoya en un elemento común es común.—No puede sostenerse, como hace la comunidad recurrente, que todo lo que apoya en un elemento común es también común de los copropietarios. Una afirmación maximalista de este tipo Yugularía el neto concepto de la Propiedad Horizontal. Los pisos privativos siempre tienen que estar enmarcados entre forjados comunes y muros comunes, pero, no obstante, constituyen una propiedad exclusiva y excluyente. Es el caso de los altillos que se sustentan sobre la portería o sobre la rampa de garaje. Cada piso, cada planta, tiene que cimentarse en un elemento común. La ley de la gravedad impide que puedan mantenerse en el vacío y por ello todos los pisos y plantas están interrelacionados.

Si se ha consentido inicialmente en la realización de determinadas obras sobre los elementos comunes de una propiedad horizontal no se puede arguir posteriormente que falta el consentimiento de todos los propietarios.—Según acta suscrita el 1 de octubre de 1986 todos los propietarios del edificio prestaron su conformidad a que don Alfonso P. construyese (a sus expensas) los treinta y un trasteros, que serían adquiridos gratuitamente por todos los copropietarios.

El artículo 11 LPH (refrendando lo establecido en el art. 5) es terminante: «La construcción de nuevas plantas (en nuestro caso los trasteros) y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio (los altillos en principio) o en las cosas comunes (la modificación de los pilares) afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo».

En aplicación de este precepto se exigió por don Alfonso P. el consentimiento de los titulares de los diferentes pisos y locales, según hemos constatado en los considerandos que preceden, tanto para alterar la conformación de las pilastras, como para construir los trasteros, no siendo necesario el

refrendo para implantar los altillos: en efecto, el artículo 8 LPH exige la aprobación de la Junta de Propietarios para aumentar *un piso o local* mediante la agregación de *otros* (pisos o locales) colindantes del mismo edificio; pero este requisito no puede postularse en el caso de los altillos interiores, que no tenían la consideración anterior de *pisos*, ni de *locales*, ni constituyan unidades preexistentes de la finca, ni tenían número propio, ni inscripción independiente, ni cuota preasignada. (**STS de 9 de junio de 1999**; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demanda al constructor del mismo para que proceda a demoler determinadas obras realizadas, según la comunidad, unilateralmente por él y sin consentimiento de aquélla. El Juzgado acoge las pretensiones de la comunidad, que son desestimadas en sede de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por ésta frente a la sentencia de apelación. (*M. C. B.*)

54. Propiedad intelectual. Los derechos de autor integran un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima, porque derivan de un hacer humano en el que se integran contenidos económicos y derechos morales. El concepto de plagio se refiere a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales.—Esta Sala tiene declarado, en S de 28 de enero de 1995, cuya doctrina es de aplicación al supuesto del debate, que «la naturaleza jurídica de los derechos de autor resulta debatida, pero no se puede desconocer su aspecto de integrar un efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima, como sostiene algún sector doctrinal, ya que, en todo caso, proviene y deriva del hacer humano, donde se integran contenidos económicos, con el añadido de derechos morales, de tal manera que su dimensión opera personal y patrimonialmente en línea de concepción paleomonista. Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio». Y la misma sentencia argumenta que «las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales». (**STS de 23 de marzo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—Dos periodistas, autores de un reportaje con fotografías de determinado personaje público, demandan a cierta revista, grupo editorial y personas responsables de los mismos, por el

plagio de ese reportaje, que fue publicado por otra revista distinta de aquélla para la que inicialmente y en exclusiva se elaboró. En virtud de esos hechos, reclaman el reconocimiento de su autoría y una indemnización económica. La sentencia de primera instancia desestima la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por los actores, declarando la existencia del plagio y condenando a los demandados a pagar una indemnización menor de la pedida por los actores-recurrentes. Contra la sentencia de apelación, se interponen varios recursos de casación, tanto por parte de los demandantes-apelantes, como por parte de los demandados-apelados, algunos de los cuales son estimados por el TS, con base, principalmente, y salvo el extractado, en argumentos procesales. (*L. F. R. S.*)

55. Acción negatoria de servidumbre. No puede denunciarse la incongruencia de la sentencia cuando en la contestación a la demanda en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre se encubre una tácita reconvenCIÓN en la que se ejerce una acción confesoria de servidumbre.—Si se ejerce una acción negatoria de servidumbre, oponiéndose al pretendido derecho de servidumbre de acueducto y aprovechamiento de las aguas que discurren por el mismo, lo que se postula por la parte demandada, en cuya contestación se insta, que se reconozca el derecho de la misma, por las razones que se indican, es claro, como se dice, acertadamente, por la Sala sentenciadora, en su FJ 6.^º, que, en la práctica, lo que se está planteando es el prevalecimiento de una acción confesoria de la misma, debiendo pues, ratificar en un todo, cuanto se especifica en su FJ 5.^º *in fine* y FJ 6.^º, esto es, que en esa oposición de la demandada a la acción negatoria implícitamente planteada, late una especie de reconvenCIÓN tácita en la que se ejerce una acción confesoria y por lo tanto, la Sala está en su perfecto derecho de examinar, si existen los presupuestos inherentes conforme a la normativa vigente, para determinar, si por parte de la demandada, se tiene derecho al aprovechamiento del agua, que circule sobre el acueducto en cuestión y que proceda del manantial de la finca de la actora; por lo tanto, el motivo debe rechazarse.

La servidumbre de acueducto no determina la adquisición por prescripción del derecho de aprovechamiento del agua.—Por parte de la Sala *a quo* se demuestra que el pretendido aprovechamiento de la parte demandada no es de carácter inmemorial, ni es tan prolongado como afirma, destacando que las instalaciones existentes significan un signo aparente de servidumbre ya existente al tiempo que fue adquirida por los actores; que habida cuenta que la servidumbre de acueducto es continua y aparente, y lo dispuesto en los artículos 537, 557 y 561 CC, es evidente que la existencia de tal servidumbre de acueducto, a los efectos del modo adquisitivo por prescripción, en modo alguno, consolidaría un derecho de aprovechamiento del agua, si previamente no estaba en su patrimonio; esto es, una cosa es, la existencia de tal acueducto y otra, efectivamente, la existencia del derecho al aprovechamiento del agua, por lo que no puede aceptarse la afirmación de la demandada de que el derecho de aprovechamiento le proviene desde hace más de cincuenta años, puesto que dicha alegación, «resulta insuficiente y estéril», ya que al margen de la prescripción de la servidumbre de acueducto, en modo alguno, ello determina el derecho al uso particular de las aguas disputadas.

Relaciones entre el Código civil y la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, en lo referente a la prescripción del aprovechamiento de aguas de

dominio público.—En cuanto a la naturaleza de las aguas, que discurren por ese dicho acueducto y que derivan del manantial de la propia actora, es en el FJ 7.º, donde se califican, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 407, núm. 2, CC, como de dominio público el recaer en aguas continuas y discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces, y que también en su núm. 3, se califican como públicas las aguas que nazcan o continúan o discontinuamente en predios de particulares desde que salgan de dichos predios, (todo ello a propósito del dominio de las propiedades especiales); lo que constituye la impresión en negativo de lo ordenado en el artículo 408.1 del mismo texto legal, —sic— a la misma solución se alcanzaría consultando el artículo 2 de la vigente Ley de Aguas de 1985; la Sala, pues, insiste que conforme a lo dispuesto en su DD 1.ª de la Ley se derogaron los artículos 407 a 425 CC, en materia de propiedades especiales en relación con las aguas, en todo aquello que se oponga a lo establecido en la presente ley; partiendo pues, de la calificación que dichas aguas son de dominio público, o aguas públicas, su aprovechamiento —FJ 8.º— sólo pueden provenir, partiendo de la legislación anterior del artículo 409.2.º, a través de la concesión administrativa o por prescripción de veinte años; y una vez que se demuestre que en caso alguno ha existido tal concesión (puesto que del contenido de la certificación de la Junta de aguas, de 10 de enero de 1935, no resulta acreditada la entidad entre éstas y las inscritas —FJ 7.º—) se razona, que si por la parte demandada se pretende ese aprovechamiento de las aguas por la prescripción de veinte años, a tenor del citado núm. 2 del artículo 409 CC, tal posibilidad, pugna con la vigencia de la actual normativa de la Ley de Aguas de 1985, en su artículo 50, núm. 2, no se admite la prescripción del aprovechamiento de aguas de dominio público; que por lo tanto, teniendo en cuenta esa dualidad normativa, es preciso acudir a la respectiva DT 1.ª de la Ley, en la que se sanciona que el derecho correspondiente conforme a la normativa del Código civil, seguirá manteniéndose en cuanto se acredite que la titularidad del aprovechamiento de aguas públicas, proviene en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada; descartándose pues la concesión administrativa, tampoco se ha acreditado dicha prescripción, y en este caso, es aplicable a la DT 1.ª, núm. 2, en donde se prescribe al respecto, que podrán legalizarse dichos aprovechamientos si se acredita por acta de notoriedad siempre y cuando se practiquen en el plazo de tres años. (STS de 29 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una finca ejercitan una acción negatoria de servidumbre de aguas y conducciones frente a la propietaria de un fundo pretendidamente dominante. La negación de la servidumbre fue desestimada por el Juzgado, que en su sentencia consideró existente una servidumbre natural de aguas y adquirido por prescripción un derecho de aprovechamiento de las mismas a favor del fundo de la demandada. Esta sentencia fue revocada por la de apelación, ante la cual interpuso la demandada-apelada recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

56. Préstamo con garantía hipotecaria. Nulidad de la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios.—En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El artículo 1255 CC consagra en

nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes.

Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código civil y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 CC: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho....».

En los préstamos hipotecarios no se produce pérdida del plazo.—La principal obligación del mutuatario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1125 CC las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1129 CC establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Condena a indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento.—Procede condenar al Banco a indemnizar a *Promotora F. S. L.*, por los daños y perjuicios que se le han ocasionado y al abono de los intereses legales de dichas sumas y de las costas causadas, porque dichos perjuicios provienen del hecho de que el Banco Hipotecario incumplió la obligación contractual de poner a disposición del recurrente las sumas de las que no había dispuesto en su día la hipotecante y por cuanto, de conformidad con el artículo 1269 CC, puede estimarse como dolosa la actuación de los representantes del banco al inducir a *Promotora F. S. L.*, a hipotecar las fincas que detentaba libres de cargas bajo la sugerión de que en el futuro podría disponer de unas sumas cuya obtención luego se obstaculizó reiteradamente. (STS de 27 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad promotora se subroga en un préstamo con garantía hipotecaria que otra sociedad mercantil había concertado con determinada entidad bancaria, a cambio de que el Banco le entregara las cantidades aún no dispuestas del citado préstamo. La entidad bancaria admite la subrogación, pero no entrega el resto de las cantidades pendientes, y procede a declarar la resolución anticipada del préstamo por su propia voluntad, obligando con tal actitud a la nueva deudora a solicitar una nueva financiación externa para evitar que la garantía hipotecaria se hiciera efectiva sobre los bienes afectados por ella. Ante esta situación demanda la resolución por incumplimiento de la subrogación en el préstamo hipotecario, así como una indemnización por daños y perjuicios, pretensión que sólo fue acogida en este último extremo por el Juzgado. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el Banco. La promotora interpone el recurso de casación al que el TS declara haber lugar. (*L. F. R. S.*)

57. Tercería de mejor derecho. La jurisprudencia declara unánimemente que la garantía de la anotación preventiva de embargo hace preferente el crédito del que dimana el embargo frente a los créditos y actos dispositivos contraídos con posterioridad a su fecha. Esa uniformidad jurisprudencial se rompe a la hora de establecer los criterios de prefe-

rencia para el caso de que el crédito anotado fuera posterior a un crédito hipotecario inscrito después de la anotación, lo que obliga a la Sala a la integración del *factum*.—Del examen de los artículos 1923 y 1927 CC, puede deducirse que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo cobra preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente esta Sala que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación» (aparte de otras, SSTS de 14 de junio de 1988, 7 de abril de 1989, 12 de febrero de 1992, 4 de mayo de 1994, 6 de junio de 1996 y 5 de noviembre de 1997), y esta posición es uniforme en la doctrina jurisprudencial, que, sin embargo, ha mantenido diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de la anotación.

En el supuesto referido al final del párrafo precedente, para las SSTS de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973, con base en que la anotación de embargo goza de la prioridad dimanante de su fecha en relación con los gravámenes posteriores, y como la hipoteca es una figura que sólo se produce mediante la inscripción, hasta tanto no se verifique no existirá el crédito hipotecario, y si su inscripción es posterior a la anotación, ésta prevalecerá; posteriormente, las SSTS de 21 de febrero de 1975 y 5 y 19 de octubre de 1981, a partir de la estimación de que la anotación únicamente da preferencia al crédito anotado sobre los contraídos con posterioridad, consideran que el crédito hipotecario, aunque inscrito después, se antepone a aquél.

En la coyuntura del debate, para resolver la problemática, se precisa «la integración del *factum*», que se produce cuando la Sala de Casación completa la relación fáctica con datos cuya constatación resulta imprescindible para la atribución de un determinado efecto jurídico y que puede tener lugar como resultado de la casación de la sentencia recurrida.

A todos los efectos, a tenor del artículo 24 LH, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación.—Es de observar que la anotación preventiva de embargo fue verificada un día después de la presentación de las escrituras públicas de crédito hipotecario y complementaria antes referidas en el Registro de la Propiedad.

Centrada así la cuestión, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 24 LH, en virtud del cual se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, lo que determina la preferencia del crédito hipotecario sobre el piso hipotecado, según establece el artículo 1923.3 CC. (STS de 12 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de *leasing* incoa un juicio ejecutivo contra unos deudores suyos, en cuyo seno intenta hacer efectivo su crédito sobre determinado bien inmueble de dichos deudores, pre-

via anotación de embargo. Frente a esta pretensión, una entidad bancaria interpone la tercera de mejor derecho, basándose en la existencia anterior a su favor de un crédito hipotecario sobre el mismo piso. En primera instancia se declara el mejor derecho de la entidad bancaria, resolución que resulta revocada en sede de apelación. La entidad bancaria interpone recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (*L. F. R. S.*)

58. Procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca. Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario.—El citado procedimiento extrajudicial se opone, desde la perspectiva de su legitimidad constitucional preconstitucional al artículo 24 CE, «que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del artículo 117.3, cuyas conexiones con aquél revelan una gran interdependencia, tanto más, cuanto, de acuerdo con el artículo 53.a) CE, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 199/1987, de 16 de diciembre).

Competencia exclusiva de los órganos judiciales para la titularidad de la potestad de ejecución.—La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del «Poder Judicial» directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del Juez, línea reforzada por el señalado precepto de la Constitución Española y los concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según explica, además, entre otras la STC núm. 167/1987, de 28 de octubre, al declarar «que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3». (STS de 20 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Varias sociedades mercantiles demandan la nulidad de todas las actuaciones habidas en el seno de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca seguido en una Notaría a instancia de otras sociedades. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, desestiman la demanda inicial y el ulterior recurso de apelación interpuesto por las ejecutadas, por lo que interponen el recurso de casación ante el TS, al que éste declara haber lugar dada la inconstitucionalidad sobrevenida de dicho tipo de procedimiento de ejecución. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

59. Separación de hecho y sociedad de gananciales. La separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia. Es contraria a la buena fe y constituye abuso del derecho la reclamación de uno de los cónyuges de derechos sobre bienes adquiridos por el otro durante la

situación de separación de hecho.—Reiterada doctrina de esta Sala (contenida no sólo en las dos sentencias anteriormente referidas, sino también en otras más recientes, como las de 23 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1998), que aquí se ratifica, la de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.1 CC), y que rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitarse un aparente derecho más allá de sus límites éticos.

El arrendamiento de un bien ganancial por tiempo inferior a seis años tiene naturaleza de acto de administración y, como tal, es válida su realización por parte del cónyuge a cuyo nombre figure el bien o en cuyo poder se encuentre.—Por un lado, ha de tenerse en cuenta que son válidos los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1384 CC). Por otro lado, no puede desconocerse que los arrendamientos de bienes inmuebles, por tiempo que no exceda de seis años y que no sean inscribibles, tienen carácter de actos de administración, según reiterada doctrina de esta Sala (SS de 5 de marzo de 1982, 8 de octubre de 1985, 30 de marzo de 1987, 7 de marzo de 1996, por citar algunas).

Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial, sin perjuicio del crédito que pueda ostentar uno de los cónyuges frente a la sociedad por los gastos de conservación del bien que los haya producido.—Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales (y los privativos) tienen una indudable naturaleza ganancial (núm. 3.º del art. 1347 CC), sin que pueda hacerles perder dicha condición, ni el hecho de que el arrendamiento lo haya concertado uno solo de los cónyuges (en este caso, la esposa), ni la circunstancia de que la esposa haya venido atendiendo, con su dinero privativo, al pago de los gastos de todo tipo originados por dichos bienes gananciales, ello sin perjuicio del crédito que, en este último caso, corresponda a la esposa contra la sociedad de gananciales por los gastos que haya pagado en dicha forma, cuyo crédito habrá de incluirse, como pasivo, en el inventario, al practicar la liquidación de la expresada sociedad de gananciales. (STS de 24 de abril de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes del litigio son los cónyuges de un matrimonio separado de hecho. Estando en esa situación, que se prolonga durante más de veinte años, la esposa adquiere un piso y procede a arrendar la casa y el huerto que constituyan el único bien ganancial del matrimonio. El marido pide la disolución de la sociedad de gananciales, la consideración del piso adquirido por la esposa como bien ganancial y la declaración de nulidad del arrendamiento unilateralmente pactado por ella. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación acogen parcialmente la demanda en lo relativo a la disolución de la sociedad de gananciales. Interpuesto el recurso de casación por el demandante, el TS declara haber lugar parcial-

mente al mismo, declarando la ganancialidad de las rentas obtenidas con el arrendamiento del bien de igual naturaleza. (M. C. B.)

60. Sociedad de gananciales. La responsabilidad de la esposa del fiador solidario de una póliza de crédito con sus bienes gananciales depende de la efectiva calificación previa de la deuda como consorcial, circunstancia que, a tenor del artículo 1401 CC, actúa como presupuesto necesario para obligar a la esposa. La sentencia que declara la responsabilidad de los bienes gananciales de la esposa sin que se haya debatido en el proceso la ganancialidad de la deuda resulta incongruente. No cabe admitir por sistema que la esposa actúa siempre como cómplice de su cónyuge en las situaciones de insolvencia y defraudación de acreedores que éste provoca.—En concreto, la cuestión debatida viene a estar conformada por el dato fáctico de que el esposo de la recurrente con otras dos personas más afianzó solidariamente, con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y previa excusión, la póliza de crédito otorgada por el Banco Pastor a la mercantil *Redoma, S. A.* —de la que eran socios los demandados—, en fecha 8 de agosto de 1990, por ocho millones de pesetas, que no fueron pagados, y lo que se trata es que la que recurre abone la deuda pendiente con su haber ganancial.

La entidad bancaria dicha no planteó ni integró en el *petitum* de su demanda que se declarase que el afianzamiento prestado por el marido constituyía efectiva deuda ganancial o deuda de la sociedad como exige el artículo 1401 CC, lo que actuaba como necesario presupuesto para obligar a la esposa. Lo que se viene a llevar a cabo es equiparamiento de ésta a la condición de efectiva fiadora solidaria.

La resolución de la cuestión de incongruencia planteada exige tener en cuenta la profunda reforma introducida en el Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, sobre el régimen económico matrimonial, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada, conforme a principios constitucionales, con lo que alcanzó situación de igualdad y gestión con el varón, y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial, superando la casi plena disponibilidad que la legislación anterior y tradicional atribuía al marido, ya que era monopolizador de los bienes gananciales, como «jefe de la familia» (arts. 1412, 1413, 1416 y concordantes del Código civil que resultaron derogados). No cabe admitir por sistema que la esposa actúa siempre como cómplice de su cónyuge en las situaciones de insolvencia y defraudación de acreedores que éste provoca, como tampoco la jefatura absoluta alguna del caudal matrimonial (art. 66 CC).

La reforma legal impuso a la jurisprudencia de esta Sala la necesaria adaptación al texto vigente, y con ello, entre otras situaciones, superar el concepto de actuación en interés de la familia —a veces resultaba identificada con los intereses de los acreedores, sobre todo si éstos eran entidades bancarias—, para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales, por la atribución a sus deudas de la condición de ganancialidad (SS de 4 de mayo de 1968, 14 de mayo de 1984, 21 de diciembre de 1985, 28 de marzo de 1989 y 15 de marzo de 1991, entre otras), y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal.

Conviene puntualizar que es efectiva deuda ganancial cuando la contraen conjuntamente ambos esposos o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (arts. 1367 y 1369), así como en los casos en los que el mari-

do o la mujer fueran comerciantes (art. 1365), al remitirse el Código civil al de comercio (arts. 6, 7, 11 y 12), con lo cual la validez de la fianza prestada por el marido obliga directamente a la sociedad de gananciales si no consta oposición de la esposa al ejercicio mercantil profesional de aquél (SS de 29 de diciembre de 1987, 5 de febrero de 1991, 6 de junio de 1994 y 10 de noviembre de 1995).

Estos supuestos no los tuvo en cuenta la sentencia recurrida, pues no contiene declaración alguna de hechos probados en tal sentido, sin perjuicio de las aportaciones doctrinales que expone, ya que lo que definitivamente sienta es que se trataba de efectiva deuda ganancial, con lo que se alcanza la declaración a la que atiende el Tribunal de Instancia.

La decisión juzgadora, que se impugna, como ya se deja advertido, exige que se hubiera planteado en la demanda que creó el pleito la declaración de deuda ganancial del afianzamiento de referencia, pues de esta manera quedaría constituida paritariamente la controversia, al facilitar a la recurrente, como parte procesal demandada, poder discutir la cuestión y sobre todo si resultaba de encaje legal en el artículo 1365, que decreta la responsabilidad directa de los bienes gananciales frente a los acreedores, cuando las deudas contraídas por uno de los esposos provienen del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o administración ordinaria de los bienes propios, toda vez que, si bien el artículo 1362.4.^º se refiere literalmente a la «explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge», el precepto juega a efectos de determinar los gastos que son carga del patrimonio ganancial y su operatividad jurídica se produce en la responsabilidad interna y determinación del pasivo definitivo, en cambio el 1365 actúa hacia el exterior, en proyección a la defensa de los derechos de los acreedores por las deudas contraídas por uno de los cónyuges.

Dicho precepto 1365, aunque aquí no se plantea, no obstante sí conviene decir que cabía ser discutido procesalmente, lo que en este asunto se omitió, y no obstante la sentencia recurrida lo tuvo en cuenta, en relación al alcance de lo que se debe entender «ejercicio ordinario», que equivale a lo que es usual, repetido, acostumbrado, habitual, es decir a lo que se presenta como común, corriente y normal, y con ello sí procede encuadrar en la expresión la prestación de un afianzamiento, en las condiciones tan onerosas como el que llevó a cabo el esposo de la recurrente, aunque lo fuera a favor de una sociedad de la que eran partícipes, atendiendo que con ello se incurría en la responsabilidad universal patrimonial que establece el artículo 1911 CC (en relación con el 1822), resultando desbordados los intereses familiares-gananciales.

Lo que se deja estudiado determina que haya de apreciarse la incongruencia denunciada, al haberse decidido sobre cuestión no debatida en la contienda procesal y resultaba ineludible, ya que no se trata de precisiones decisorias complementarias o que el fallo se extienda a aquellos extremos, que aun no solicitados por las partes, se presentan como derivados y consecuentes lógicos de lo pedido y permitan la ejecutoria (SS de 1 de octubre de 1992 y 1 de julio de 1993), sino de efectiva alteración de la *causa petendi*, al plantear la demanda como si la recurrente fuera la efectiva avalista, cuando no firmó la póliza ni consta demostrado hubiera prestado a su esposo consentimiento alguno, que fue quien se obligó directa y personalmente.

Se produce incongruencia cuando se altera la causa de pedir y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas que no pueden ser atendidas en virtud del principio *iura novit curia*.—La incongruencia se

produce si se altera la causa de pedir y se sustituyen las cuestiones planteadas por otras distintas, sobrepasándose los límites del principio *iura novit curia* (SS de 20 de julio de 1990, 8 de enero de 1992, 8 de junio de 1993 y 6 de marzo de 1995), que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, lo que determina que el motivo se acoja y prospere el recurso. (**STS de 27 de marzo de 1999; ha lugar.**)

HECHOS.—Tres personas, socios de una sociedad mercantil, prestan aval solidario a una póliza de crédito a favor de la sociedad en cuestión. Ante la desatención del título, el Banco acreedor demanda solidariamente a los tres avalistas y a la esposa de uno de ellos. Ésta es absuelta de todos los pedimentos en primera instancia, pero la sentencia de apelación la condena a atender la deuda hasta el límite de su haber ganancial. Planteado el recurso de casación por la condenada en apelación, el TS casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado, basándose en la incongruencia de la sentencia de apelación, ya que el Banco acreedor no había instado la previa declaración de ganancialidad de la deuda. (*M. C. B.*)

61. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. El hecho de que la hija alcance la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso no impide que se prorrogue la legitimación activa de la madre, cuando la hija no se opone al reconocimiento.—Ya esta Sala, sin embargo, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestión semejante (STS de 22 de marzo de 1999) reiterando la doctrina anterior (STS de 29 de abril de 1994), que establece: «frente al criterio de que es el hijo, en realidad quien tiene legitimación y no la madre que no puede reclamar en nombre propio, la legitimación activa de la madre para reclamar se basa en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala». El problema, por ello, enseña la referida S de 22 de marzo de 1999 ya citada, «no reside tanto en una cuestión de cese de la representación legal, por mayoría (*sic*, de edad) de los hijos, como en una prórroga de la legitimación, “en virtud del principio de la *perpetuatio legitimationis*” (STS de 15 de marzo de 1991), perfectamente admisible, cuando como en el caso presente, no consta oposición expresa de la hija a tal reconocimiento. En consecuencia, decae el motivo».

La negativa a someterse a las pruebas de paternidad no constituye *ficta confessio*, pero sí un valioso indicio que unido a otras pruebas, como puede ser un documento privado en el que el demandado se comprometía a reconocer la futura paternidad, permite declarar la filiación.—No repara el recurrente, que conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque no pueda atribuirse a dicha negativa valor de *ficta confessio*, sí equivale a un valioso indicio que conjugado con otros medios de prueba, como es el señalado, permite declarar la filiación (STS de 11 de marzo y 12 de abril de 1988, entre otras muchas). Por lo tanto, fenece el motivo.

Para probar la convivencia o las probables ocasiones para la procreación basta con la existencia de elementos de prueba indiciarios, que no han de ser plenos.—Por las razones ya expuestas decae asimismo la última causa impugnatoria (motivo tercero, art. 1692.4 LEC) que se apoya, exclusivamente, en sentencias de esta Sala, desde luego, mal interpretadas por el recurrente, dado que, conforme se ha afirmado tal indicio valioso cuya importancia acentúa cada vez más la más reciente jurisprudencia, puesto en cone-

xión con otros elementos de prueba, —que no tienen que ser plenos, sino también indiciarios—, de las que verosímilmente se colija la relación convivencial con la pareja o las probables ocasiones procreadoras, son suficientes para declarar el referido reconocimiento, tanto más cuanto en el caso el recurrente ya estaba dispuesto a reconocer al hijo, si la gestación llegaba a buen fin. (**STS de 11 de mayo de 1999; no ha lugar.**)

HECHOS.—La madre de una menor que alcanza la mayoría de edad durante el proceso, ejerce una acción de reclamación de filiación contra un señor, al que ambas sentencias de instancia declararon padre de su hija. Éste interpone el recurso de casación que es desestimado. (*M. C. B.*)

62. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. La casación no es una tercera instancia revisora de toda la prueba, sino que su función es sólo corregir posibles errores de derecho en la valoración de la misma.—El motivo se desestima obviamente por lo que respecta a este último extremo, pues se olvida que la casación no es una tercera instancia donde se pueda examinar todo el material probatorio de nuevo por esta Sala, sino que la misma sólo ha de corregir los errores de derecho que pudieran haberse cometido en la instancia al realizar la valoración antedicha, para lo cual han de citarse los preceptos atinentes a ella que se reputen infringidos y las razones en que se base la acusación. Nada de esto se hace, sino que se sustituye por un mero alegato de instancia.

La doctrina de la Sala 1.^a del TS admite la validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su procurador.—Así las cosas, es patente que el procurador del demandado, hoy recurrente, no fue más que un mero nuncio o portador de la voluntad de su representado, no formó o sustituyó con la suya la de éste, además de que la actual doctrina de esta Sala (SS de 13 de diciembre de 1994 y 7 de octubre de 1995) admite la validez de la negativa expresa de la parte a someterse a las pruebas biológicas de determinación de la filiación, hecha a través de su procurador.

Según reiterada jurisprudencia, no puede descomponerse la valoración conjunta de la prueba.—El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4 LEC, cita como infringido el artículo 1228 CC, pues unas tarjetas de visita no pueden contener sino meros detalles de cordialidad. El motivo se desestima. La Audiencia no ha extraído su conclusión de modo exclusivo de lo escrito en las tarjetas, sino que ha valorado su contenido de acuerdo con las demás pruebas. El recurrente quiere descomponer el conjunto y ello lo prohíbe la reiterada jurisprudencia de esta Sala, además de que es inútil, pues aun no dando valor probatorio a las tarjetas, quedaban en pie las restantes pruebas.

La prueba testifical no es impugnable en casación.—El motivo se desestima pues es constante la jurisprudencia de esta Sala en su doctrina de que la prueba de testigos no es impugnable en casación (SS, entre otras, de 20 de diciembre de 1991, 11 de abril de 1992, 12 de septiembre de 1996 y 17 de abril de 1997).

Uma sentencia, por su propia naturaleza y finalidad, no puede infringir el artículo 5.4 LOPJ.—El motivo se desestima. Ante todo, es obviamente extravagante la cita del artículo 5.4 LOPJ, pues no puede cometer nunca la sentencia una infracción del mismo por su propia naturaleza y finalidad. Por otra parte, se olvida que la negativa del recurrente a someterse a las pruebas

biológicas no las fundamentó en primera instancia en ninguna necesidad económica, sino en los perjuicios sociales y familiares que le pudiera reportar el hacerlo, y que no estaba obligado por no haber tenido relaciones sexuales con la actora.

Según el TC, el mandato judicial de someterse a las pruebas biológicas de paternidad no lesiona ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad, sobre los que prevalecen el interés social y el orden público subyacentes en las declaraciones de paternidad.—La obligación de someterse a las pruebas biológicas, cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, ha sido mantenida por la jurisprudencia del TC por prevalecer el interés social y orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose con ello ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad (S de 17 de enero de 1994), doctrina que esta Sala ha seguido en sus sentencias, entre otras, de 29 de abril y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995. De acuerdo con la misma, son rechazables las excusas del recurrente para no cumplir con su obligación en este proceso.

La negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad es un indicio que no tiene valor de *ficta confessio*, y que ha de valorarse junto con el resto de las pruebas.—También son rechazables, por las razones expuestas al desestimar el motivo anterior, las alegaciones a favor de la pretendida naturaleza personalísima de la negativa, y el que la sentencia recurrida haya dado valor de confesión a la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas. Basta la lectura de la sentencia recurrida para apercibirse de que aquella negativa no pasó de ser un indicio que se valoró con el resto de las pruebas para dictar el fallo contrario al recurrente. (STS de 28 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor ejerce una acción de reclamación de filiación contra un señor, al que ambas sentencias de instancia declararon padre de su hijo. Éste interpone el recurso de casación que es desestimado. (*M. C. B.*)

DERECHO DE SUCESIONES

63. Acción de nulidad de testamento. La falsa declaración del testador de no saber firmar, acarrea la nulidad del testamento.—Ciertamente, como prescribe el artículo 687 CC, la nulidad de las disposiciones testamentarias es una sanción aparejada al hecho de que no se hubiesen observado las formalidades establecidas para las distintas modalidades de los testamentos, cuyo cumplimiento es absolutamente necesario y ciertamente, también, que, conforme a constante jurisprudencia, constituida, entre otras, por las sentencias reseñadas en el motivo del recurso, si el testador manifiesta no saber firmar y su aserto es mendaz, el testamento quedará viciado de nulidad, de aquí, que la realidad de semejante falsedad se encuentra condicionada al resultado probatorio, lo cual, como se desprende de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, no ha quedado acreditado.

La manifestación del notario de que la testadora no sabía firmar, debe entenderse en el sentido de la imposibilidad de ésta de hacerlo en ese momento, y no conculca las exigencias del artículo 695 CC.—A la inexactitud en que incurrió el notario no cabe concederla un sentido o valor

absoluto, tan solo relativo, pues es de atender, a juicio de esta Sala, que cuando aquél manifestó que la testadora no sabía firmar se refería, indudablemente, a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento concreto, con lo cual no se vino a conculcar la formalidad recogida en el artículo 695 CC, por lo que, en definitiva, las manifestaciones vertidas en la sentencia recurrida no pueden tacharse de irreales e ilógicas, y de aquí, no cabe sino concluir que el motivo carece de total fundamento y no puede atribuirse al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno a los artículos 687 y 695 CC, ni, tampoco, desconocimiento de la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo, y esto así, conduce a entender claudicado el único motivo del recurso de que tratamos. (STS de 29 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanas solicitan la declaración de nulidad del testamento que su madre otorgó ante notario revocando un anterior testamento también notarial, basándose en que el notario ante quien se otorgó este segundo testamento manifestó que la madre no sabía firmar, siendo ello falso, y deduciéndo de ese dato una manipulación de la voluntad de la testadora por parte de otros herederos. Tanto ambas sentencias de instancia, como la pronunciada por el TS en sede de casación, desestiman íntegramente la demanda. (*M. C. B.*)

64. Acción de petición de herencia. La legitimación activa corresponde al heredero real frente al poseedor de bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno y persigue la restitución de esos bienes.—La acción de petición de herencia, no regulada en nuestro Código civil, que se limita a hacer alusión a ella en su artículo 192 y en los artículos 1016 y 1021, compete al heredero real contra quien posee los bienes hereditarios a título de heredero del mismo causante o sin tener título alguno para obtener su restitución, pero partiendo del supuesto de que el sujeto pasivo de la acción posea los bienes invocando un título excluyente del que asista al reclamante; en el presente caso, aun admitiendo que la acción ejercitada fuera la de petición de herencia, no obstante no contenerse en el *petitum* de la demanda pretensión alguna de restitución a los actores de bienes supuestamente integrantes del caudal relicto, y no una acción declarativa de los derechos legitimarios de los actores y consecuente nulidad de la participación realizada sin su concurso, parece claro que la relación procesal está constituida entre aquellos a quienes directamente puede afectar la resolución que se dicte, los actores, como pretendientes de derechos legitimarios en la sucesión de su difunto padre, y la heredera testamentaria, que se opone a ese reconocimiento, así como el albacea testamentario como ejecutor de la voluntad del causante.

No es preciso que la acción de petición de herencia se extienda a todos los bienes integrantes del caudal hereditario.—La acción de petición de herencia, en su aspecto restitutorio a los herederos reales, no es necesario, como parece entender el Tribunal *a quo*, que se refiera a todos los bienes integrantes del caudal hereditario, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros (es de notar que, en el caso, el bien inmueble y los que constituyen el ajuar que están situados en el domicilio del causante, se hallan en poder de uno de sus herederos, la esposa superviviente, por lo que respecto de ellos no procedería, aunque se hubiese pedido, la entrega a los actores, supuesto sus derechos como legitimarios, hasta tanto no se les hubiesen adjudicado en la correspondiente partición).

La acción de petición de herencia no puede ejercitarse frente a quien, sin pretender ser heredero ni esgrimir título universal alguno, ostente un título singular de posesión.—De otra parte, la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia de quienes no se arroguen la condición de poseedores de los bienes en concepto de herederos o a título universal, sólo procede cuando sean meros poseedores sin título singular alguno, condición que no ocurre, a tenor de las pruebas obrantes en los autos, en el Museo de Toulouse ni en el Ayuntamiento de esa ciudad francesa, ya que la citada colección la poseían en concepto de depositarios, al habérsela entregado en esa condición el causante, bien como donatarios al aceptar la donación hecha por la heredera testamentaria; por tanto, se da una posesión basada en un título singular por lo que frente a ellos nunca podría dirigirse la acción de petición de herencia, sin perjuicio de las acciones que, en relación con esos títulos posesorios o de propiedad, pudieran ejercitarse los actores, caso de ser declarados herederos legítimos del causante. Por todo ello, se concluye, no se da la falta de litisconsorcio pasivo necesario apreciado por la Sala *a quo* y debe ser estimado el motivo.

La evolución actual del Derecho internacional privado implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada.—Lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el artículo 12.2 CC respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias; así es de ver como en asunto Adams, el Juez inglés rechaza la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los Juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 CC conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la

sucesión del causante don Jhon Anthony D. se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia. (STS de 21 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Un señor inglés, con tres hijos de un primer matrimonio, y casado en segundas nupcias con una señora también inglesa, fallece en territorio español habiendo otorgado testamento conforme a su Ley nacional declarando heredera universal a su segunda esposa. Los hijos del causante demandan al cónyuge supérstite de su padre y al albacea testamentario, para que se reconozcan sus derechos legitimarios conforme a la ley española, concretamente, sobre un bien inmueble sito en territorio español, pretensiones que son acogidas por la sentencia de primera instancia. Apelada ésta por la esposa del causante y el albacea testamentario, la sentencia de la Audiencia Provincial la revoca, absolviendo a los demandados apelantes sin entrar en el fondo del asunto, en virtud de determinadas excepciones procesales. Los hijos del causante interponen el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar, sustituyendo en ciertos pronunciamientos, como órgano de instancia, al Tribunal *a quo*. (M. C. B.)

DERECHO MERCANTIL

65. Contrato de préstamo y contrato de apertura de crédito de cuenta corriente. Diferenciación.—El contrato de apertura de crédito de cuenta corriente es aquel contrato consensual y bilateral por el cual el Banco tiene la obligación de poner a disposición del cliente sumas de dinero dentro del límite pactado, cada vez que sea requerido por éste, así como a realizar otras prestaciones; el Banco percibe, a cambio, una comisión del cliente. El contrato de préstamo, sin embargo, se caracteriza por ser de naturaleza real y unilateral ya que sólo el prestatario tiene obligaciones. La calificación jurídica del contrato se determina, no por la denominación dada por los contratantes, sino por las estipulaciones que resulten del documento en que se haya formalizado. (STS de 11 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio A. S. suscribió un contrato con el *Banco de Comercio*, calificado por el primero como de préstamo. De la narración de los hechos parece desprenderse que con la finalidad de constituir garantía hipotecaria a favor del *Banco de Comercio* sobre determinadas fincas de don Antonio A. S., éste debía cancelar las hipotecas que pesaban sobre las mismas. Incumplida esta obligación de liberación de cargas, no se constituyó la garantía hipotecaria. Por otra parte, parece ser que *Natwest Bank*, instó un procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca que gravaba una de las fincas de don Antonio A. S. que terminó con la adjudicación a favor de tercero.

Don Antonio A. S. formuló demanda de menor cuantía contra el *Banco de Comercio* que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona; recurrida en apelación por el demandante, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

NOTA.—El TS adopta la posición tradicionalmente mantenida por la doctrina y por la jurisprudencia al tratar el contrato de préstamo mercantil ya que le atribuye la calificación de real. Otra parte de la doctrina a la que se adhiere Sánchez Calero (*Instituciones de derecho mercantil* 2, ed. McGrawHill, Madrid, 1999, p. 270) alude a la práctica bancaria para sostener que se trata más bien de un contrato consensual ya que se perfecciona desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo en extremos como la cuantía del préstamo, los plazos para su devolución y el importe de los intereses. A ello se añade que no existe ninguna norma imperativa que imponga el carácter de contrato real. En cualquier caso parece que en la sentencia analizada el TS pone el acento en el carácter unilateral del contrato de préstamo frente al bilateral del de apertura de cuenta corriente para diferenciarlos.

En anteriores sentencias, el TS se ha referido al segundo de los contratos citados en el mismo sentido; de entre ellas destacamos las de 11 de marzo de 1992, 20 de mayo de 1993 y 7 de marzo de 1974. (B. F. G.)

66. Garantía o aval a primera demanda. Definición.—La garantía o aval a primera demanda se caracteriza por la existencia de un contrato subyacente cuyo cumplimiento garantiza el fiador; éste tiene una obligación de pago distinta, autónoma e independiente de aquellas que nacen del contrato subyacente. El beneficiario, acreedor en dicho contrato subyacente, es aquel al que paga el fiador cuando así se le reclama.

Recurso de casación. Calificación jurídica y novación de un contrato.—La conceptuación jurídica de un contrato es una actividad de interpretación que corresponde al Tribunal de Instancia y en el cual, por tanto, no puede entrar el TS salvo que la interpretación se pueda tildar de ilógica, inveterosímil o contraria a las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC.

La novación de un contrato es, así mismo, una cuestión de hecho que, por tanto, corresponde exclusivamente al Tribunal de Instancia. Sólo alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideran infringidas, se puede recurrir en casación. (STS de 3 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de febrero de 1989 *Antonio Muñoz Jersey Limited* constituyó la *Sociedad Maresfel, S. A.*, con participación de la sociedad de nacionalidad marroquí *Maison Delassus*. A tenor del contrato suscrito en documento de la misma fecha, la nueva sociedad tendría como objeto social la compra de agrios de origen marroquí tanto para acondicionarlos y comercializarlos en el mercado marroquí, como para exportarlos. De la narración de los hechos, parece desprenderse que *Antonio Muñoz y cía., S. A.*, y su filial *Antonio Muñoz Jersey Limited* se obligaban a cubrir y reembolsar las pérdidas eventuales derivadas de las operaciones de compra realizadas por *Maresfel*, hasta el límite del 45 por ciento, porcentaje correspondiente a la participación de dichas sociedades en el capital social de *Maresfel*. Así mismo se comprometían a reembolsar tales pérdidas al primer requerimiento sin discutir sobre las cifras ni poner en tela de juicio las iniciativas llevadas a cabo por el Presi-

dente de la nueva sociedad. Tras la campaña de 1988-1989, se realizó una auditoría y revisión de estados financieros para aclarar puntos oscuros y desvanecer dudas acerca de las pérdidas sufridas por *Maresfel* durante dicha campaña. *Maresfel, S. A., y Maison Delassus* formularon demanda sobre reclamación de cantidad contra *Antonio Muñoz y cía., S. A.*, y su filial *Antonio Muñoz Jersey Limited*, pretensión que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Murcia confirmó la resolución adoptada en primera instancia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. (B. F. G.)

67. Cajas de Ahorro. Capacidad para comparecer en juicio: no necesitan de ningún complemento.—Las Cajas de Ahorro se caracterizan por tener dos funciones claramente diferenciadas: por una parte realizan actividades benéfico-sociales y, por otra, pueden llevar a cabo las mismas operaciones autorizadas a la Banca Privada (art. 20 del RD 2290/1977, de 20 de agosto). El patronazgo que sobre ellas ostentan los Gobiernos estatal, autonómico o municipal se limita a la primera de las funciones pudiendo controlar las grandes líneas políticas seguidas en la actividad mercantil, pero sin extenderse al tráfico diario. Las Cajas de Ahorro gozan así mismo de plena capacidad jurídica, no sólo para los actos relativos al tráfico mercantil sino también para su actuación procesal ya que no se pueden considerar fundaciones en el sentido del artículo 34 CE.

Recurso de casación contra resoluciones relativas a medidas cautelares. No procede.—El recurso de casación se interpone única y exclusivamente contra las sentencias definitivas o aquellas resoluciones que el artículo 1690 LEC 1881 asimila a ellas. Aquellas resoluciones que adoptan o deniegan medidas cautelares no pueden ser objeto de este recurso ya que tienen un sentido puramente instrumental y provisorio en cuanto al tema de fondo. (STS de 8 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Esperanza E. V. formuló demanda contra la *Caja de Ahorros de Navarra* sobre nulidad de procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido a instancia de la citada Caja de Ahorros. La demanda es desestimada en primera instancia, confirmando dicha resolución la Audiencia Provincial de Navarra. (B. F. G.)

DERECHO PROCESAL

68. Error judicial. Objeto.—Apoyándose en una extensa jurisprudencia (entre otras, SSTS de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988, 21 de abril, 22 de julio y 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994, 31 de enero de 1995, 11 de mayo de 1996, 12 de marzo de 1997 y 13 de enero y 24 de octubre de 1998), declara el TS que el objeto del error judicial recae sobre equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos (por contradecirse lo que no ofrece duda) o en la aplicación e interpretación de las normas (por aplicar normas inexistentes o por entenderlas fuera de su sentido y alcance). Esta figura no se refiere a los supuestos en que de los hechos, pruebas o normas se obtengan conclusiones que obedezcan a un pro-

ceso lógico o razonable, constituyendo la base sobre la que se apoya la convicción psicológica en que consiste la resolución, sino que se ha de predicar sólo de las decisiones judiciales esperpénticas que, por las características señaladas, quedan fuera de los cauces legales y rompen la armonía del orden jurídico.

Error judicial. Finalidad.—Esta figura de elaboración jurisprudencial no tiene la finalidad de constituirse en una tercera instancia, sino que busca corregir las resoluciones que resultan injustificables desde el punto de vista del Derecho. No se trata tanto de paliar el desacuerdo en la decisión judicial (puesto que, dado que en el proceso no se actúa con una verdad material que pueda dar lugar a una certeza absoluta, el total acierto no es exigible), sino la falta de atención del juzgador que produce resoluciones absurdas y sin sentido. (**STS de 17 de abril de 1999; no ha lugar.**)

HECHOS.—La propietaria de un local comercial, arrendado a una cadena de supermercados para su uso como almacén, insta la resolución judicial del contrato de arrendamiento sobre la base de la inutilización del local por un tiempo superior a ocho meses sin justa causa. Recaída sentencia en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, que desestima la pretensión de la actora, ésta interpone demanda sobre error judicial respecto de la misma, por considerar que incurría en incongruencia y error en la apreciación e interpretación de los hechos.

Se oponen a la demanda tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, solicitando la declaración de improcedencia y desestimación de la demanda. El TS desestima la pretensión de la demandante. (*A. M. M.*)

69. Infracción de la tutela judicial efectiva.—Como es sabido, en tema de la preceptiva motivación de las sentencias, la doctrina se refleja, entre otras en S de 3 de noviembre de 1997, que dice «... El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disentible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de ese Tribunal que “basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional”...»; en consecuencia con lo anterior, es claro, pues, que habiéndose omitido por completo, la valoración de esa segunda petición que también se desestima, puesto que, según la transcripción del razonamiento jurídico procedente no se contempla para nada, no sólo ya el juicio de valor de mentadas pretensiones contenidas en esa petición segunda de la demanda, esto es, la anulación de la donación efectuada, así como la disolución de la sociedad de gananciales y su correspondiente

inscripción registral, sino que, todo su razonamiento se refiere al tema de la viabilidad o no del préstamo concertado en la fecha indicada, el que se califica de simulado. Estos aspectos han quedado por completo imprejuzgados y todo ello determina que al apreciarse el motivo, se declare la nulidad de la sentencia a los fines de que por el Juzgado de Instancia se resuelva en debida forma la susodicha segunda petición instada, con los demás efectos derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2.º LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que perpetúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio. (STS de 10 de mayo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—*Fidel Azcabide, S. A.* —como señala la sentencia, «sociedad antecesora de *Calcinor, S. A.*»— celebró un contrato de préstamo con los hijos de don Alberto L. S., quien actuó como su representante. En virtud de lo estipulado en dicho contrato, don Alberto L. S. recibió la cantidad de 22.500.000 pesetas para destinarla, según la sentencia, «al desembolso total de las acciones que suscribió [...] también a nombre de sus hijos en la sociedad *Ciprea, S. A.*, constituida un mes antes». *Calcinor, S. A.*, interpone demanda de reclamación de cantidad —de los intereses del préstamo— contra los hijos de don Alberto L. S. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima en parte la reconvenCIÓN formulada por los demandados, declarando la nulidad del mencionado contrato de préstamo por simulación relativa. Probado que el desembolso de las acciones no se ha producido y el importe del préstamo en realidad ha sido recibido por la empresa *Ciprea, S. A.*, y no por los hijos de don Alberto L. S., el Juzgado de Primera Instancia entiende que existe una divergencia consciente entre la voluntad declarada por *Fidel Azcabide, S. A.*, y don Alberto L. S. y su voluntad real, consistente esta última en «financiar la sociedad *Ciprea, S. A.*» —posteriormente, *Calcinor, S. A.*, va a formar parte de la misma— y realizada con una finalidad de engaño. El mismo Juzgado declara la nulidad del contrato de préstamo, «que el mismo fue concertado entre *Fidel Azcabide, S. A.* [...], prestamista, y el difunto don Alberto L. S., prestatario», y que «el suscriptor originario y titular de las acciones [...] de la Sociedad *Ciprea, S. A.*, es don Alberto L. S.». Desestimado el recurso de apelación interpuesto por el demandante *Calcinor, S. A.*, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la misma empresa y anula la sentencia recurrida por infracción de la tutela judicial efectiva, al desestimar ésta las pretensiones instadas sin la debida motivación y no razonar la *ratio decidendi* de otra petición de la demanda en la que se suplica «se anule la donación efectuada por doña Gema L. G. [una de las hijas de don Alberto L.S.], así como la disolución de la sociedad de gananciales llevada a cabo por doña Lourdes L. G. [otra de las hijas de don Alberto L.S.]», devolviendo las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia para que resuelva esta cuestión. (*J. M. B. S.*)

70. Expropiación. El proceso expropiatorio determina el dominio público de la sociedad expropiada que, tras su enajenación, no coincide ya con la inicialmente expropiada, por lo que carece de legitimación *ad causam* para demandar a sus antiguos administradores.—Se subraya a los

fines indicados, que la medida expropiatoria supuso la asunción total y plena de las facultades de los órganos sociales, así como del acervo patrimonial de *Rumasa*, tanto en cuanto a los títulos de su accionariado como, sobre todo, en la inmediata posesión y ocupación material de todas las sociedades del Grupo, con efectos –y se resalta– traslativos de su dominio que reconoce los transcritos FFJJ 9 y 11, que hablan de «efectos transmisivos y expropiatorios inmediatos de la propiedad» –de la S de 2 de diciembre de 1983, núm. 111/83 del TC–. Asimismo, la enajenación prevista en el artículo 5 de la Ley, efectuada en gran parte en un sucesivo proceso posterior provoca que en la actualidad el grupo *Rumasa, S. A.*, accionante ya no coincida con el subrogado social fruto de la expropiación.

La necesidad de motivación de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pero se refiere a la constancia clara de los fundamentos de la *ratio decidendi* y no a la posible discrepancia de las razones de la convicción judicial.–Afírmese, pues, que eso no es motivación, supone ignorar las más elementales premisas del planteamiento de las cuestiones procesales en este recurso, siguiendo constante jurisprudencia al respecto que, en una selección ilustrativa, ha sentado la siguiente doctrina: S de 3 de noviembre de 1997: «...El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disensible o respecto de ella puedan formularse reparos (SSTC de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (STC de 28 de enero de 1991), afirmando la S de 5 de abril de 1990 de este Tribunal que “basta que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permita su eventual control jurisdiccional...”; S de 7 de marzo de 1992: «... Si es cierto que el artículo 120.3 establece que las SS serán siempre motivadas y ya en S de 10 de abril de 1984 estableció esta Sala que por imperativo del artículo 372 LEC y del 120.3 de la Constitución, la motivación es una exigencia formal de las sentencias, en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el artículo 248.3 LOPJ, que modifica la estructura del de la Ley Procesal, siquiera se ha dicho también que las sentencias civiles no necesitan de una declaración específica de hechos probados (a diferencia de las penales), pues los mismos se desprenden de los fundamentos jurídicos, siendo doctrina constitucional que la motivación del pronunciamiento constituye requisito ineludible de la actividad judicial, aunque no sea necesaria una referencia exhaustiva siempre que permita esas dos finalidades, pues ello es inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, bastando con que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos...»; el perecimiento del motivo, pues, debe confirmarse, porque, en definitiva, una cosa distinta es, la falta,

carencia o insuficiencia de motivación, y otra es, que se discrepe, justamente, de la motivación que ha supuesto la integración de la libre convicción judicial, para llegar a la decisión desestimatoria del recurso.

El requisito de la congruencia de la sentencia se refiere a la concordancia entre lo pedido y lo declarado por la misma, de modo que no es incongruente la sentencia que no califica algún elemento no esencial para la decisión, introducido por las partes.–Es indiscutible que la incongruencia nunca puede derivarse porque, en la *ratio decidendi*, no se califique cualquier elemento controvertido que introduzcan las partes si, efectivamente, el mismo no es suficientemente vinculante para fundar la decisión que se emita, puesto, es bien sabido, que el requisito de la incongruencia, se refiere concretamente al reajuste entre lo pedido y lo declarado *ope sententiae*; se decía en varias sentencias de cita ociosa, por conocida: Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido –*ultra petita*–, o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de los suplicados por las partes –*extra petita*– y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes –*citra petita*–, siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutiva de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia* (SS de 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997 y 11 de febrero, 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998).

El artículo 1214 CC no es apto para fundamentar el recurso de casación, salvo en el caso de que el Tribunal *a quo* no haya respetado la distribución de la carga de la prueba que el mismo establece.–En torno al *onus probandi*, debe seguirse el dictado de jurisprudencia constante sobre el artículo 1214, S de 1 de abril de 1998: «... La reiterada doctrina de esta Sala según la cual el artículo 1214 CC por su carácter genérico, relativo al *onus probandi* al no contener regla alguna valorativa de prueba, no es apto para amparar el recurso de casación, salvo en aquellos casos en que el Tribunal *a quo* hubiera invertido en su fallo el principio de distribución de la carga de la prueba (situación que con toda evidencia no se produce en el caso presente como resalta la S de 29 de octubre de 1990, que cita entre otras SS de 5 de mayo y 8 de noviembre de 1986, 21 de diciembre de 1987 y 18 de marzo de 1988); S de 27 de enero de 1999: «No se infringe el artículo 1214 CC, cuando, como en el caso, el Tribunal de instancia alcanzó su fallo decisorio por la apreciación valorativa del material probatorio aportado al proceso, habiendo cumplido la demandante con la carga de la prueba que le correspondía al demostrar la realidad de sus pretensiones, lo que no logró la recurrente respecto a los hechos impeditivos o extintivos en los que basa su oposición para negarse al pago de lo que por vía contractual había asumido; y así, es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que proclama que el artículo 1214 CC, sólo cabe invocarlo en casación cuando el Tribunal *a quo* invierte en su fallo el *onus probandi* con lo cual es atribución de quien resulte demandado probar los argumentos de su oposición a la relación jurídica en discusión, sin perjuicio del examen aislado en cada caso, no bastando con negar los hechos, sino que es preciso adverar con pruebas eficaces los que se oponen».

El principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos» tiene aplicación cuando la misma persona actúa de modos diversos ante la misma situación, pero no cuando actúa de modo diferente en situaciones también distintas.—Jamás puede existir una conducta contradictoria o la subsunción de los demandados en el apotegma *adversus proprium factum quid venire non potest*, cuando se está en realidad contemplando una serie de circunstancias relativas a la supuesta actitud de los propios demandados ante situaciones *de facto* distintas: la primera cuando funcionaba en plenitud, como entidad privada, el Grupo Rumasa, en el cual eran accionistas y administradores exclusivos, y la segunda, tras la conmoción expropiatoria de su total acervo patrimonial; ya que, esa conducta contradictoria no puede colegirse de un comportamiento discrepante sobre situaciones completamente distintas, esto es, no cabe entender se den los actos adversos o equívocos con su remanente esclarecedor o significativo, cuando existen unos iniciales que recaen sobre una situación precedente, y contrastarlos con otros posteriores cuando la situación ha cambiado, puesto que, se reitera, la contradicción acusada se refiere a que aun permaneciendo el mismo *statu quo* antes y después, acontece que lo que antes se ha aceptado en dicha situación, posteriormente, se viene a desconocer lo que es —se repite— caso muy distinto al supuesto enjuiciado, en donde los demandados, adoptan una actual posición de defensa y de oposición, porque ha cambiado, por completo, su situación, respecto a su precedente cualidad de antiguos accionistas o administradores de la sociedad expropiada, esto es, en grafismo didáctico ante situación distinta a la precedente se corresponde con actuación respectivamente diversa. (STS de 1 de junio de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la conocida expropiación de 1983, la sociedad *Rumasa, S. A.*, demanda a sus antiguos administradores pidiendo la nulidad de determinados acuerdos adoptados por ellos y solicitando una multimillonaria cantidad en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por éstos a aquélla. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, desestima íntegramente la demanda, apreciando la falta de legitimación al *causam* de la parte demandante. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LIV, 2001

SUMARIO DEL FASCÍCULO I, ENERO-MARZO

Pág.

Estudios monográficos

Antonio GORDILLO-CAÑAS: «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)	5
Pedro DEL OLMO GARCÍA: «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas»	257

Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias

Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	369
-------------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000», por Manuel M.ª Álvarez-Buylla y Ballesteros	387
FERNÁNDEZ VILLA, José: «El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español», por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano...	388
ZIMMERMANN, Reinhard: «Estudios de Derecho privado europeo», por Sergio Cámará Lapuente	399

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	399
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BÉCH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Luis FARJARDO LÓPEZ, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ	437
--	-----

