



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1997

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

9

BAUZÁ GAYÁ, José: "Denominación social y nombre comercial".

51

BLANQUER UBEROS, Roberto: "La tutela judicial del derecho a la inscripción del título".

151

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial".

195

ROFES I PUJOL, María Isabel: "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 sus excepciones".

227

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: "Examen del artículo 128 de la LSRL: La contratación del socio único con la sociedad unipersonal".

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones

255

— TORRES ESCÁMEZ, Salvador: "Dictamen sobre la validez de un testamento ológrafo otorgado en España por un ciudadano noruego, en idioma inglés, sobre un texto parcialmente impreso".

DENOMINACIÓN SOCIAL Y NOMBRE COMERCIAL

**Una breve aproximación a la delimitación de los dos
conceptos. Somero estudio de sus analogías y diferencias.**

**Algunos problemas teóricos y prácticos por razón
de sus relaciones y colisión**

9

JOSÉ BAUZÁ GAYÁ

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. GENERALIDADES. **II.** IDEAS PRELIMINARES. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL TEMA. **III.** ESTUDIO ESPECÍFICO EN EL PLANO TEÓRICO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE DENOMINACIÓN SOCIAL Y NOMBRE COMERCIAL. **IV.** DIFERENCIAS PRÁCTICAS ENTRE LOS MISMOS CONCEPTOS (DENOMINACIÓN SOCIAL Y NOMBRE COMERCIAL). **V.** DIFERENCIAS EN EL PLANO PRÁCTICO. **1.** Unidad de denominación social. **2.** Naturaleza jurídica de la denominación social y del nombre comercial. **3.** Criterios adoptados legalmente para la ins-

cripción de tales conceptos en los respectivos y competentes registros públicos (Mercantil y de la Propiedad Industrial). **4.** La libertad de elección. **5.** Nacimiento del nombre comercial y de la denominación social. **6.** Modificación de la denominación social y del nombre comercial. **VI.** LIMITACIONES AL REGISTRO O INSCRIPCIÓN DE DENOMINACIONES SOCIALES Y NOMBRES COMERCIALES. **VII.** LA ADQUISICIÓN DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y DEL NOMBRE COMERCIAL. **VIII.** CONTENIDO DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y DEL NOMBRE COMERCIAL. **IX.** EL RÉGIMEN JURÍDICO O CONTENIDO DEL NOMBRE COMERCIAL. **X.** HIPOTÉTICA NULIDAD DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y NULIDAD DEL NOMBRE COMERCIAL. **XI.** ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES (DE LA JURISPRUDENCIA GUBERNATIVA Y DE LA JURISPRUDENCIA EN SENTIDO ESTRICTO) ACERCA DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL Y DEL NOMBRE COMERCIAL (CRITERIOS DELIMITADORES ENTRE AMBOS CONCEPTOS EN SENDAS JURISPRUDENCIAS). **XII.** CUESTIONES LITIGIOSAS MÁS FRECUENTES QUE SE SUSCITAN EN LA PRÁCTICA EN ESTA MATERIA. **XIII.** UNA PEQUEÑA RECENSIÓN. BREVE IDEA SOBRE LA LLAMADA PUBLICIDAD CORRECTORA Y SU POSIBLE CONEXIÓN CON EL TEMA QUE NOS OCUPA. **XIV.** CONCLUSIÓN. **XV.** RECAPITULACIÓN. SÍNTESIS O RESUMEN. **XVI.** RESEÑA BIBLIOGRÁFICA.

I. Introducción. Generalidades

A lo largo de la vida y aplicación del antiguo y derogado Estatuto de la Propiedad Industrial, e incluso hoy en día con la actual y vigente Ley de Marcas, 32/1988, de 10 de noviembre, se ha tenido ocasión de comprobar que la denominación o razón social y el nombre comercial conectan e incluso colisionan entre sí, lo que hace preciso un estudio (somero, cuando menos) sobre la delimitación de los

dos conceptos y acerca de las relaciones que éstos presentan entre sí, tanto a nivel de semejanzas como a nivel de diferencias, debido, por otra parte, también, al trasfondo económico-patrimonial que tiene el nombre comercial y al sustrato jurídico-personal que entraña la denominación o razón social. Los dos conceptos, haciendo acto de presencia en un mismo mundo, el económico-empresarial, se mueven, dentro de él, en campos diferentes: la denominación o razón social, en el campo del sujeto (social) titular de la actividad empresarial, y el nombre comercial, en el campo de la actividad empresarial o empresa propiamente dicha, ora adopte ésta la forma social, bien se presente la misma bajo la figura del empresario individual. Denominación o razón social y nombre comercial, en ese mundo, giran, la una en la esfera de lo subjetivo, y el otro en el ámbito de lo objetivo, pero recorren líneas paralelas y, muchas veces, coincidentes, en su desenvolvimiento.

11

La denominación o razón social, esto es, el nombre societario, es un concepto “otorgado”: la Ley crea el concepto como elemento esencial o necesario del instituto superior que es la sociedad; y por contra, el nombre comercial no es concepto “otorgado”: la Ley no lo crea, sino que reconoce su existencia y regula su ejercicio.

Y esto, lo expuesto, no es lo único que nos induce a este estudio, sino también el doble filtro o control, notarial y registral, a que se encuentra sometida la erección de la denominación o razón social, así como la importancia que tiene el tema ya de por sí, y la tiene, verdaderamente, en una triple vertiente: en lo económico, por mor de la defensa de los intereses en presencia o en juego en la materia en un momento dado; en lo jurídico, por razón de la protección de los derechos de terceros, especialmente de los de buena fe; y en lo técnico, por motivos de organización (empresarial, en este caso). De hecho, este triple aspecto hace que la legislación en la materia, a la que se aludirá oportunamente, además de reguladora sea tuitiva o de amparo.

II. Ideas preliminares. Encuadramiento sistemático del tema

En nuestra opinión, nombre comercial y denominación social, aunque fuertemente administrativizado, el uno, y no tan mediatizada por el Derecho Administrativo, la otra, constituyen, hoy en día, y todavía, una parte del Derecho Mercantil (en la que, en la práctica, se desenvuelve su actuación) y dentro de esta rama del Derecho, a su vez, una parcela del estatuto jurídico del empresario o comerciante, y en el seno de este estatuto, además, y junto con la llamada publicidad privada o voluntaria, tales conceptos, nombre comercial y denominación social, conforman una porción de la publicidad legal o de Derecho.

12

Como toda materia jurídica, teórica y práctica, digna de estudio y objeto de éste, la presente, es decir, la relación nombre comercial-denominación social, debe ser, ante todo, situada dentro del marco del Derecho, amén de en una de sus ramas, en el campo específico de una de éstas; lo cual, además, es obligado y necesario, ya que, una vez se ha determinado cuál es este campo, es permitido aplicar la legislación pertinente en el mundo en que se desarrollan los actos y negocios en que juegan y entran en presencia en la materia los términos en cuestión.

La del empresario o comerciante, como cualquier otra que goce de las mismas características técnicas y jurídicas, constituye de por sí una actividad sometida a un estatuto por el cual ésta se rige, concibiéndose tal estatuto, en el sentido más genuino de la palabra, como “establecimiento o regla con fuerza de Ley para el gobierno de un cuerpo”, o en otras palabras, y por extensión, dentro de esta línea, como “cualquier ordenamiento eficaz para obligar”; de modo que, en el mundo de la empresa, comercio o negocio, el estatuto de tal actividad y, por ende, del comerciante o empresario, en una acepción más restringida, debe ser entendido, por un lado, en términos de especialidad, como una técnica de organización de la empresa, y en su vertiente

jurídica, como un conjunto de principios informadores del régimen legal de la misma, y siempre, en sentido técnico-jurídico, en su caso (y siguiendo, al respecto, al profesor F. VICENT CHULIÁ), como algo que debe interpretarse como una técnica de organización de la empresa que adquiere una mayor trascendencia cuando informa del régimen de las sociedades mercantiles. Distingue, el citado autor, dentro del contenido del estatuto jurídico del comerciante (afirmando, al tiempo, que el Derecho Mercantil, como normativa especial, va quedando reducido, progresivamente, al estatuto del empresario, pero como estatuto jurídico tan sólo de la gran empresa), los siguientes conjuntos normativos: la publicidad registral mercantil (de empresarios individuales y para sociedades mercantiles); la contabilidad mercantil, en sus aspectos formal y material; la representación específica mercantil, voluntaria y orgánica, y el régimen especial concursal mercantil (suspensión de pagos y quiebra). Nosotros estamos de acuerdo con la anterior clasificación, hecha por este autor, acerca de los conjuntos normativos que integran el estatuto o régimen jurídico del empresario o comerciante, pero, no obstante ello, ampliando el concepto de publicidad, como hace el profesor URÍA, hacia algo más genérico u omnicomprendivo en la materia, esto es, hablando de publicidad, con este último autor, mercantil en general, y diferenciando, dentro de ella, a su vez, según los medios a través de los cuales se desarrolle, entre “publicidad privada” o voluntaria y “publicidad legal” o de Derecho.

La primera de estas publicidades, particular o voluntaria, como medio de captación de clientela para conseguir unos fines legalmente protegidos, a través de muy variados instrumentos, con distintos sujetos y unos ámbito y carácter específicos, se rige, básica y principalmente, hoy en día, por la llamada Ley General de Publicidad, 34/1988, de 11 de noviembre, la cual, siguiendo las directivas comunitarias e inspirándose en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico inter europeo (Exposición de Motivos de la pro-

pia ley), deroga el Estatuto de la Publicidad, de 11 de junio de 1964, y, además, más que una ley mercantil especial, es una ley general que regula toda forma de comunicación realizada por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional... (art. 2, apartado 1, guión 1, de la misma ley), y que, por otra parte, de manera compleja y difícil, se integra, por remisión, unas veces, y por reproducción, otras, con otros muy variados textos legales y reglamentarios, cuales son, entre otros, los siguientes: el Tratado Constitutivo de la C.E.E. (B.O.E. número 1 de primero de enero de 1986); Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley 3/1991, de 19 de enero, de Competencia Desleal; Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y su correspondiente Reglamento, aprobado por Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre; Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de ciertas Topografías; Ley 32/1988, de 10 de noviembre de Marcas y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 645/1990, de 18 de mayo; Ley 25/1970, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes; Ley 12/1975, de 12 de mayo, de Protección de Obtenciones Vegetales; Ley 17/1975, de 2 de mayo, del Registro de la Propiedad Industrial; Real Decreto 2573/1977, de 17 de julio, Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Industrial; Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual; Estatuto de la Propiedad Industrial, de 26 de julio de 1929, Texto Refundido de 30 de abril de 1930, con las modificaciones del Decreto de 26 de diciembre de 1947, en lo no derogado por las Leyes de Patentes y Marcas; el Título XI de la Ley de 16 de mayo de 1902, sobre Falsificación y Usurpación en materia de Propiedad Industrial, y otros más.

La segunda de dichas publicidades, esto es, la legal o de Derecho, potestativa, sólo en el caso del empresario individual (a excepción del naviero), como se verá, constitutiva,

también, y obligatoria, asimismo, e imperativa, en general, y de carácter orgánico, además, viene siendo sostenida, fundamentalmente, por los poderes públicos, a través de básicamente, registros y periódicos oficiales, y otros medios diversos, conformando, en su conjunto, y en palabras del mismo profesor URÍA, “un robustecimiento o reforzamiento del estatuto jurídico de los empresarios y un amparo de legítimo interés de los terceros”. Esta clase de publicidad la constituyen, por lo tanto, institucionalmente, los registros públicos y los boletines oficiales, y desde un punto de vista material, en cambio, los distintos conceptos con acceso al Registro Mercantil y a los demás registros públicos, esto es, los sujetos, por una parte, y los actos, menciones, circunstancias, declaraciones y manifestaciones, por otra, concernientes a los mismos sujetos, e inscribibles, legal y reglamentariamente, en el Registro Mercantil, así como en los Registros Mercantiles denominados Especiales (administrativos, estos últimos, en general, pero con trascendencia, en ocasiones, para el origen y eficacia de derechos privados o para la validez jurídico privada de los contratos o para su oponibilidad a los terceros), y los bienes o modalidades y los actos realizados en relación con tales bienes o modalidades, inscribibles, legal y reglamentariamente, a través de sus distintas vicisitudes, en otros registros públicos, como por ejemplo el de la Propiedad Industrial, es decir, las distintas facetas inscribibles de esta propiedad o bien de naturaleza especial, la industrial, y, en su caso, de otra propiedad o bien, especial también, cual es la intelectual, así como la gran gama de anuncios que pueden efectuarse en los citados periódicos y boletines oficiales. Este tipo de publicidad, legal o de Derecho, en lo mercantil, se rige principalmente por el Código de Comercio, Leyes Mercantiles Especiales y sus Reglamentos, y en lo industrial y en lo intelectual, por las respectivas Leyes específicas en la materia. A los Registros Mercantiles, territoriales, y a los conocidos por Registros Mercantiles Especiales, en relación con los sujetos inscribi-

bles, acceden, entre otros conceptos, las denominaciones sociales o razones sociales, esto es, los nombres societarios, y en el Registro de la Propiedad Industrial, por su parte, se inscriben, entre otras modalidades de propiedad de esta naturaleza, con sus circunstancias y vicisitudes, los nombres comerciales. Pues bien, ahora y aquí, y en detalle, interesa tan sólo el estudio de las diferencias existentes entre el concepto de denominación social y el concepto de nombre comercial, concepto, el primero, mercantil, sustantivo y registral, y concepto, el segundo, más de índole administrativa que civil, y registral también, pero que funciona en el mundo mercantil o comercial.

III. Estudio específico en el plano teórico de las diferencias entre denominación social y nombre comercial

16

Desde luego es bastante difícil hallar diferencias entre denominación social y nombre comercial. Como podrá verse, en la teoría las hay y son visibles además, y en cambio, en la práctica, tales términos o conceptos, a pesar de ser distintos, se confunden muchas veces, dando lugar, en el mundo doctrinal, a intensas y grandes discusiones, y en el mundo cotidiano, a numerosas discordias que acaban, en muchísimas ocasiones, en el ámbito de la empresa, en verdaderos e inacabables pleitos, cuyos fallos o resoluciones no se caracterizan, precisamente, por su claridad.

En lo tocante a este punto, empezaremos por una breve aproximación a los conceptos de denominación social y nombre comercial.

En el antiguo y derogado Estatuto de la Propiedad Industrial, por imperativo de la vigencia que establecía el principio de la “veracidad o autenticidad”, en virtud del cual el nombre comercial debía coincidir exactamente con la denominación social de la empresa societaria o, en su caso, con el nombre civil del empresario individual, se hacía harto

complejo, por no decir que casi imposible, el distinguir ambos conceptos. Pero con la actual Ley de Marcas, donde quiebra el principio en cuestión (en efecto, dice esta Ley en su Exposición de Motivos, "... La regulación del nombre comercial en el EPI adolecía de ciertos inconvenientes derivados de la vigencia del principio de veracidad o autenticidad. Este principio implicaba la necesaria coincidencia entre el nombre del empresario y su nombre comercial. Sin embargo, la Ley va a conceptuar el nombre comercial como un verdadero signo distintivo de la empresa. Por esta razón, no se exige al nombre comercial ningún requisito especial que no se haya exigido a otros signos distintivos: cualquier signo que sirva para identificar una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial, puede ser susceptible de protección como nombre comercial...", y lo confirma, además, la propia Ley, en su artículo 76, cuando establece: "Se entiende por nombre comercial el signo o denominación que sirven para identificar a una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad de las idénticas o similares. Podrán, especialmente, constituir nombres comerciales: a) Los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas. b) Las denominaciones de fantasía. c) Las denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial. d) Los anagramas. e) Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores"), las diferencias empiezan a mostrarse ya bastante claras. Como dice Jesús GÓMEZ MONTERO, siguiendo a DÍAZ DE VELASCO, la denominación social, como consecuencia de su inscribibilidad en el Registro Mercantil, es un "nombre-firma", y el nombre comercial *strictu sensu*, por virtud de su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial, es tan sólo un signo identificador de la empresa; ahora bien, los dos conceptos, denominación social y nombre comercial, son signos distintivos de la empresa, lo que ha traído consigo, como bien apunta E. GARRIDO CERDÁ, el tener que dilucidar hasta qué

extremo incide el uno en el otro, condicionándose entre sí; y ello, como sigue diciendo este último autor, no es “pura cuestión dogmática”, dada la gran diversidad de matices que se da en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto.

18 Denominación social y razón social son una misma cosa, y constituyen conceptos sinónimos, ya que la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones, en su identificación, pueden usar una denominación subjetiva o razón social, o una denominación objetiva, y las sociedades regulares colectivas y las sociedades comanditarias simples, en la suya, una denominación subjetiva o razón social (art. 365 del Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, en adelante, R.R.M., en relación con el art. 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en adelante, L.S.A., y artículos concordantes de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 17 de julio de 1953, modificada por Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la C.E.E., en adelante, L.S.R.L., y artículos correlativos del Código de Comercio). La única diferencia entre razón social y denominación social estriba en lo siguiente: la primera es subjetiva, y la segunda, por el contrario, objetiva; y las dos cosas son, en última instancia, nombre societario. Como puede verse, pues, y sobre la base, concretamente, de los artículos 365, 366 y 367 del R.R.M., la distinción entre uno y otro concepto no se encuentra, como podría pensarse, en la tipología societaria que incluya el signo, sino que se halla en los elementos que conforman la misma. La razón social o denominación social y, por lo tanto, el nombre societario, bien sea objetivo, bien sea subjetivo, equivale, en definitiva, en las empresas societarias o personas jurídico-mercantiles, a lo que es, en el mundo de las personas fisi-

cas, el nombre civil, esto es, el nombre de pila y el patronímico o apellido.

Frente al rótulo del establecimiento, que es el signo que utiliza el empresario para señalar la sede física de su establecimiento o centro de sus operaciones, o sea, la denominación que sirve para dar a conocer al público un establecimiento y para distinguirlo de otros establecimientos destinados a actividades idénticas o similares (art. 82,1 de la Ley de Marcas), y en contraposición a la marca en sí, que es el signo empleado por el empresario para diferenciar los productos que fabrica o comercializa o los servicios que presta, según que se trate de marca de producto o de marca de servicios, esto es, el signo o medio que distingue o sirve para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona (art. 1.º de la Ley de Marcas), el nombre comercial es el signo que utiliza el empresario para identificar su propia empresa o actividad, o sea, el signo o denominación que sirven para identificar en una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad de las idénticas o similares (art. 76,1 Ley de Marcas). Como puede apreciarse ya, una primera y muy importante diferencia entre denominación social o razón social y nombre comercial es la siguiente: los dos conceptos son bienes, pero, así como la denominación social o razón social es un bien o elemento de la personalidad, el nombre comercial es un bien patrimonial inmaterial, o, en otras palabras, el nombre comercial identifica a la empresa, a la actividad empresarial, se ejerza ésta en forma individual o en forma social, y la denominación social o razón social, por el contrario, identifica al propio empresario, pero siempre en su forma societaria. Como punto de partida, por lo tanto, y en cuanto a diferenciación en la materia y, por consiguiente, entre uno y otro concepto, se puede establecer ya que la denominación social identifica a la sociedad en cuanto a persona jurídica sujeto del Derecho Mercantil, con obligaciones y de-

rechos, distintos de los de los socios que la conforman, y diferente, por lo tanto, de éstos, y el nombre comercial, por su parte, identifica a la empresa también, pero como unidad u organización de factores en el tráfico jurídico y en la producción. Pero, no obstante, hay que tener en cuenta que la Ley permite al empresario individual y a las sociedades utilizar como nombre comercial, bien el patronímico al primero, bien la denominación o razón social a las segundas (art. 76,2,a) Ley de Marcas), y aquí, precisamente, es, como puede observarse, donde legislación societaria y legislación en materia de propiedad industrial, en cuanto al nombre comercial, especialmente, a pesar de la quiebra que ha habido en la vigente Ley de Marcas en relación con el citado principio de veracidad o autenticidad (en virtud del cual, como se ha dicho ya, el nombre comercial debía coincidir, en el estatuto, con el nombre civil o denominación social del empresario o sociedad), se aproximan, imbricándose incluso entre sí, y provocando que este tema no sea, al decir de GARRIDO CERDÁ, como se ha visto ya, “una mera cuestión dogmática”, y trayendo consigo, además, según este mismo autor, el problema de tener que saber hasta dónde incide el nombre comercial sobre la denominación social, o el de saber si incluso aquél condiciona a ésta. Este confusionismo que entraña y produce la Ley de Marcas en su artículo 76,2,a), analizado anteriormente, haciendo que se aproximen los conceptos de nombre comercial y denominación social, hasta casi chocar los mismos, parece querer salvarlo la propia Ley a continuación, en su artículo 78,1, al establecer “El registro del nombre comercial... confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico”, ya que, según sostiene URÍA, con ello se quiere decir que los nombres comerciales no podrán utilizarse en las transacciones y demás operaciones jurídicas de carácter obligatorio, porque ninguna persona, física o jurídica, puede intervenir en operaciones de esta índole como no sea bajo nombre civil o su denominación o razón social.

En el plano teórico, y en relación con las diferencias entre ambos conceptos, nombre comercial y denominación social, podemos concluir, siguiendo al tantas veces mencionado GARRIDO CERDÁ, diciendo que hay dos grandes posturas al respecto, las cuales tratamos tan sólo someramente y en síntesis ahora, pero sin perjuicio de las consideraciones finales que van a hacerse en este trabajo con respecto a la tendencia jurisprudencial en la materia, ya que otra cosa excedería del ámbito de este trabajo: una primera posición, que, inspirada en la doctrina italiana, así como en el Código civil de esa nación, equipara denominación social a nombre comercial, la cual, al decir de este mismo autor (y él, a su vez, al respecto, sigue, en la materia, a J. CARRERA GIRAL, en su tratado sobre anónimas, *La L.S.A. y su interpretación por el Tribunal Supremo*), es recogida por algunas sentencias de nuestro más alto Tribunal (entre otras, una de 26 de mayo de 1956, y otra de 13 de mayo de 1974), y una segunda postura, la cual, inspirada también en la doctrina civil italiana y en el Código civil italiano, sostiene que nombre comercial y denominación social son cosas diferentes per se, siendo ésta admitida por nuestro Tribunal Supremo en algunas sentencias asimismo (que cita y comenta también este mismo autor en su obra, en la manera dicha anteriormente). En cualquier caso, y por lo que a estas sentencias respecta, repetimos, serán objeto de breve comentario en nuestras consideraciones finales. Nosotros, con todo lo dicho ya, mantenemos que denominación social y nombre comercial son conceptos y figuras diferentes, que nada tienen que ver entre sí en principio, ya que la denominación identifica a la sociedad como sujeto del tráfico mercantil, a la sociedad en todo caso, y es a ésta, a la sociedad, lo que a la persona física el nombre civil, mientras que el nombre comercial se refiere a la empresa o actividad, y porque, con el nombre comercial se puede actuar en el tráfico económico y se pueden identificar actividades mercantiles o empresariales, pero no se pueden firmar, obligándose en operaciones jurídicas,

cosa ésta, en cambio, que sí puede realizarse por el empresario individual con su nombre civil y por el empresario social con su denominación social.

IV. Diferencias prácticas entre los mismos conceptos (denominación social y nombre comercial)

Donde se notan más las diferencias entre estos términos sea, tal vez, en la práctica o mundo cotidiano, donde se alcanzan cotas más nítidas de distinción, sin perjuicio de que puedan seguir originándose colisiones entre las normas protectoras de la denominación y la modalidad del nombre comercial.

22

Ya que el objetivo del presente trabajo se constriñe al establecimiento de las posibles diferencias, teóricas y prácticas, entre los términos, continuaremos prescindiendo en él, y más aún, en este apartado concreto, de consideraciones generales en la materia, que van más allá también del propósito del trabajo, tales como, por ejemplo, y en relación con la denominación social, todo lo referente a su composición, en las sociedades en general y en las sociedades con regulación específica; al Registro de Denominaciones Sociales, al cambio de denominaciones, etc., y en relación con el nombre comercial, todo lo concerniente a su constitución asimismo, al Registro de la Propiedad Industrial y a los aspectos procedimentales en general, ciñéndonos, pues, y estrictamente, a fijar las distinciones pertinentes en lo posible, ya que otra cosa rebasaría el enunciado del trabajo.

Se ha visto ya, y lo repetimos ahora, que partimos del punto de que la denominación social nada tiene que ver con el nombre comercial, sin perjuicio de las posibles incidencias que puedan tener las modalidades de la propiedad industrial (y de entre ellas, el nombre comercial) en la libertad de elección de la denominación social; y podemos seguir sosteniéndolo, ya que nuestro centro directivo, en al-

gunas resoluciones (la de 16 de septiembre de 1958 y la de 2 de septiembre de 1982), afirma y entiende que las normas referentes a las modalidades de propiedad industrial no afectan a la inscripción de la denominación social en el Registro Mercantil, y el Tribunal Supremo, por su parte, como se ha visto ya, en diversas sentencias separa y distingue los conceptos de que se trata.

Estas otras diferencias prácticas entre los dos términos podemos sintetizarlas, con sujeción a la legislación mercantil en la materia, y a la luz de la vigente Ley de Marcas, de la siguiente manera:

V. Diferencias en el plano práctico

1. Unidad de denominación social. Posibilidad o susceptibilidad de ostentar variedad de nombres comerciales una misma sociedad.

23

Así, mientras una sociedad o ente inscribible en el Registro Mercantil sólo puede tener una denominación social (art. 363,1 R.R.M.), la misma sociedad o entidad puede poseer, al mismo tiempo, varios nombres comerciales (art. 70,2, *in fine*, Ley de Marcas), según las actividades empresariales que pretendan distinguirse.

2. Naturaleza jurídica de la denominación social y del nombre comercial.

Ambos conceptos, como ha podido verse ya, son bienes en el tráfico jurídico; ahora bien, mientras la primera es un bien de la personalidad, el segundo, por el contrario, aunque inmaterial también, es un bien patrimonial. La denominación social, a pesar de ser un bien inmaterial, por serlo de la personalidad, no puede, por esencia, circular libremente en el comercio, por sí sola, por ser elemento integrante

de la sociedad, ni puede circular con la propia sociedad como si fuera independiente de ella, ya que en las denominadas transmisiones en bloque de capital social, sin perjuicio de que las mismas puedan entrañar una transferencia total de la actividad empresarial, ésta no implica una transmisión *strictu sensu*, sino, a lo sumo, una mal llamada transmisión de la sociedad, con todos sus elementos incluidos. Los nombres comerciales, en cambio, a pesar de lo establecido por el artículo 79 de la Ley de Marcas (que dice, literalmente: “El nombre comercial únicamente podrá ser transmitido con la totalidad de la empresa”), pueden transmitirse con la totalidad o parte de la empresa que los mismos identifiquen, ya que al poder poseer varios la empresa, la transmisión de uno no tiene por qué implicar necesariamente la transmisión de la totalidad de la empresa (art. 79 en relación con el art. 76,2 de la Ley de Marcas, *in fine*); y de hecho, así lo entienden muchos autores en la doctrina científica.

3. Criterios adoptados legalmente para la inscripción de tales conceptos en los respectivos y competentes registros públicos (Mercantil y de la Propiedad Industrial).

En el Registro Mercantil no pueden inscribirse las sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central (art. 372,1 R.R.M.), ni tampoco cuasi-idénticas denominaciones a algunas de las que ya figuren incluidas en tal Sección de Denominaciones del mismo Registro Mercantil Central (arts. 373 y 374 R.R.M., inspirados, como sabemos, en gran parte, en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 1987), mientras que para la inscripción del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, se exige, en el artículo 12 de la Ley de Marcas, mayor rigurosidad en la apreciación del criterio de identidad

o cuasi-identidad, ya que prohíbe tal artículo incluso la semejanza entre nombres comerciales de cara a la registración.

Como se ha visto anteriormente ya, para una sociedad, ora realice una actividad sólo, bien lleve a cabo dos o más actividades, la denominación social, por propia esencia y en aras del principio de la especialidad, es única siempre, mientras que, en sede del nombre comercial, hay que tener en cuenta que podrá acceder al Registro de la Propiedad Industrial uno, aun siendo idéntico o semejante a otro inscrito, si los signos se refieren a actividades empresariales diferentes (art. 78,2 en relación con el art. 76,2 de la misma Ley, *in fine*), y además, así como la denominación de nombre comercial puede utilizarse como marca, ora de producto, bien de servicios, siempre que se proceda a registros o inscripciones separados (art. 78,3 Ley de Marcas), teniendo en cuenta, en todo caso, lo dispuesto por la misma Ley en este mismo artículo en su párrafo 4.º, el nombre societario, ora consista en una razón social o denominación subjetiva, bien consista en una denominación objetiva, es siempre y en todo caso, denominación, sin que nunca pueda ser otro su fin o destino (art. 363,1 R.R.M., en relación con los arts. 2 y 9,1,a) de la L.S.A.); y así como la denominación social dura de por vida de la sociedad en principio (arts. 380 a 384, inclusives, los dos del R.R.M.), el nombre comercial, por el contrario, se concede por diez años, renovable indefinidamente, de conformidad con los artículos 81,5 y siguientes, 47 y siguientes y concordantes de la Ley de Marcas. Por otra parte, está claro que los términos en cuestión se inscriben en registros públicos diferentes: la denominación social, en el Mercantil, el cual, aunque administrativizado en cierta medida hoy en día, por razones orgánicas, fundamentalmente, es un registro, por así decirlo, netamente civil, de personas, identificadas por el nombre de esta naturaleza o por su denominación social, según los casos; el nombre comercial, en cambio, por ser objeto del Derecho, se inscribe en un registro de bienes, cual es el Registro de

la Propiedad Industrial, el cual, además de ser de bienes, como el de la Propiedad, es administrativo totalmente, o si tanto se quiere, especial, en el ámbito del Derecho Mercantil, pero hondamente administrativizado. Y apuntamos todo esto, además, sin perder de vista el hecho trascendental de que el Registro de la Propiedad Industrial es potestativo (art. 78,1 Ley de Marcas), mientras que el Mercantil, por el contrario, es sólo facultativo en relación con el empresario individual (a excepción del naviero); constitutivo, en algunos aspectos, y obligatorio, en muchos más (art. 19,2 en relación con el art. 16,1, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del Código de Comercio y arts. concordantes del R.R.M.). Y en el caso que nos ocupa, esto es, el de la denominación social, es claramente obligatorio.

4. La libertad de elección.

26

En sede del nombre comercial rige, a raíz de la reforma, esto es, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Marcas y Legislación Complementaria, en cuanto a la fijación del nombre comercial en sí, un principio de libertad a tenor del cual ya no es necesario que el nombre comercial coincida con la denominación social de la sociedad o el nombre civil del empresario (Exposición de Motivos de la Ley y art. 76 de la misma), a diferencia del derogado Estatuto de la Propiedad Industrial, que se inspiraba en el principio totalmente contrario, el de la “veracidad” o “autenticidad”, ya definido oportunamente, lo que autoriza a mantener a un sector de la doctrina científica que la Ley permite la inscripción de nombres comerciales constituidos tanto por denominaciones como por otros signos (Jesús GÓMEZ MONTERO), siguiendo, en su trabajo, a PELLISÉ Y BANÚS, entre otros). En materia de denominaciones sociales, también impera un principio de libertad de elección, por el que, en palabras de LUCAS FERNÁNDEZ, “cualquier nombre o cualquier expresión que la imaginación pueda crear debe servir

para la identificación de la sociedad, siempre, claro está, que no sea contraria a las Leyes, a la moral o al orden público”, sobre la base de los artículos 369 del R.R.M. y 1.255 del Código civil. Entonces, por lo tanto, si hay libertad de elección en sendos campos, esto es, en orden al nombre comercial y a la denominación social, ¿cuáles son, en materia de elección de nombres comerciales y de denominaciones sociales, las diferencias que puede haber? Pensamos que esta diferencia es tan sólo de matiz, ya que las prohibiciones referentes a la elección de la denominación social, tanto la general (art. 369 R.R.M.) como las específicas (artículos siguientes del mismo Reglamento), son absolutas, mientras que las prohibiciones tocantes a la elección del nombre comercial, por su parte, pueden ser absolutas (art. 11 de las Prohibiciones Absolutas que trata la Ley de Marcas en relación a éstas, de aplicación supletoria al nombre comercial, según lo establecido por la misma Ley en su art. 81) y relativas (las del art. 12 de la Ley de Marcas, aplicable supletoriamente al nombre comercial, por imperativo del art. 81 de la misma Ley).

27

5. Nacimiento del nombre comercial y de la denominación social.

Por lo que a denominaciones sociales respecta y en cuanto a su nacimiento, hay que poner de manifiesto, ante todo, que corren paralelas al nacimiento de la propia sociedad, y que son un elemento esencial o integrante de la misma. Lo que podría calificarse como el “derecho a nacer”, diremos que tiene lugar cumplidos que sean los trámites previstos por el R.R.M. en sus artículos 374 y siguientes, es decir, solicitada y obtenida la obligatoria certificación negativa de denominación, y antes, por consiguiente, de haberse autorizado la escritura de constitución de la sociedad; lo que podría llamarse la “concepción” (siguiendo los pasos de LUCAS FERNÁNDEZ en su tesis sobre el momento en que queda

constituida la sociedad), podemos afirmar que se produce mediante la autorización de la correspondiente escritura pública fundacional (arts. 7,1; 15,2; 16,2 y 17 de la L.S.A.); lo que podría denominarse el “nacimiento o bautismo” (manteniendo la misma teoría de este mismo autor sobre el momento en que queda constituida la sociedad), podemos mantener que se origina con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (art. 7,1 L.S.A.), esto es, en el momento en que ésta adquiere su personalidad jurídica, y lo que podríamos designar como “confirmación” o publicidad frente a terceros, con los efectos de oponibilidad (art. 21 del Código de Comercio y artículos concordantes del R.M.M.), podemos sostener que dimana de la publicación de la inscripción de la sociedad en el BORME (art. 7,3 L.S.A. y artículos concordantes del R.R.M.). Consecuentemente, puede aducirse que la vida de la denominación social dura la vida de la propia sociedad y que la vida de la una y la vida de la otra corren paralelas, ya que aquélla es elemento esencial de ésta, y ésta no puede existir sin aquélla; lo que, desde luego, no significa que la denominación social no pueda ser modificada o cambiada, o sustituida, por otra, durante la vigencia de la entidad, ya que puede serlo, como luego se verá, siguiendo la sociedad, en tales supuestos, bajo otra denominación, pero siempre con una denominación y con la misma personalidad jurídica (salvo ciertos casos de fusión). O sea, la denominación social en la compañía mercantil, como instituto, es necesaria, pero en tanto signo distintivo concreto de la sociedad, puede variar a lo largo de la vigencia de ella. Por su parte, el nombre comercial, en cuanto concepto referido a la empresa o actividad mercantil y signo distintivo de tales empresa o actividad, no nace ni con la empresa ni con la actividad, ni, por lo tanto, al tiempo de nacer las mismas, sino que ve la luz una vez ha nacido ya la propia empresa o actividad mercantil de que se trata, ya que, para su registro o inscripción, de tratarse de un “nombre comercial registrado”, debe acompañarse a la

solicitud ante el Registro, la correspondiente alta de Licencia Fiscal en la actividad y debe especificarse la actividad empresarial que pretende distinguirse con el nombre que se solicita (art. 78,2 de la Ley de Marcas), con lo que queda demostrado que el nombre comercial, en este caso, para que acceda al Registro, tiene que existir ya la empresa o actividad y de consistir el nombre comercial en uno de los llamados “usado” o “notorio”, tiene que existir antes la empresa o actividad también, ya que no se concibe lo contrario en pura lógica, el que haya un nombre comercial sin empresa o actividad (aunque sí pueda haber empresa o actividad sin nombre comercial), y ello, además, por lo establecido en la Ley de Marcas, en su artículo 77, relativo éste al denominado nombre comercial notorio o usado; y lo prueba también, lo dicho, para unos y otros nombres comerciales, el que nacen con posterioridad a la empresa, lo establecido por la misma Ley de Marcas en su artículo 80, que dice, literalmente, “Las personas jurídicas que soliciten el Registro de su denominación como nombre comercial deberán justificar este hecho mediante la presentación de la correspondiente escritura o documento de constitución. En el caso de que la denominación hubiese sido modificada con posterioridad a su constitución, deberá acreditarse este extremo mediante documento público”. Es decir, si la vida de la denominación social sigue la vida de la sociedad, el nombre comercial puede no seguir la vida de la empresa, y no puede haber sociedad sin denominación, y sí puede haber, en cambio, empresas sin nombre comercial, pero, en ningún caso, puede haber nombre comercial sin empresa.

29

6. Modificación de la denominación social y del nombre comercial.

Hemos dicho ya que la denominación social puede ser objeto de modificación, cambio, sustitución o variación a lo largo de la vida de la sociedad que identifica. El R.R.M.,

en sus artículos 381 y 382 regula los supuestos generales de modificación de denominación social, distinguiendo, en ellos, el cambio voluntario de denominación del cambio judicial de denominación, y en el artículo 367,2 regula, a su vez, un supuesto excepcional de cambio de denominación, exigiendo, siempre y en todo caso, y, por lo tanto, para unos y otros supuestos, la previa modificación en forma de los estatutos sociales, con arreglo a sus artículos 158, 164 y concordantes y de acuerdo con lo establecido por la L.S.A. en sus artículos 144, 150 y correlativos. Por contra, el nombre comercial no es susceptible de modificación en sentido estricto durante su período de vigencia, ni incluso cuando se renueva, mediante un cambio propiamente dicho o esencial del mismo, que pueda afectar sustancialmente a la identidad del propio nombre tal como fue registrado originariamente, sino que puede ser solamente objeto de variación en el nombre o la dirección del titular, esto es, en aspectos secundarios o adjetivos, si los incluye en origen, y siempre y cuando, además, aun en estos casos, la modificación tampoco afecte sustancialmente a la identidad del nombre tal como fue registrado inicialmente, pronunciándose así, en estos términos, en efecto, la Ley de Marcas en su artículo 8,1 cuando, literalmente, dice: “La marca no se modificará en el Registro durante el período de vigencia, ni tampoco cuando se renueve. No obstante, si la marca incluye el nombre y la dirección del titular, toda modificación de éstos que no afecte sustancialmente a la identidad de la marca tal como fue registrada originariamente, podrá registrarse a instancia del titular previo pago de la tasa correspondiente”; con lo que puede verse, la Ley, en materia de nombres comerciales, admite tan sólo dos causas de modificación, de tono menor o de carácter secundario, con sujeción a unos requisitos notablemente rígidos.

En este orden de cosas y en relación con la denominación social, concretamente, hay que tener en cuenta, además, lo siguiente: la razón social o denominación social, el uso

de la firma y otros requisitos varios son esenciales, y sin ellos, no puede tener existencia legal el contrato de sociedad, no ya para terceros, sino incluso para los mismos contratantes (así, efectivamente, en estos términos, se pronuncia nuestro Tribunal Supremo para el caso de una sociedad regular colectiva sobre la base del art. 125 del Código de Comercio, en una sentencia de 11 de febrero de 1911; considerando nosotros que esta doctrina es aplicable a todo tipo societario, incluso en la actualidad, en que la normativa societaria ha variado profundamente); el cambio de denominación social no altera la personalidad jurídica que tiene la sociedad desde que se inscribió su constitución, y a diferencia de esta última, en que la inscripción es constitutiva, la de cambio de nombre societario, si bien es obligatoria, su falta sólo origina lo dispuesto en el artículo 2 del antiguo Reglamento del Registro Mercantil, hoy artículos 4, 9 y concordantes del R.R.M., o sea, el que los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de tercero (en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencias de 5 de octubre de 1968, 22 de noviembre de 1973 y 22 de enero de 1974, para supuestos de sociedad anónima, y este criterio, creemos y sostenemos, debe seguir en pie todavía, pese a la entrada en vigor de toda la nueva normativa en materia societaria); la forma de reflejar la alteración de denominación societaria en el Registro Mercantil ha sido siempre la de una inscripción, primero, y de constancia por medio de notas marginales en los demás registros, después, con anterioridad a la vigente L.S.A., por jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución de 26 de noviembre de 1971), y en la actualidad, por imperativo del artículo 150 de la L.S.A. Y siguiendo en este mismo orden de cosas, y en cuanto al nombre comercial, en concreto, podemos afirmar, desde ya, que sin perjuicio de que no existe, como se ha visto antes, posibilidad de modificarlo sino tan sólo de variarlo en alguna de sus circunstancias, sus posibles cambios

o variaciones circunstanciales, al no afectar a sujetos del Derecho, sino a meras actividades mercantiles o empresariales, son menos complejas y trascendentales.

VI. Limitaciones al registro o inscripción de denominaciones sociales y nombres comerciales

En su artículo 366,2, 3 y 4, el R.R.M. establece, en la materia, y en relación a las denominaciones, las que podrían catalogarse de limitaciones, y la Ley de Marcas, por su parte, en su artículo 13 contiene, con respecto a los nombres comerciales, las que podrían conceptuarse como limitaciones también. En sede de este extremo, Reglamento y Ley coinciden, pero sólo en cierta manera, en el espíritu y no en la letra, ya que varían sensiblemente en ésta; no obstante, no insistimos más en este punto diferenciador de sendos conceptos, ya que nos basta con afirmar que hay limitaciones distintas en cuanto a ambos y por lo que a su implantación atañe.

32

VII. La adquisición de la denominación social y del nombre comercial

Se ha visto ya anteriormente que la denominación social se constituye con la autorización de la escritura fundacional de la sociedad y se adquiere con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, momento éste (el de la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil) en el cual la propia sociedad adquiere su personalidad jurídica (art. 7,1, apartado primero, de la L.S.A., entre otros de sus artículos), y se ha demostrado también que la inscripción o registro de la sociedad, con su denominación y los demás requisitos legales y reglamentarios, es obligatoria o necesaria (art. 2,1 L.S.A., y arts. 19,2

y 16,1, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del Código de Comercio). Por contra, en el tema de la adquisición del derecho al nombre comercial, el régimen es totalmente distinto, ya que, en efecto, el derecho sobre éste, o nacimiento en sí del nombre comercial, puede venir dado por un doble sistema que implanta la Ley de Marcas: hay, ciertamente, en esta Ley, por un lado, el nombre comercial “registrado”, que nace y se adquiere con el registro o inscripción, de carácter potestativo, y, al respecto, la misma Ley establece, efectivamente, en su artículo 78,1: “El registro del nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial es potestativo...” siendo éste además el que goza de protección legal, pues establece el mismo artículo de la Ley a continuación: “... y confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico en los términos previstos en la presente Ley”, y existe, de otro lado, en la misma Ley, el nombre comercial “usado” o “notorio”, regulado por ella en sus artículos 77 y 3,2, el cual si es continuado y acreditado en forma, confiere al titular unos medios para la defensa de él y una serie de facultades de ejercicio del mismo. O sea, el nombre comercial puede nacer por el uso o por el registro, pero hay que tener presente, en todo caso, que sólo los titulares registrales gozarán del “derecho exclusivo” anteriormente dicho (art. 76,1 de la Ley de Marcas).

33

VIII. Contenido de la denominación social y del nombre comercial

La denominación social per se, en sí misma considerada, en abstracto y en el vacío, en su mero concepto, va siempre unida, como elemento que es, a la propia sociedad y es un elemento necesario para que la sociedad nazca a la vida jurídica y, por consiguiente, elemento necesario de ésta o para ésta; tiene un contenido, pero mínimo, y en el sentido de que para su adopción o implantación, cuando la so-

ciudad se constituye, debe ajustarse a ciertos y determinados requisitos, pero no goza de un contenido en la acepción de régimen jurídico ya que, debidamente conceptuada, no es en sí misma institución sino un mero elemento de ésta y de la sociedad, la cual sí es, desde luego, institución. El nombre comercial, por su parte, aunque sea un signo distintivo de la empresa, constituye, dentro de la misma, además de un elemento conformante de ella, una institución con vida propia, que disfruta de un régimen jurídico propio o contenido en sentido estricto. Dicho sea en otras palabras, la denominación social es parte del contenido de la sociedad mientras que el nombre comercial, aun cuando sea elemento integrante de la empresa, es instituto con vida o contenido propios, ligados a los de la empresa, pero, en cierto modo y en muchos casos, además, paralelos e independientes del régimen jurídico de la propia empresa.

34

En cierta manera, los requisitos y, por lo tanto, el contenido de la denominación social ya se han visto y estudiado a lo largo de lo escrito hasta ahora, por lo que nos remitimos a lo apuntado ya acerca de ello, y porque, dada la pretensión de este trabajo, si entráramos en el estudio detallado de este punto nos alejaríamos del objetivo del mismo.

IX. El régimen jurídico o contenido del nombre comercial

Como instituto jurídico que es, según se ha visto ya (a parte de constituir, en su caso, elemento integrante de la empresa), goza de un contenido de derechos y consiguientes obligaciones, que varía, lógicamente, según que se trate de nombre comercial “registrado” o nombre comercial “usado”.

El titular del primero, del nombre comercial registrado, tiene conferido el derecho del artículo 78 de la Ley de Marcas, antes transcrito, y por extensión, el regulado en el artículo 30 de esta misma Ley, que dice: “El registro de la Marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizar-

la en el tráfico económico...” (entiéndase, como es natural, por razones de supletoriedad, por marca, cuando el precepto se refiere a ella, nombre comercial), desarrollada ampliamente en los artículos 31 a 39, inclusivos, los dos de la misma Ley. Este contenido es el llamado “positivo” por J. GÓMEZ MONTERO. Y tiene también el titular del nombre comercial otras facultades, a las que denomina este mismo autor “contenido negativo”, cuales son las procesales previstas en los artículos 36 a 40, inclusivos, ambos de la tan repetida Ley de Marcas, a los que, por razón de su extensión, nos remitimos aquí y ahora, y para que no se diga que se está incurriendo en traslado de articulado en el presente trabajo.

El titular del nombre comercial “notorio” o “usado” goza de las facultades que regula la misma Ley de Marcas en su artículo 77: sea español o extranjero (y hay que entender, con la opinión dominante en la doctrina, y mediante una interpretación teleológica del precepto, que éste es aplicable a españoles y extranjeros, aunque parezca deducirse que se está refiriendo solamente a extranjeros en principio, si nos atenemos a su tenor literal), si prueba que su nombre comercial, no registrado, de uso, ha sido utilizado por él en España notoriamente con anterioridad a la inscripción de un nombre comercial que induzca a confusión, podrá: pedir que se declare la nulidad del nombre comercial registrado con posterioridad, según este mismo artículo 77; conseguida la declaración de nulidad, inscribir o registrar el nombre comercial en cuestión, a tenor del artículo 78 de la misma Ley, y registrado e inscrito, perseguir a terceros que usen el mismo nombre comercial, en virtud de los artículos 31 al 35, los dos, inclusivos, de tal Ley y ello en el plazo de tiempo previsto en el tan repetido artículo 77 de ella y dentro del procedimiento establecido al efecto.

X. Hipotética nulidad de la denominación social y nulidad del nombre comercial

36

La denominación social, en sí misma considerada, en principio, no puede ser nula o anulable, dadas las normas que regulan su composición, existentes en el Reglamento del Registro Mercantil (arts. 363 y siguientes) y debido a la calificación que efectúa el registrador sobre su composición (art. 376 R.R.M.). Si llegare a ser nula por cualquier causa, a pesar de tales calificación y normas existentes sobre su composición, en cuanto mención o requisito necesario de la escritura de constitución de la sociedad (art. 9,a y 2,1.º de la L.S.A.), entendemos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 del propio Reglamento del Registro Mercantil, siguiendo la tesis de LUCAS FERNÁNDEZ (quien, al respecto, sigue, en parte, a su vez, a CÁMARA), que se trata de un defecto subsanable, que suspende la inscripción, que puede ser subsanado, rectificando la escritura fundacional y convalidando el contrato social y purificando, por lo tanto, aquélla, a menos que algún socio hubiera entablado ya acción de nulidad o ineficacia (arts. 34 y 35 de L.S.A.), compareciendo, en la escritura de rectificación, o subsanación, ante el notario, o bien todos los socios fundadores, otorgándola, o bien persona facultada para ello con acuerdo de la junta general universal y el correspondiente certificado, otorgándola también (manteniendo, este mismo autor, igual solución, siguiendo esta línea, para el caso de que haya omisión de este requisito necesario u obligatorio en la escritura fundacional). Tema distinto a lo que venimos tratando es el de la nulidad de la sociedad por falta de denominación social en la escritura de constitución, una vez ésta se ha inscrito en el Registro y ha cobrado vida el ente social, que se rige por los artículos 34 y 35 de la L.S.A., a los que, ahora y aquí, asimismo, se hace remisión, y de cuyo estudio se prescinde también.

En punto de nombre comercial, la nulidad tiene lugar una vez ha sido inscrito o registrado, por los motivos y trá-

mites y con las consecuencias previstas en la Ley de Marcas en sus artículos 47 y siguientes, aplicables, con carácter supletorio, a este instituto.

Por lo demás, digamos al respecto que así como las denominaciones sociales inscritas no caducan (aunque sí pueden caducar las certificaciones negativas de vigencia de denominación social –art. 379 y concordantes del R.R.M.–), los nombres comerciales inscritos sí caducan, de conformidad con lo prevenido por los mismos y citados artículos 47 y siguientes de la Ley de Marcas.

XI. Orientaciones jurisprudenciales (de la jurisprudencia gubernativa y de la jurisprudencia en sentido estricto) acerca de la denominación social y del nombre comercial (criterios delimitadores entre ambos conceptos en sendas jurisprudencias)

37

La Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en resoluciones de 16 de septiembre de 1958 y 2 de septiembre de 1982, analiza el tema. Y tanto en una como en otra establece que sendos Registros, el Mercantil y el de la Propiedad Industrial, son distintos, al decir, en orden a ello, que “... nunca debe constituir obstáculo para la inscripción de aquél (nombre societario, entiéndase) en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con alguna de las normas y nombre comercial, ..., ya que tales normas se refieren a la inscripción de dicho nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, inscripción que es potestativa e independiente ... de la que ... deben llevar a efecto los comerciantes ...”.

Además, el centro directivo, en otra importante resolución, de 11 de septiembre de 1990, fija el criterio diferenciador entre la función del nombre comercial y la función de la denominación social, diciendo, al respecto, entre otras cosas, que “... la denominación no tiene por función norma-

tiva típica distinguir en el mercado la actividad empresarial de la sociedad evitando el riesgo concurrencial de confusión (a tal efecto, dispone el ordenamiento la protección del nombre comercial y subsidiariamente, la tutela contra la competencia desleal), sino la más limitada de identificar el sujeto responsable de las relaciones jurídicas ...”.

Como es de ver, la jurisprudencia gubernativa o de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es parca y poco clarificadora en sede de este extremo, y tan sólo define, y muy indirectamente además, un concepto y otro concepto, distinguiendo, a lo sumo, sus respectivas funciones, y declarando radicalmente, eso sí, la no contradicción entre normas reguladoras del nombre comercial y normas aplicables a la denominación social, así como que sendos registros públicos son de naturaleza diversa.

38 Por su parte, la inmensa mayoría de sentencias del Tribunal Supremo en la materia, es anterior a la vigente Ley de Marcas, habiéndose dictado bajo el imperio del antiguo y derogado Estatuto de la Propiedad Industrial. Y en tales resoluciones judiciales nuestro más alto tribunal ha adoptado una postura, amén de basculante, imprecisa, diferenciando, unas veces, un concepto del otro concepto y equiparándolos otras veces, pero dando preferencia en general al nombre comercial sobre la denominación social; ahora bien, no obstante ello, de tales sentencias, aunque muchas de ellas sean contradictorias entre sí, pueden extraerse consecuencias y diferencias entre los conceptos de que se trata, así como criterios inspiradores en la materia. Y de entre aquéllas y éstos cabe destacar lo siguiente: en cuanto a criterio orientativo, ordenador e inspirador en la materia, hay que tener en cuenta el que el artículo 2.º,2 de la L.S.A. que, en punto a la libertad denominativa de las sociedades, sólo prohíbe adoptar un nombre idéntico al de otra sociedad preexistente, limitando la prohibición legal al veto de la homonimia, impidiendo que dos o más sociedades lleven un mismo nombre, aunque sea con palabras que, siendo iguales

por su forma, tengan distinta significación, no debe interpretarse aisladamente sino que tiene que ser interpretado teleológicamente mediante una coordinación de las dos normativas en juego, la legislación tuitiva de las sociedades y la rectora de la propiedad industrial, ya que ambas tienden a evitar el riesgo de confusión que pueda darse entre personas jurídicas y sus actividades o productos (sentencia del T.S. de 16 de julio de 1985); y como punto de diferencia existente en la misma materia, debe tenerse presente el que la denominación social ampara al sujeto en el tráfico jurídico, y el nombre comercial y las marcas, en su caso, protegen el comercio, empresa o actividad y la comercialización del producto, respectivamente, en el tráfico mercantil (misma sentencia del T.S. de 16 de julio de 1985).

XII. Cuestiones litigiosas más frecuentes que se suscitan en la práctica en esta materia

39

Podemos sintetizar las mismas, proponiendo y haciendo la siguiente clasificación, meramente enunciativa en cuanto al tema:

A) Supuesto de que se constituya una sociedad anónima con un nombre societario determinado, o se modifique éste por otro, estando ya inscrita la misma, y coincida el nombre societario, inscrito inicialmente o modificado después, con un nombre comercial preexistente, inscrito con anterioridad a la constitución de la sociedad o a la modificación de la denominación o razón social, en su caso.

a) En sentencia de 16 de julio de 1985 el T.S. dice que si el nombre comercial preexistente inscrito ampara la comercialización de los mismos productos que constituye el objeto social de la anónima, ésta debe variar su denominación.

b) Para el evento de que el nombre societario inscrito, bien por vía de constitución de la sociedad, bien por vía de

modificación de la denominación o razón sociales, previa modificación de los estatutos, aunque el nombre comercial preexistente inscrito no ampare la comercialización de los mismos productos que constituyen el objeto social de la sociedad, si se induce a error con ello, tiene sentado el T.S., en sentencias de 7 de julio de 1980 y 31 de marzo de 1989, entre otras, que debe procederse a la modificación de la denominación social también (y téngase en cuenta que este criterio, entrada ya en vigor la actual Ley de Marcas, ha sido confirmado por una sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 18 de septiembre de 1990). En el supuesto expuesto bajo la letra anterior A),a), el T.S., en la citada sentencia, llega más lejos aún de lo antes dicho, sentando que el caso puede encubrir un acto de apropiación de los derechos adquiridos y un aprovechamiento de los beneficios derivados del esfuerzo ajeno, y declara aplicables al caso los artículos 6,2 y 7,2 del Código civil.

B) ¿Qué sucede en los dos supuestos vistos anteriormente bajo la letra A),a),b), si se trata de nombre comercial anterior, usado o notorio, y no inscrito? Es decir, ¿hasta qué punto un nombre comercial no inscrito, pero usado y notorio, puede destruir una denominación social inscrita, aunque lo haya sido con posterioridad a la aparición de la existencia de él?

Entendemos que debe gozar de protección legal la denominación social en este caso, ya que, tratándose de conceptos diferentes que se desenvuelven en el mismo mundo pero en planos distintos, debe prevalecer la fe pública registral o publicidad de Derecho sobre la notoriedad o publicidad de hecho (art. 4.º,2 R.R.M. y arts. concordantes del Código de Comercio).

C) Supuesto de sociedad inscrita, con, por lo tanto, denominación social registrada, y de nombre comercial que se inscribe con posterioridad, y que son coincidentes.

a) Si la denominación social y el nombre comercial lo son de una misma sociedad, ésta puede inscribir en el Registro de la Propiedad Industrial su denominación social como nombre comercial, según, entre otras, sentencia del T.S. de 2 de julio de 1976.

b) Si la denominación social lo es de una sociedad y el nombre comercial, por su parte, de otro empresario, ora individual, bien social, el T.S., entre otras, en sentencia de 2 de octubre de 1972, sostiene el criterio de que la adición al nombre societario de un elemento diferenciador, cual es el de las siglas (S.A., S.L., etc.), facilita la existencia de sendos conceptos en el tráfico jurídico o actividad mercantil.

D) Supuesto de nombre comercial inscrito y de otro nombre comercial que se inscribe con posterioridad. En sentencia de 31 de octubre de 1972, entre otras, el T.S. mantiene que la causa que incompatibiliza a un nombre comercial con otro preexistente e inscrito, es la finalidad comercial o industrial perseguido con ellos, ya que si los fines son dispares, no existe conflicto, aunque ofrezcan analogías.

E) Supuestos de nombre comercial notorio o usado anterior versus nombre comercial notorio o usado posterior, y de nombre comercial notorio o usado anterior versus nombre comercial registrado posterior. En sede de estos posibles supuestos nos remitimos a lo dicho anteriormente ya en este mismo trabajo, al tratar, concretamente, en el epígrafe correspondiente, del nombre comercial usado o notorio y, por consiguiente, a lo que disponen al efecto los artículos 77 y concordantes de la Ley de Marcas, pero añadiendo, en todo caso, para el supuesto de nombre comercial usado anterior versus nombre comercial usado posterior, que deben regir siempre, en nuestro entender, las reglas de la prioridad en el tiempo.

Se ha visto antes también que la Ley de Marcas, en su Exposición de Motivos, establece una quiebra, en gran par-

te, del denominado principio de la “veracidad o autenticidad” en materia de nombre comercial (por el que, en el Estatuto de la Propiedad Industrial, era necesaria la coincidencia entre el nombre del empresario y su nombre comercial), y lo corrobora la misma Ley de Marcas en su parte dispositiva, a través de su artículo 76,2,a), al decir que “Podrán, especialmente, constituir nombres comerciales: a) Los nombres patronímicos, las razones sociales y las denominaciones de las personas jurídicas”, dando a entender, por lo tanto, que el empresario podrá hacer coincidir o no, según su voluntad, su nombre empresarial con su nombre comercial. Visto y repetido esto, o sea, el hecho de la quiebra del principio en cuestión en la vigente legislación en la materia, ¿se quiere decir con ello que un empresario, en el ejercicio de su actividad, podrá elegir cualquier denominación social o razón social como nombre comercial, cuando tal empresario es social? Creemos, sinceramente, que no puede, sino que, a lo sumo, podrá el empresario, cuando fije su nombre comercial, hacerlo coincidir con su denominación social o razón social, pero nunca podrá hacerlo coincidir con la razón social o denominación social de otro empresario, debido, por un lado, a lo que queda de residual del anterior principio de autenticidad o veracidad en la Ley de Marcas, a través de su Exposición de Motivos y artículos pertinentes (habla, en efecto, esta Ley, en su Exposición de Motivos, de coincidencia entre el nombre del empresario y “su” nombre comercial), y, de otro lado, a la vigencia del principio de protección de los derechos de terceros que consigna la misma Ley de Marcas a través de su articulado, en especial, en los artículos 78,1, 11 y siguientes y concordantes.

XIII. Una pequeña recensión. Breve idea sobre la llamada “publicidad correctora” y su posible conexión con el tema que nos ocupa

Se ha apuntado al principio del trabajo que la del nombre comercial y la de la denominación social son materias que conforman parte de la publicidad del empresario, y dentro de ésta, a su vez, parte también de la publicidad legal o de Derecho. En el seno de este último tipo de publicidad existe, en la actualidad, además, desde fechas recientes, una subclase de publicidad, regulada por la Ley y susceptible de ser impuesta por los órganos jurisdiccionales y administrativos: la que el catedrático C. FERNÁNDEZ NOVOA define como “publicidad correctora”.

Dice este autor que “las raíces de la publicidad correctora se encuentran en el Derecho norteamericano: en la praxis de la Federal Trade Commission” y que, desde este Derecho, esa figura penetra en el Derecho europeo a través del Proyecto de Directiva Sobre la Publicidad Engañosa y Desleal, que en marzo de 1978 presentó la Comisión al Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas. A su vez, el 10 de septiembre de 1984, el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó la Directiva relativa a ese tipo de publicidad, estableciendo que, “con carácter optativo, los Estados miembros podrán autorizar a los Tribunales u Órganos Administrativos competentes para ordenar la publicación de la publicidad correctora ...”. Con el objeto de adaptar el Derecho español de Publicidad a la Directiva Comunitaria en la materia, el 11 de noviembre de 1988 se promulgó la Ley General de Publicidad, la cual, bajo nuestro punto de vista, introduce en nuestro Derecho Positivo, con carácter general, este tipo de publicidad, y que, en palabras de este autor últimamente citado, impone, en la materia, en su artículo 31,c) y d), una solución maximalista, al establecer, concretamente, “La sentencia estimatoria de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronuncia-

mientos: ... c) Ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante. d) Exigir la difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión”. Define, el mismo autor, esta publicidad correctora, como una “medida excepcional que sólo procede aplicar cuando concurren inequívocamente los presupuestos establecidos por el artículo 31,c) de la Ley General de Publicidad y examina en profundidad, en un trabajo realizado por él, una sentencia dictada en la materia por el Juzgado de Primera Instancia número 3 (Sección 3.^a) de los de Madrid, en la que, según él, aunque no haya inconveniente en la equiparación, se equiparan publicidad correctora y publicidad de la sentencia.

44 Hemos visto antes que con la Ley General de Publicidad penetra en nuestro Derecho, con carácter general, esta publicidad legal, pero no obstante ello, hay que tener en cuenta que con anterioridad a esta Ley (un día antes de la misma, concretamente), habíase ya introducido esta clase de publicidad en el campo específico de la publicidad, a través de la Ley de Marcas (obsérvese que la Ley de Marcas es de 10 de noviembre de 1988 y la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988), y, por consiguiente, en nuestro entender, en materia de nombres comerciales y demás modalidades de la propiedad industrial, por medio del artículo 36 de la Ley de Marcas, que dispone, literalmente y al respecto, lo siguiente: “En especial, el titular cuyo derecho de marcas sea lesionado podrá pedir en la vía civil: ... d) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo disponga expresamente”.

Con todo lo dicho en orden a este punto, entendemos y podemos sostener que todo titular de un nombre comercial

y, por extensión, de una denominación o razón social, si son lesionados sus derechos y prospera la demanda al respecto, tiene el de que se difunda la sentencia dictada, con la modalidad y con contenido de publicidad correctora que establezcan los tribunales.

XIV. Conclusión

Al haberse producido la quiebra, en la Ley de Marcas, como tantas veces se ha dicho, del principio de veracidad y autenticidad en sede de nombres comerciales, y haber sido sustituido este principio, a su vez, por el otro de libertad de elección (el cual, sin embargo, con más o menos restricciones, ha imperado siempre en el ámbito de las denominaciones sociales o razones sociales, sin perjuicio de las prohibiciones y limitaciones existentes al respecto), habrá que estar a lo que vaya sentando la jurisprudencia en el camino a recorrer en la materia, para poder configurar el nombre comercial en sí y en relación con la denominación social, y poder establecer, a la vez, un contenido más detallado del primero. Pero, aun así, sin apenas nueva jurisprudencia sobre el tema, sostenemos que nombre comercial y denominación social son conceptos distintos y diversos.

45

XV. Recapitulación. Síntesis o resumen

Aunque existe la posibilidad de inscribir la denominación social como nombre comercial, con sujeción a lo visto y dicho anteriormente, y de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Marcas en su artículo 76,2,a) (posibilidad que ya tenía consagrada el T.S. antes de la entrada en vigor de la actual Ley de Marcas, y durante, por lo tanto, la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial, en algunas sentencias, como las de 30 de junio de 1972 y 22 de octubre de

1982), predicamos, repito, que nombre comercial y denominación social son conceptos diversos y diferentes.

El nombre comercial, en un sentido amplio, es una modalidad de la propiedad industrial, y como tal, pues, una propiedad especial, y en un sentido estricto, es la que adquiere por sí mismo el inventor o descubridor, con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria y el productor, fabricante o comerciante, con la creación de signos especiales, con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo, recayendo, por lo tanto, sobre un bien de naturaleza inmaterial, pero patrimonial. Como se ha apuntado ya en su momento, el nombre comercial no es otorgado, ya que la Ley no lo crea y ni siquiera crea la propiedad industrial, y la función de la misma se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de formalidades, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro, según los casos, quedando, sin embargo, la existencia del derecho sujeta a su registro.

Según CASTÁN y otros, la industrial es una propiedad especial, pero siendo una propiedad especial, el Código civil no contiene disposiciones específicas acerca de la misma, de modo que sus reglas generales sobre propiedad suelen ser consideradas de aplicación subsidiaria a la misma y, por ende y por extensión, en cuanto a modalidad de ella, al nombre comercial, ya que el criterio de esta doctrina es estimar las distintas modalidades de propiedad industrial como auténticos derechos de propiedad.

Como una de las modalidades de la propiedad industrial, el nombre comercial, bajo la vigencia del estatuto y en la actualidad, presenta una serie de notas, unas comunes a él y a las demás modalidades de esta propiedad, y otras específicas de él. Son notas comunes a todas las modalidades de la propiedad industrial las siguientes, en líneas generales: su reconocimiento, *strictu sensu*, frente a terceros dimana de la

inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial; es objeto de concesión que se otorga sin perjuicio de tercero; su concesión es indivisible en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubiesen servido para su otorgamiento; es transmisible por los medios admitidos en Derecho, si bien para surtir efectos la transmisión frente a terceros debe acreditarse en el Registro mediante documento fehaciente; se pierde por nulidad y caducidad. Como características específicas del nombre comercial, cabe destacar las siguientes: su inscripción potestativa y su duración indefinida, pero, so pena de caducidad, renovable periódicamente.

La denominación social o razón social, esto es, el nombre societario, no es, en ningún caso, una propiedad, ni tan siquiera especial, sino que es un elemento esencial, necesario u obligatorio de un tipo de persona: la jurídico-mercantil. El nombre societario, como el nombre comercial, es un bien, pero, aunque inmaterial, integrante de la personalidad, y no patrimonial.

La regulación de la denominación social o razón social viene contenida, fundamentalmente, en las leyes societarias, de ámbito general y de aplicación específica o restringida, así como en el Reglamento del Registro Mercantil.

El nombre societario, en un sentido genérico o amplio, podemos definirlo como un elemento necesario o determinante para la fijación de un centro de imputación de actos (derechos y obligaciones) en la persona jurídico-mercantil o, como dice A. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, como un “elemento necesario a los efectos de determinar el sujeto al que se le imputará, previo cumplimiento de ciertos requisitos, una capacidad jurídica y una capacidad de obrar”. La acepción estricta que da este mismo autor de este elemento, para nosotros, es válida, dado su carácter descriptivo; la concibe, sin dogmatismo, como “un signo o expresión gramatical-literaria a través de la cual un sujeto, en nuestro caso una persona jurídica, se le individualiza y permite actuar en el tráfico jurídico como titular de derechos y deberes, en el

sentido de asumir las consecuencias de cualquier índole o naturaleza derivadas de su quehacer, económico o no, e independientemente respecto de otros sujetos de igual o semejante condición”.

Desde el punto de vista jurídico, es la denominación social un elemento identificador y diferenciador del sujeto social titular de la empresa o actividad económica, y desde una perspectiva económica, es tal concepto un elemento más, material y formal, junto con otros elementos (tales como, por ejemplo, expectativas, clientela, etc.), del acervo de la empresa y, más concretamente, una parte, dentro de la propia empresa, del inmovilizado inmaterial y del fondo de comercio.

Este mismo concepto es, jurídicamente, desde luego, como tantas veces se ha repetido, un bien inmaterial y no patrimonial, y de la personalidad, si bien hay que tener en cuenta que, en muchos casos y en determinados momentos, y por razones diversas, puede ser evaluado económicamente, dada su trascendencia.

Bajo el prisma jurídico también es mención obligada, formal y materialmente, en los estatutos sociales de la entidad o compañía mercantil (art. 9,a), L.S.A.) o como afirma J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, una “mención incondicionalmente obligatoria de los estatutos sociales”, encuadrándola, este último autor; dentro de las “cláusulas que identifican la actividad social”, diciendo, por otra parte y al respecto, que es “medio de identificación de la sociedad en el mundo de los negocios”.

Digamos, y repitamos (aun cuando se nos pueda tildar de redundantes), por fin y para terminar, que en el ámbito del Derecho Mercantil, el nombre comercial es, de alguna manera y por así decirlo, el “emblema” o “estandarte” de la empresa, individual o social, mientras que la denominación o razón social, esto es, el nombre societario, es el “nombre y apellidos” de la empresa social, o en otras palabras, lo primero, en la empresa, cualquiera que sea su forma, es el “sello”, mientras que lo segundo, en la empresa societaria, la “firma”.

XVI. Reseña bibliográfica

- Derecho Mercantil Registrable*, de B. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, Editorial Aranzadi, 1980.
- Código de Legislación Empresarial*, de I. ARROYO y José ALEJO RUEDA, Tecnos, 1991.
- "La Regulación del Nombre Comercial en el Derecho Español", *Revista Jurídica La Ley*, año XIII, número 2944.
- Temas sobre Sociedades Anónimas*, de F. LUCAS FERNÁNDEZ, Editorial Revista Derecho Privado, 1991.
- "La Publicidad Correctora y su Aplicación por los Tribunales Españoles", de Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, *Revista Derecho de los Negocios, La Ley*, año 2, número 7, abril, 1991.
- El Nombre Comercial en los Registros Mercantiles y de la Propiedad Industrial*, Estudios Sobre P. I., 1987.
- La Denominación Social*, Emilio GARRIDO CERDÁ. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XXX, Volumen I, 1991.
- Derecho Mercantil*, RODRIGO URÍA, 18 Ed. Marcial Pons, 1991.
- Doctrina Mercantil de la Dirección General de los Registros y del Notariado (1880-1988)*. Civitas, 1989. Valentín BARRIGA RINCÓN y otros.
- Compendio Crítico del Derecho Mercantil*, F. VICENT CHULIÁ, Valencia, 1981.
- Derecho Mercantil de la C.E.E., Estudios en Homenaje a Girón Tena*, Civitas, 1991.
- La L.S.A.*, Juan CARRERA GIRAL, Bosch, 1983.
- Derecho de las Sociedades Anónimas. La Fundación*. I (Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ y Ángel MARINA GARCÍA-TUÑÓN).
- Diccionario-Índice de Jurisprudencia Civil*, Ministerio de Justicia, Colección Legislativa.

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO (*)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

51

SUMARIO: **I.** EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO (Y EL DERECHO AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA). **II.** EL INTERÉS JURÍDICO QUE PROTEGE. **A)** El interés privado. **B)** El interés público. **C)** A modo de síntesis. **III.** EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL DERECHO. **IV.** EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO COMO DERECHO A SU CONSTANCIA REGISTRAL. **V.** EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO CUANDO LA INSCRIPCIÓN ES “CONSTITUTIVA”. **VI.** RECAPITULACIÓN ACERCA DEL OBJETIVO O FINALIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO. **VII.** FRENTE A QUIÉN SE EJERCE EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. **VIII.** EL SUJETO PASIVO DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN. SU CARÁCTER (CON NOTAS SOBRE LA NATURALEZA DEL

(*) Conferencia pronunciada el día 30 de marzo de 1995 en la Academia Matritense del Notariado.

REGISTRO Y DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL). **IX.** LA DIVERSIDAD DE CONFLICTOS NACIDOS A CAUSA DE LA INSATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN Y LAS CONSECUENCIAS DE TAL DIVERSIDAD. **X.** LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN EN DERECHO EXTRANJERO. **A)** Derecho francés. **B)** Derecho italiano. **C)** Derecho portugués. **D)** Derecho alemán. **XI.** EL CRITERIO DE LA LEGISLACIÓN REGISTRAL RESPECTO DEL CONTROL JURISDICCIONAL. (CON NOTA DE EVOLUCIÓN HISTÓRICA ENTRE 1861 Y 1878). **A)** La legislación del Registro de la Propiedad. **B)** Otras legislaciones registrales españolas. **C)** Conclusiones. **XII.** LA ANTICONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL RÉGIMEN DE LA LEY HIPOTECARIA. **XIII.** LA POSIBLE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. **XIV.** LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL. **XV.** FINAL.

I. El derecho a la inscripción del título (y el derecho al otorgamiento de la escritura)

El derecho a la inscripción del título, aunque no esté expresamente mencionado, resulta implícitamente reconocido en nuestro sistema registral.

El artículo 1 LH establece que “El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”. Luego los actos y contratos pueden obtener la inscripción o anotación.

El artículo 2 LH emplea el imperativo “se inscribirán” al enumerar los títulos, actos o contratos, resoluciones judiciales y contratos de arrendamientos “inscribibles”. Entre las varias interpretaciones entiendo útil a mis efectos la que destaca que si se pretendiese la inscripción o anotación de

los actos o contratos, o sea, de los títulos inscribibles, debe obtenerse el resultado de la práctica del asiento registral procedente. Y como correlativo natural del deber de practicar el asiento correspondiente al título inscribible aparece el derecho a obtener el cumplimiento del deber (1).

El artículo 7 del RH se manifiesta en esta línea; la inscripción o anotación es un resultado que “debe obtenerse”; y así dispone que conforme al artículo 2 de la Ley “no sólo deberán inscribirse los títulos que menciona” el precepto legal sino “cualquier otro relativo a derechos de la misma naturaleza” y cualquier acto o contrato de naturaleza real o que siendo atípico modifique desde luego o en lo futuro algunas facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales inmobiliarios. No me interesa ahora el valor de esta norma en relación con el principio de *numerus apertus*, o sea, con la posibilidad de derechos reales atípicos, sino quisiera destacar la rotundidad con la que esta norma impone la obligación de inscribir. Aunque sea facultativa del interesado la decisión de pretender o no la inscripción, una vez pretendida su práctica es obligatoria siendo procedente.

El artículo 6 LH señala quién puede pedir la inscripción; y como tales explicita a las partes del negocio o contrato traslativo, y a quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir, y a los representantes de unos o de otros. Me interesa destacar dos aspectos: uno consiste en el reconocimiento del relieve jurídico atribuido al “interés en asegurar el derecho que se deba inscribir” lo cual supone el reconocimiento de un interés jurídicamente protegido; el otro aspecto consiste en la atribución a favor de ciertas personas de la facultad (potestad o derecho) de poder pedir la “ins-

(1) Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 548. El “se inscribirán” del artículo 2 parece imponer la obligación de inscribir y no atribuir una facultad, pero más adelante, también en pág. 548, nos señala que así como se distingue entre derecho y acción también cabe sostener diferencia entre derecho y facultad de provocar la inscripción.

cripción de los títulos”, o sea, de poder solicitar la práctica del asiento procedente, sea inscripción, anotación, cancelación o mera nota.

Podemos sintetizar el sentido del artículo 6 LH diciendo que se “podrá pedir” “la inscripción de los títulos” por quien tenga “interés en obtener la publicidad registral”; sea éste el transmitente, a quien interesa la publicidad de la transmisión o enajenación; sea interesado el adquirente a quien conviene obtener la publicidad de su adquisición; sea cualquier otro interesado en proporcionar al derecho que se deba inscribir, resultante del título, la publicidad que proporciona el acceso al Registro y la seguridad que atribuye dicha publicidad.

El Reglamento Hipotecario se limita a precisar a quien se “considerará comprendido” en el apartado d) del artículo 6 LH (art. 39 RH) (el presentante como representante) y a impedir a los oficiales, auxiliares y dependientes del Registro presentar documentos como representantes de los interesados.

En el libro que contenía la Ley Hipotecaria que manejé en los tiempos universitarios y opositeriles (que no conserva identificación de la editorial ni del año, por destrucción de sus primeras hojas, aunque creo que es un “Góngora” escolar de los años cincuenta) existe una anotación al pie del artículo 6 que comienza así: “Es voluntaria la inscripción y, por lo mismo, tiene derecho a ello todo interesado” (2). El

(2) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La impugnación de los Actos Registrales”, *RCDI*, septiembre-octubre, 1955, pág. 513. Pág. 515. Cuando una persona acude al Registro de la Propiedad en demanda de una inscripción acude para hacer uso de un servicio público e incoa un procedimiento de indudable naturaleza administrativa que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo. Pág. 527. El derecho a inscribir el título es administrativo.

Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 547. En el Registro se inscribe aquella situación jurídica cuya inscripción se solicita por quien tiene la facultad de hacerlo. Pág. 547. El contenido de cada derecho o situación jurídica inscribible se aumenta con una especial facultad: Entre los “medios de defensa que caracterizan la *protectio* de tal derecho o situación se encuentra la facultad de provocar la inscripción”.

Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.ª ed., 1995, pág. 373. El contenido de la petición de inscripción es una pretensión, con-

“podrá pedirse” que se emplea en el precepto legal viene a ser el reconocimiento implícito del derecho a la obtención de la inscripción que tiene su correlativo deber reconocido expresamente con la frase “se inscribirán” del artículo 2 LH y con el “deberán inscribirse” del artículo 7 RH (3).

sistente en acogerse a los efectos protectores previamente establecidos por la Ley, recabando la práctica de un asiento; la solicitud convierte en actual el deber potencial que el registrador tiene de calificar los títulos que se le presenten.

Francesco MESSINEO, *Manuale di diritto Civile e Commerciali*, vol. 2.º, parte 1.ª. Impresión enmendada de la 8.ª edición, 1952, pág. 583, dice que la inscripción es un derecho del adquirente que esté en posesión de un título de adquisición.

Don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria concordada y comentada*, Madrid, 1862, tomo I, pág. 541, comentando los artículos 18 y 19 de la LH 61: La inscripción es un derecho civil: su denegación puede ser violación de este derecho, y no es lícito despojar a nadie de los derechos civiles gubernativamente y en virtud de providencias que no pueden tener otro carácter que el de actos administrativos, por más que estén íntimamente ligados con las funciones judiciales y su decisión esté confiada a funcionarios del orden judicial.

La opinión de Don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA apareció confirmada por la R. de la Dirección General, de 10 de agosto de 1878, que dijo: “La inscripción de los títulos de adquisición de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos es un derecho de naturaleza civil que compete a las personas que tienen interés en asegurar su adquisición, de cuyo derecho no pueden ser privados sin haber sido oídos y vencidos en juicio, salvo en el caso en que los registradores declaren improcedente la inscripción”. Puede establecerse un paralelo entre las primeras afirmaciones de la resolución, coincidentes con las de Don Ramón GÓMEZ DE LA SERNA, y la última precisión del centro directivo: “Declarada improcedente la inscripción por el registrador y la privación de derecho resultante es definitiva y no cabe su revisión en juicio” supone la posición opuesta a la de Don Ramón en este aspecto.

(3) El derecho a la inscripción del título no ha sido materia de estudio por la Dirección General de los Registros y del Notariado de manera directa. Sin embargo, podemos citar algunas resoluciones en las que se contempla el aspecto de “acto debido” que tiene la formulación de la calificación. Así, la resolución de 11 de agosto de 1988, declara la existencia del “deber de formular la calificación procedente”. Y la resolución de 8 de noviembre de 1993 en un caso de falta de conformidad del presentante a la exclusión en el asiento de ciertos aspectos que no afectaban a la constitución de la hipoteca cuya disconformidad había dado lugar a la “no práctica de la inscripción”, resolvió “que la escritura de hipoteca debió ser inscrita, si bien haciendo constar en la nota las cláusulas no inscritas y fundamento legal de su no inscripción”; y la resolución de 18 de abril de 1994 se ocupa de un caso de nueva presentación de un título constitutivo de hipoteca que había sido objeto de inscripción parcial puesto que se excluyeron del asiento determinados pactos, en virtud de “inscripción parcial solicitada y aceptada, si así resultase de la calificación registral”, según se expresó en el propio título; la registradora había entendido que la solicitud y aceptación de la inscripción parcial impedía el recurso respecto de las cláusulas no

Me parece oportuna alguna reflexión acerca del “interés en asegurar el derecho que se deba inscribir” como reconocimiento legal del interés jurídicamente valorado del que resulta el derecho o facultad a obtener la inscripción.

Pero antes, y con referencia al ámbito del quehacer notarial, quiero recordar cómo los contratantes tienen derecho a compelerse recíprocamente a llenar la forma exigida por la ley para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato (art. 1.279 C.c.) y que si los contratantes deciden de común acuerdo llenar dicha forma pueden requerir a un notario al efecto y si éste negase sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en responsabilidad (art. 2 LN). Por tanto, estimo fundada la afirmación de un doble derecho: en primer lugar de un contratante frente al otro contratante a demandar y obtener el otorgamiento de la forma contractual y en segundo el de ambas partes contratantes, de requerir, procediendo de común acuerdo, ambas, o en su caso el otorgante de un acto o contrato unilateral, la prestación de función notarial. Y en relación con el protocolo, que es propiedad del Estado y del que forman parte las matrices desde su autorización, y a la expedición de copias está reglamentado el derecho a la obtención de copias, que ha sido objeto de delimitación a través de la doctrina de la Dirección General y de los estudiosos del Derecho.

Dibujó estos derechos, uno a la prestación de la función notarial en relación a la autorización del instrumento público y otro a la prestación de la función notarial en relación

inscritas; el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó la excepción dilatoria de improcedencia del recurso planteada por la registradora y la Dirección General estimó que “contra la negativa a inscribir dichas cláusulas cabe interponer el correspondiente recurso gubernativo, pues otra postura sería tanto como dejar en la indefensión a los usuarios de un servicio público —el Registro de la Propiedad— al no poder contar en el medio normal de completar el contrato que han suscrito y que éste se proyecte de esta forma en los libros registrales, si su pretensión tiene éxito”. Como es natural, este criterio tan plausible de la Dirección General debe entenderse en el marco de su propia competencia y con la trascendencia que le corresponde.

a la expedición de copia llevado de un deber de coherencia (4); aunque en este trabajo me interesa especialmente el derecho a la inscripción del título. Por ello, entro en el análisis del interés jurídico protegido por este derecho.

II. El interés jurídico que protege

A) El interés privado.

La inscripción del título fortalece al derecho al que se refiere el mismo título (5). Es una afirmación apodíctica; es

(4) La materia referente a la prestación de la fe notarial en lo que afecta a la redacción y autorización de documentos matrices recae en general en el ámbito de las cuestiones civiles, aunque pueda plantearse alguna de carácter administrativo, como las referentes a la competencia según el lugar donde se reclame la prestación de la fe pública o a la competencia funcional; mientras que la referente a la expedición de copias recae en general en el ámbito administrativo del cumplimiento de los preceptos reglamentarios, aunque pueden recaer en el civil por ejemplo cuando se deba analizar y evaluar “el interés legítimo a la obtención de copia”, como concepto o noción genérica que adquiere sentido en relación a las normas sustantivas justificativas de ese “interés legítimo” basado en un derecho subjetivo que tiene su apoyo en su relación o posición jurídica material, a través de la cual se alcanza al derecho a la obtención de copia.

(5) Está poco extendida la reflexión acerca del interés privado protegido por el Registro de la Propiedad. Quizá la culminación de la eficacia *erga omnes* que comporta su proyección en la seguridad del tráfico han propiciado la preferente contemplación del interés público satisfecho. Como no son excluyentes, sino más bien por el contrario confluyentes, parece razonable contemplar este interés privado. A éste se refieren ROCA SASTRE, WOLF, CRISTÓBAL, MEZQUITA y Díez-PICAZO. Por el contrario, parece ignorar este aspecto LACRUZ.

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 6.ª ed. (sin variante en esta parte en la 7.ª), 1968, pág. 282. La inscripción voluntaria (incluso estimulada con el valor constitutivo) se caracteriza por implicar un instrumento o elemento medial para conseguir un resultado beneficioso.

WOLF en *Tratado de Derecho civil*, “Eunecerus Kipp y Wolf. Derecho de cosas”, WOLF, vol. primero (traducción, comparación y adaptación de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 2.ª ed. Al cuidado, PUIG BRUTAU), Barcelona, 1951, pág. 167. La instancia es la petición de inscripción. Tiene derecho a instar toda persona interesada en la inscripción de un modo inmediato. Pág. 251. La inexactitud del Registro constituye un peligro para aquellos cuyos derechos no estén inscritos o lo estén inexactamente en cuanto pueden perderlos por la fe pública del Registro. Si demuestran mediante documento público la inexactitud del Registro pueden solicitar sin más de

convinciente y no admite contradicción. Pero bueno será confirmarla; la argumentación que debemos desarrollar será benéfica.

Nuestro Código civil trata separadamente de la propiedad (libro segundo) y de los diferentes modos de adquirir la propiedad (libro tercero) y de los contratos (libro cuarto); entre estos últimos regula los contratos que mediante la tradición producen la consecuencia de la transmisión y adquisición de la propiedad y los demás derechos sobre los bienes (art. 609 en libro tercero), mientras que de la tradición que

la oficina del Registro la rectificación; en otro caso, sólo pueden hacerlo si aquél cuyo derecho se perjudique por la rectificación. Pág. 262. El C.c. da una pretensión dirigida a este consentimiento de rectificación. La pretensión corresponde a todo el que tenga un derecho sobre la finca o sobre un derecho inmobiliario; se dirige contra aquél a cuyo derecho perjudique la rectificación y tiende al asentimiento del obligado a la rectificación.

58

Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Caracas, 1965, pág. 168. El Registro de la Propiedad es un órgano estatal que sirve de instrumento para la publicidad inmobiliaria como medio para la tutela del interés privado, y sin menospreciar esta circunstancia no debe olvidarse que el Registro tiene su principal razón de ser en el interés público a que sirve a través de los particulares, en el interés por una ordenación clara y segura del tráfico y en general de los derechos privados sobre inmuebles.

J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 1989.= "1. Teoría de la Seguridad Jurídica", pág. 270. La protección de los derechos subjetivos atendiendo a su título o titularidad (motivación objetiva) constituye el enfoque clásico del tratamiento de la seguridad jurídica privada, hoy llamada seguridad estática. La protección de las situaciones producidas sobre la base de la confianza suscitada por la apariencia ostensible y razonablemente fiable (motivación subjetiva) es el enfoque moderno que complementa el anterior y se conoce como seguridad dinámica.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.^a ed., 1995, pág. 150. El derecho real es algo que está llamado a ingresar en el Registro de la Propiedad. En virtud de ese ingreso, lo que en el mundo del Derecho sustantivo consideramos como titular del derecho, en el mundo del Derecho formal para ser titular registral, con sus propios perfiles y con sus propias características. Para publicar una titularidad jurídico-real, la legislación registral exige unas determinadas condiciones y saca de ello unas determinadas consecuencias.

José Luis LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 3. La organización de los medios de apariencia está dispuesta en principio para dar seguridad al comercio y por ende en interés de los terceros. (Apostillo: puesto que esta afirmación es completamente cierta, en cuanto lo es, demuestra la existencia de un interés del titular del derecho, interés que es conceptual y lógicamente anterior al de los terceros, puesto que el derecho del titular se fortalece en la medida en la que se satisface el interés de los terceros).

consume el efecto traslativo del dominio se ocupa al regular el cumplimiento de la obligación de entrega a cargo del vendedor (arts. 1.462 y ss., en la materia de compraventa en el libro cuarto). La posibilidad de crítica a la sistemática de nuestro C.c. resulta reforzada por la ubicación de las normas dedicadas al Registro de la Propiedad, que aparecen al final del libro segundo destinado a regular el contenido y goce de la propiedad y de los derechos reales pero en cuyo libro no se contienen normas referentes a su tráfico, circulación y defensa.

Resulta indudable que nuestro Derecho sigue el principio causal del título y modo, fundado en la ética exigencia de un título que justifique la transmisión de la propiedad, consumada mediante la entrega o tradición, o sea, mediante la "toma de posesión" real y efectiva (sea material o simbólica) del bien adquirido (6).

59

(6) No parece apropiado en este lugar la exposición detallada del estado de la cuestión en Derecho español. Se puede estudiar en la reciente edición de los *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, de Luis Díez-PICAZO, vol. tercero, 4.ª ed., 1995, págs. 757 y ss. Creo que no es vana sugerencia la del estudio de las reflexiones que autores alemanes formulan sobre el régimen allí vigente; por ejemplo, el planteamiento de Karl LARENZ en su *Derecho de Obligaciones*; véase el cap. I, 35, apartado II, en tomo II, traducción de la 2.ª ed. alemana de 1957 realizada por Jaime Sanz Briz y publicada por RDP en 1959; de ella transcribo:

"La transmisión de la propiedad es regulada por la Ley en el Derecho de cosas. En el supuesto de inmuebles, al «acuerdo» real de ambas partes acerca de la transmisión de la propiedad, que se denomina «transmisión formal» ("Auflassung") y requiere una forma determinada (873 y 925), se añade como otro requisito la inscripción en el Registro. La validez de esta «transmisión formal», verificada conforme a derecho no depende de si el contrato de compraventa (o el negocio jurídico obligacional que en otro caso puede servirle de base) es eficaz. La transmisión de la propiedad se basa, por consiguiente, únicamente en el contrato real al que se une un acto ejecutivo real (inscripción), que tiene sobre todo la finalidad de hacer visible externamente (para terceros) la transferencia de la propiedad (principio de publicidad). La separación que hace la ley entre contrato de compraventa y transmisión de la propiedad exigiendo para que tenga lugar esta última (además del acto ejecutivo real) un contrato «real» especial, ciertamente no se sobreentiende y no corresponde en muchos casos a la concepción efectiva de los interesados después de analizar detenidamente las consecuencias de la abstracción causal entre compraventa y contrato real y después de referirse a las soluciones en derecho comparado hace crítica jurídico-política. La regulación del BGB ha sido siempre censurada por una vehemente crítica dirigida ya contra el principio de separación, y con ello contra el con-

También es claro que la propiedad adquirida derivativamente puede tener muy diversa "calidad". Podemos señalar, y así me interesa destacar para la propiedad adquirida de esta manera, una escala en la que cada peldaño más elevado supone la previa obtención del peldaño anterior, tres situaciones definidas por la progresión de su eficacia jurídica que podíamos llamar propiedad posesoria, propiedad escriturada y propiedad registrada o inscrita.

De cada una de ellas pueden señalarse como aspectos diversos y definitorios los referentes a la adquisición del derecho, a su disposición y a su defensa; y lo voy a hacer de manera muy general y por tanto superficial.

Propiedad posesoria es la adquirida como consecuencia de un contrato idóneo para provocar la transmisión del do-

trato real traslativo, ya tan sólo contra la intensificación del principio de separación por el de abstracción, ya contra el requisito de la entrega, o contra todos estos elementos al mismo tiempo. El desdoblamiento del negocio concebido como unitario por las partes en otros dos, la compraventa y el acuerdo real simultáneamente declarado sobre la transmisión de la propiedad, es contradictorio con la dirección de la mente. No lo es, en cambio, o se amortigua la misma en gran manera en el supuesto de compraventa no instantánea, en la que la entrega y transmisión de dominio tienen lugar después de algún tiempo de haberse concluido el contrato. Por todo ello, desde el punto de vista político jurídico lo más fácil sería dar primacía a una construcción que conservase ciertamente el requisito del acto ejecutivo real (entrega o inscripción) pero no el desdoblamiento del acto jurídico negocial en un contrato obligacional y en otro real especial. En dicha construcción, en el supuesto de compraventa, se requeriría solamente de un único contrato, el contrato de compraventa que fuese al mismo tiempo negocio obligatorio y negocio dispositivo y reuniese en sí ambos (si bien ideológicamente podrían distinguirse). Por tanto, el contrato de compraventa sirve de base, así entendido, para transmitir la propiedad siempre que normalmente le suceda el acto traslativo. Hasta que se verificase la entrega o la inscripción el comprador tendría únicamente la pretensión para proporcionarse la posesión y la propiedad; acerca de si habría de ser protegido frente a terceros por un *jus ad rem*, queda la cuestión por resolver". Aunque este autor no cierre ni complete la articulación de su propuesta, debe reconocerse la importancia de su fundamento en cuanto proposición tendente a reforzar el principio ético y el sentido realista en la vivencia práctica del Derecho.

Véase además Tomás RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de propiedad*, Real Colegio de España, Bolonis, 1993 (*Studia Alornotiana*) esp. págs. 103 y ss., en las que estudia los sistemas transmisivos y la obligación de transmitir, en particular analiza los sistemas transmisivos en relación a la causa de la transmisión y a la transmisión como efecto del contrato.

minio mediante la tradición, esto es, la entrega posesoria del objeto con intención de cumplir el contrato y de transmitir la propiedad, supuesto el derecho preexistente en el transmitente y su capacidad para la producción del real efecto traslativo. El propietario posesorio, como tal propietario y en relación al ejercicio de la acción reivindicatoria, sufrirá todos los inconvenientes de la *probatio diabolica* de su derecho de propiedad; y si bien puede alcanzar la elemental protección interdictal es fácilmente demostrable su limitada aptitud para encontrar un adquirente que no desee una propiedad más sólida y para obtener crédito en base a la garantía resultante de su propiedad posesoria.

La propiedad es escrituraria cuando el contrato causal, el negocio de tráfico, se ha formalizado en escritura pública cuyo otorgamiento equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato (de compraventa y por tanto materia de la transmisión) (7). Quisiera dejar muy claro el deslinde de dos aspectos; uno se refiere a la firmeza de la transmisión en sí misma considerada; otro se refiere a la solidez del derecho de propiedad o derecho real adquirido por causa de la transmisión considerado como derecho con proyección en el tiempo.

La celebración del contrato presentada por el otorgamiento de la escritura proporciona al contrato las cualidades de firmeza y legalidad (fe de conocimiento, juicio de capacidad, legalidad en cuanto control de presupuestos y contenido contractual y fehaciencia de la realidad del acto en su dimensión de perfección contractual) y de fuerza probatoria del documento (contra tercero de su fecha y del hecho que motiva su otorgamiento, esto es, de la perfección del contra-

(7) La puntualización acerca de la necesidad de que el transmitente (vendedor) ostente realmente la posesión y el comentario acerca de la posibilidad de que "de la misma escritura resultase o se dedujese claramente lo contrario" a su valor (por equivalencia) traditorio se deben tener por manifestados. Un tema interesante en relación a supuesto de carencia de posesión es el de la "cesión de acción reivindicatoria" del que se ocupa ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario*, I, 6.^a ed., 1968, pág. 258.

to adornado de la firmeza dicha) que resultan de la LN (arts. 1 y 17) por la remisión del artículo 1.217 y del artículo 1.218, ambos del C.c. La escritura pública presenta auténticamente tanto la celebración del contrato causal de la transmisión, como además la transmisión misma si de su texto no resulta excluida su cualidad como equivalente de la entrega o tradición de la posesión ostentada por el vendedor.

El extraordinario valor de la escritura pública como documento que presenta con autenticidad de forma y de sustancia el contrato o negocio traslativo se proyecta precisamente en éste, cuya perfección se produce en un momento determinado y concreto en el tiempo; y si el derecho de propiedad tiene según su naturaleza una proyección duradera en el tiempo en cuanto derecho estable y en principio permanente según su sustancia, resulta fácilmente comprensible que el valor de la escritura predicable respecto del contrato o negocio adquisitivo en cuanto a su perfección y ejecución no sea aplicable al derecho adquirido en su proyección temporal. La escritura proporcionará siempre al negocio las garantías que le son propias por consecuencia de su legalidad, fijeza y autenticidad y proporcionará a la situación jurídica de ella nacida prueba adecuada de su constitución y de su permanencia entre los mismos interesados (arts. 1.218 y 1.219 C.c.); pero no resulta medio adecuado para probar que la situación creada por ella no ha sido alterada como consecuencia de la adquisición de derechos por un tercero que sea persona distinta de los interesados y de sus sucesores (limitación de la eficacia respecto a terceros de una escritura que resulte contradicha por el contenido de un Registro, artículo 1.219 C.c.). Dicho en términos de lenguaje ordinario, si bien la escritura es medio idóneo para probar fehacientemente la adquisición, no puede decirse lo mismo de su vigor para probar la conservación del derecho adquirido por su mediación. La falta de la nota prevista en el artículo 1.219 del C.c. para el caso del otorgamiento de una escritura posterior modificativa de la

situación por aquélla creada no se estima suficiente para garantizar la protección del tercero frente a un titular de dicha situación que la hubiese adquirido con anterioridad. Por eso, si la escritura de adquisición alivia la prueba de dominio y la facilita en trance de reivindicación, no es menos cierto que el negocio adquisitivo que presenta y documenta pueda verse pretendidamente subordinado a otro posterior que de él traiga causa o pretendidamente subordinado a otro fundado en precedente que se estime preferente y que le venza en juicio (8).

(8) Véase Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, *La seguridad jurídica sustancial de los Actos Jurídicos*, Seminario en la UIMP sobre Seguridad Jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987.

En págs. 97 y ss. traza lo que llama “un ligero esquema” de la “eficacia de la escritura pública fundada, exclusiva o preponderantemente, en la autenticidad de fondo”. El esquema se desarrolla en apartados: A) En la esfera judicial, (i) en los juicios ejecutivos, la consideración de la primera copia como título ejecutivo no es un efecto del negocio sino una manifestación de la autenticidad sintética de la escritura pública, de sus presunciones de verdad y de legalidad y (ii) en los juicios declarativos como medio de prueba dotado de valor legal en cuanto a su fecha y al “hecho que motiva el otorgamiento de la escritura, esto es, el acto o negocio que en el documento se realiza” y enumera los supuestos de reacción de la realidad contra el documento por vía de querrela de falsedad, de impugnación de ilegalidad o de tachas de insinceridad, de falta de integridad o falta de actualidad, B) En la esfera extrajudicial rige el principio según el cual las declaraciones de la fe notarial son incontrovertibles fuera de la esfera judicial y toda afirmación en contrario no puede ni debe ser tomada en consideración (Orden de 31 agosto 1963); este principio también es aplicable en la esfera administrativa y en la del tráfico y por ello la copia es título de legitimación, o título legitimador (de propiedad, de representación, de la cualidad de heredero o legatario); C) En la esfera registral, la inscribibilidad de la escritura pública es una manifestación más de su eficacia sintética, previa calificación a efectos de extender, suspender o negar el asiento (la calificación no es pues un acto de jurisdicción voluntaria con carácter constitutivo y eficacia *erga omnes*, sino que es el contenido registral el que podrá tener o no tales efectos); y de otra parte la oponibilidad de la escritura frente a cualesquiera terceros (art. 1.218,1) sufre una excepción conforme a los artículos 606 C.c. y 32 LH, pues si no estuviese inscrita no podrán perjudicar al tercero inscrito, al tercero que hubiese obtenido la inscripción de su título, de su escritura. Con la cita a este autor deben entenderse comprendidos a todos los autores citados por él en este trabajo, enjundioso como todo lo suyo, incluido él mismo en su espléndido trabajo anterior titulado “Escrituras, contra-escrituras y terceros”, publicado en el tomo XXII, volumen II de los AAMN, Madrid, 1981.

Quisiera destacar por mi parte, siguiendo a A. R. ADRADOS, cómo deben distinguirse los aspectos de la eficacia de la escritura que se presenta o expresa como constitutiva del negocio que se perfecciona en el mismo acto que motiva el otorga-

Aunque la escrituración de la propiedad facilita el ejercicio de la acción reivindicatoria y es indiscutible que la sucesiva escrituración facilita la *accessio possessionis*, debe reconocerse que las indicadas carencias para probar la permanencia de la propiedad determinan limitaciones para ofrecer satisfacción a potenciales adquirentes o para ser garantía adecuada para el crédito. Baste la referencia a las contadurías de hipotecas y a sus propias limitaciones así como a los antiguos tipos de garantía de carácter censal y también a las soluciones fiduciarias o fraudulentas que buscaban el “apoyo posesorio”, aunque no sea propio de este trabajo un análisis más detenido de estos precedentes que demuestran las insuficiencias del disfrute posesorio (9) de la propiedad adquirida mediante escritura pública.

Llamamos propiedad registrada o inscrita a aquella cuyo título adquisitivo, esto es, el que es causa de su adquisición y a la vez modo de ésta, se ha inscrito en el Registro correspondiente, en el Registro de la Propiedad competente.

64

miento, cuya eficacia, aun contra tercero, se produce salvo colisión con tercero inscrito, supuesta la falta de inscripción de la escritura; y de la eficacia de escritura que se presenta como “contradocumento” de otra, cuya eficacia contra tercero se paraliza frente al tercero que procedió en virtud de la “escritura-documento constitutivo” en la que no apareciese nota del otorgamiento de la “contra-escritura” además de paralizarse frente al tercero inscrito supuesta la falta de inscripción de la “contra-escritura”. En mi opinión y en tema de revocación de la representación, me parece necesario o imprescindible reflexionar en el juego entre la escritura de revocación (en cuanto contra-documento) y la escritura de apoderamiento (en cuanto documento constitutivo) y en consecuencia en la ineficacia de la revocación contra (en perjuicio de) tercero que contraste con el representante revocado cuando se apoyan en el valor probatorio y legitimador de un traslado (copia) del apoderamiento en el que no “hayase sido anotada la revocación”; siempre que este traslado fuese copia autorizada de su matriz y tuviese autenticidad legitimadora controlada por el régimen de las copias de los apoderamientos.

(9) Con cierta impropiedad sistemática y cronológica he mezclado en el orden de mi exposición en la que contemplo separadamente a las posibles diversas calidades de la propiedad en nuestro sistema de Derecho actual una reflexión histórica; me he permitido esta licencia porque supone un argumento a favor del progreso que para nuestro Derecho supuso la introducción de un Registro de la Propiedad de contenido y eficacia sustantiva. El paso del Registro de gravámenes al Registro de Propiedad se comenta con claridad por LACRUZ BERDEJO en sus *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, págs. 38 y ss.

El propietario que obtiene la inscripción del título de su adquisición, la persona a cuyo favor se hace la inscripción (10), queda protegido de los títulos de dominio o de otros

(10) Rafael NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la Propiedad español*, RCDI, 1949, marzo, págs. 137 y ss., en esta obra clásica y de gran importancia expresó su visión del Registro de la Propiedad español como un Registro de títulos.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.ª ed., 1995, pág. 337. El objeto directo e inmediato de la inscripción es el título, entendido en sentido material y considerado como acto o negocio jurídico que determina unos efectos de carácter jurídico-real, con lo que acceden al Registro y un objeto de publicidad registral tales efectos jurídico reales, es decir, las titularidades derivadas de aquellos títulos, en definitiva, los derechos de naturaleza real. Según la expresiva idea de LACRUZ, en el Registro de la Propiedad español se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. Pág. 338. La inscripción en sentido amplio es la operación por virtud de la cual se hace constar en el Registro que ha acaecido en el mundo de la realidad extrarregistral una mutación jurídica inmobiliaria producida por un título material del que se toma razón a través de un título formal que allí ha sido presentado. Del asiento nace la información y la especial protección que proporciona.

En efecto, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 112, nos dice “es exacto calificar al Registro español de Registro de títulos” y que “lo que tiene acceso al Registro son los derechos o, más exactamente, las titularidades” por tanto, añade, “hay pues, que distinguir entre lo que es objeto de la inscripción –los actos– y lo que es objeto de la publicidad registral –los derechos–”. Esta expresión sintética, que tanto éxito ha merecido, se ajusta perfectamente con el pensamiento de Rafael NÚÑEZ LAGOS que dejó dicho con toda precisión en pág. 237 (en el número de abril de 1949): “lo que perjudica o beneficia al tercero es el extracto, el contenido del asiento registral”, esto es, “el contenido natural de los derechos constituidos en el título inscrito”.

También Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL (Revisión y puesta al día, Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ), *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1968, pág. 112. El objeto de la inscripción no es tanto la relación jurídica en sí misma como el acto jurídico que produce la relación, es decir, el objeto de la inscripción es la causa jurídica del derecho real.

Existe otra concepción del Registro de la Propiedad. Así Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, VI, 3.ª ed., 1982, págs. 61 y ss. “Registro de la Propiedad: definición y fundamento”, pág. 67. Después de disentir de ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ y LACRUZ BERDEJO también rechaza la definición de MORELL por “la anomalía de que la inscripción se supedita al título cuando es precisamente lo contrario” y entiende que el Registro de la Propiedad puede ser definido en sentido descriptivo o en sentido finalista. En sentido descriptivo como órgano estatal del ordenamiento jurídico que mediante la apreciación de la legalidad de los datos que se aportan declara una situación jurídica respecto de un derecho real inmobiliario, cuya declaración es plena en cuanto al aspecto jurídico pero susceptible de prueba en contrario en cuanto al hecho. En sentido finalista es el organismo jurídico estatal que recogiendo la vida de los derechos reales sobre inmuebles, posibilita a que adquieran la plenitud de efectos que el ordenamiento

derechos reales que no estén debidamente inscritos en el Registro (que no le perjudican en cuanto sea tercero respecto

jurídico les concede según su peculiar naturaleza. Pág. 71. Define los asientos del Registro como declaraciones jurídicas solemnes realizadas por un órgano jurisdiccional peculiar, en orden a los derechos inmobiliarios, que se rigen por los principios propios de ella y de los generales de toda jurisdicción voluntaria de cuya naturaleza participa. Constituye un grupo propio diferenciado de las otras jurisdicciones, civil, contencioso administrativo, penal, etc. Pág. 478. El documento vehículo del negocio jurídico relativo al derecho real, una vez calificado, constituye una circunstancia de segundo orden que no afecta a la declaración sustancial consignada en la inscripción. (No me resisto a sugerir el recuerdo al régimen de corrección de errores de concepto cometidos en el asiento por su falta de correspondencia con el título y al régimen de la rectificación del registro inexacto por error de concepto; tampoco a recordar que si los jueces están sujetos por el principio de congruencia a los términos de la contienda promovida por las partes en el proceso no se comprenda que los registradores no estén sujetos a los términos del negocio para el que se pretende la publicidad). En parecida dirección se pronuncia José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, 1988.

Creo que se aproxima a esta concepción Antonio PAU PEDRÓN, *Registro y seguridad jurídica*, Seminario en la UIMP sobre seguridad jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987, pág. 193. Todos los Registros (los de seguridad jurídica y los de información administrativa) son administrativos porque los establece la administración. Los Registros de seguridad jurídica tienen como finalidad dotar a las relaciones jurídicas entre particulares de seguridad. Pág. 199. La finalidad principal de los Registros de seguridad jurídica es proclamar una verdad oficial.

Esta concepción presta especial atención a los efectos del Registro, de la publicidad registral; y en mi opinión se trata de una visión unilateral del Registro en cuanto que si bien estudia la vertiente de sus efectos (que tiene toda la importancia que merece) omite el estudio de sus precedentes (que tienen el valor causal de justificación), aproximándose en consecuencia a una visión abstracta de la publicidad registral conforme a la cual se cuestiona la naturaleza real de los derechos reales no inscritos. Creo que el derecho real cuyo título está inscrito tiene una eficacia *erga omnes* de mayor densidad y alcance que la correspondiente a aquél cuyo título no está inscrito; pero el riesgo de “claudicación” de éste frente a una titularidad que haya ingresado en el Registro no le priva de sustancia estructural de carácter real y de una eficacia frente a terceros en general, aunque claudique frente al tercero inscrito en virtud de un título contradictorio o incompatible o preferente. Se ha vinculado la publicidad a la eficacia “típica y propia” real pero esta afirmación debe entenderse, según creo, referida a la más perfecta y amplia (y por ello típica y propia) eficacia real; sin que de ella resulte la negación de carácter y eficacia real (siquiera limitada y claudicante) de la relación jurídico-real existente con tal carácter aunque carente de publicidad.

Como dijo ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 6.ª ed. (sin variante en esta parte en la 7.ª), 1968, pág. 212. No se debe confundir la forma del negocio o acto transcribible con el procedimiento o con las manifestaciones de la inscripción. La inscripción no debe colocarse en el capítulo del negocio jurídico sino en el de la mutación jurídico-real inmobiliaria; si bien la expresión del maestro debe “moderarse”

de ellos) y queda protegido de las causas de nulidad y resolución del derecho de su transmitente (la persona de la que traiga causa a cuyo favor obrase la anterior inscripción) por supuesto en cuanto según su título sea adquirente de buena fe a título oneroso (pues en otro caso su posición jurídica es idéntica a la de su causante) y goza de la presunción de que le pertenece la propiedad resultante de su título "en la forma determinada por el asiento respectivo" y de que disfruta de la posesión correspondiente con las concretas consecuencias legitimadoras sustantivas y procesales que doy por conocidas y en las que no es oportuno insistir en este momento (11).

Concretándome al adquirente de buena fe (12) a título oneroso debo destacar cómo el sistema registral le propor-

pues la inscripción es factor determinante del pleno y total alcance y eficacia de la mutación jurídico-real inmobiliaria pero no de la mutación misma, puesto que ésta resulta de la concurrencia del título y del modo como antes nos dejó rotunda y claramente expuesto este autor en parte clásica y divulgada de su *Derecho Hipotecario*.

(11) La presunción legitimadora de titularidad y de posesión "en la forma determinada por el asiento respectivo" tiene la fuerza, enorme fuerza, que le atribuye su proclamación legal. No obstante debemos recordar que su propia importancia y eficacia no merman ni impiden otras eficacias legitimadoras, como la nacida de la posesión o de la fuerza probatoria del instrumento público, a) cuando éstas no colisionan con aquélla por no plantearse concurrencia en el mismo caso, b) cuando la presunción legitimadora no va respaldada por la eficacia de la "fe pública registral" concurrente a favor del titular, pues en este caso la colisión se somete a las normas civiles y queda reducida la presunción legitimadora a un requisito "formulario" añadido a la demanda de pretensión de rectificación registral, cuyo alcance ha ido precisando la jurisprudencia. (No es razonable aquí, ni posible, mayor comentario sobre el juego de los artículos 37, 38 y 41 LH y concordantes).

(12) Hago gracia de reflexiones sobre el importante problema de la buena fe, especialmente en relación con la posesión y la usucapción contra tabulas.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.^a ed., 1995, pág. 302. Aun cuando la posesión cumple funciones distintas y más amplias que las de instrumento de publicidad (defensa de un *statu quo*, consideración como forma especial de legitimación, etc.) no cabe duda de que en el derecho moderno la posesión es también instrumento de la publicidad de los derechos reales y que puede colocarse en alguna medida como institución paralela de la publicidad registral.

Especialmente interesante el trabajo de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en *RDP*, XXXI, Diciembre, 1957, págs. 391 y ss., y en *Estudios sobre derecho de cosas*, Montecorvo, 2.^a ed., 1985.

ciona diversas y notables ventajas: a) en cuanto “continuator o sucesor” en la titularidad del derecho, esto es, en cuanto a su condición adquirente por un título inserto en la cadena de títulos sucesivos, queda liberado de los vicios, defectos o causas de nulidad que afecten a los títulos precedentes que formen la cadena y queda defendido de los títulos o derechos no inscritos que de ellos traigan causa; b) en cuanto “favorecido” por la inscripción de su propio título (usualmente llamado titular registral) goza de la protección dispensada al propietario y al poseedor y para demandar le basta la vigencia de la inscripción de su título, que aunque por sí sola no garantice el éxito de su pretensión invierte la carga de la prueba y dificulta y tasa la contraria (13); c) de lo dicho se sigue la facilidad con la que los eventuales adquirentes pueden asegurar el examen y com-

(13) No creo que precise mayor demostración la consideración del Registro de la Propiedad como un instrumento de la seguridad del tráfico.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.ª ed., 1995, pág. 294. La mayor o menor seguridad del tráfico está en función de la publicidad. La evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva.

En *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Ángel M. LÓPEZ LÓPEZ y Vicente L. MONTES, Valencia, 1994, Lec. 3; MONTES, *El Contenido de la Relación Jurídico Real*, pág. 81, recuerda los matices de las perspectivas estática y dinámica puestas de manifiesto por Díez-PICAZO. Y destaca el interés colectivo presente en esta materia.

J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 1989, pág. 283. La implantación del sistema económico de mercado fue la causa histórica de que en los sistemas jurídicos adquiriera primacía la preocupación por las medidas de seguridad dinámica.

Parece claro el carácter decisivo en nuestro sistema registral de la protección dispensada al titular registral en cuanto adquirente oneroso y por tanto el fomento de tráfico y crédito que se persigue; la protección dispensada al titular registral, meramente como tal, es un complemento razonable, pero que no tiene mayor enjundia que la protección dispensada al poseedor en concepto de dueño titulado en escritura pública hasta el fin de 1861.

Véase también LACRUZ (citado en nota 5) y VALLET DE GOYTISOLO en el trabajo citado en la nota anterior y en la “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento”, *RDP*, XXXVII, 1953, págs. 494 y ss. y en *Estudios sobre Garantías Reales*, ed. Montecorvo, 1973, págs. 217 y ss.

probación del derecho de la persona de quien proyecten adquirir como titular a cuyo favor esté vigente la inscripción del derecho; y d) se puede conseguir la sujeción del bien o del derecho inscrito a la seguridad de un crédito mediante la hipoteca, como supuesto de vinculación meramente formal que garantiza la satisfacción del acreedor caso de incumplimiento.

B) El interés público.

Sin entrar en el comentario de tantos aspectos y cuestiones que en esta exposición panorámica han quedado meramente apuntados (14), y reconociendo que otros han queda-

(14) En el texto doy por resuelta, y no me ocupo de ello, la justificación del interés público que respalda el establecimiento del Registro de la Propiedad y la regulación de los efectos sustantivos que para los derechos subjetivos resultan de la inscripción de su título.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.ª ed., 1995, pág. 294. La mayor o menor seguridad del tráfico está en función de la publicidad.

José Luis LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 3. El Estado organiza una actividad administrativa destinada a dar apariencia a las situaciones jurídicas. Pág. 3. La organización de los medios de apariencia está dispuesta en principio para dar seguridad al comercio y por ende en interés de los terceros. Apostillo, puesto que esta afirmación es completamente cierta, en cuanto lo es, demuestra la existencia de un interés del titular del derecho, interés que es conceptual y lógicamente anterior al de los terceros, puesto que el derecho del titular se fortalece en la medida en la que se satisface el interés de los terceros. Pág. 5. El sistema de publicidad es un servicio del Estado, una función administrativa, según unos, o de jurisdicción voluntaria, según otros, o más probablemente lo uno en unos casos y lo otro en otros; una actividad regida por el Estado en interés público, que algunos administrativistas llamaran "forma de administración pública del derecho privado". Pág. 363. En este capítulo (titulado Organismos de la publicidad inmobiliaria. El Registro de la Propiedad. La Publicidad formal. El derecho hipotecario formal) el Registro de la Propiedad se estudia, no como institución, sino como organización, es decir, como oficina destinada a un servicio público: la registración inmobiliaria.

Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Caracas, 1965, pág. 165. El Registro de la Propiedad es una creación técnica organizada por el Estado, constituyendo parte de la estructura administrativa del mismo. Pág. 175. El destinatario del Registro no es el funcionario que lo lleva, ni el particular que al mismo acude, ni los que no inscriben sus derechos, ni los que acuden a él

do sin sugerir, me permito subrayar, y se me excusará que así lo haga, la necesidad sentida por el ordenamiento jurídico de asegurar la licitud y realidad de los títulos que accedan al Registro. Se trata de una necesidad impuesta por la coherencia del sistema; o bien, dicho de otra manera, es un presupuesto necesario del valor atribuido a la inscripción o anotación de un título.

El interés público demanda, en atención a la eficacia atribuida al título inscrito (o dígase también a la inscripción del título) la relación de los instrumentos de su presentación o exteriorización que aseguren su realidad y su legalidad, en evitación de la inexactitud registral que es el riesgo del sistema, del cual debe huir a toda costa.

Esta exigencia es, a la vez, una consecuencia de la evolución del sistema, tanto en sentido conceptual como histórico, puesto que la inscripción de los títulos sucesivos complementa la autenticidad de cada uno con la integridad del conjunto sucesivo, mediante la lógica privación de eficacia a los títulos que no forman parte de la serie sucesiva.

Al comentar las características y propiedades de la propiedad escriturada, determinadas por las peculiaridades de

con miras informativas; es la sociedad entera que debe conocer la situación jurídica de sus miembros con fines de seguridad de bienestar y de orden, y no precisamente con fines fiscales.

Antonio PAU PEDRÓN, *Curso de Práctica Registral*, 1987. La publicidad registral tiene por objeto hacer pública la situación jurídica de los inmuebles. Apostillo: en esta "definición" a) no precisa el carácter del registro, b) denomina el "objeto" a lo que es la finalidad y omite referencias a las fuentes de nutrición (el título) y a la materia de la publicidad (el contenido del título trasladado al asiento).

Ángel SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Reus, Madrid, 1947, pág. 12. El Registro inmobiliario es el instrumento único para el cumplimiento de los fines de publicidad regulados por el Derecho civil.

Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL (revisión y puesta al día, Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1968, pág. 87. Tomando la idea de SÁNCHEZ ROMÁN lo define como centro público en el que se hace constar el verdadero estado de la propiedad inmueble.

CHICO ORTIZ, José M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 36. El Registro de la Propiedad es una institución, y sigue en pág. 37. A cuyo través se realiza la publicidad, para concluir en pág. 39. El Registro de la Propiedad presta un servicio al derecho privado pero es un servicio público.

la escritura como forma de un acto o contrato y las limitaciones consiguientes al contemplar la proyección temporal de las consecuencias de dicho acto o contrato (limitaciones que no afectan en el tiempo a la escritura en sí ni a la existencia del negocio perfecto con su otorgamiento, sino a la posición jurídica y a los vínculos y a los derechos y obligaciones nacidos del negocio) destacábamos la eficacia que la escritura proporciona al acto o contrato que formaliza, en cuanto deja establecida en la normalidad y hasta que por sentencia especialmente valorada se declare lo contrario, la identidad y capacidad de las partes, así como la licitud de los presupuestos y elementos objetivos y tanto la legalidad del contenido negocial como la veracidad del acto de su celebración, todo ello con el valor de prueba legal aun contra tercero de la fecha y de la celebración del negocio, pues dicha celebración o perfección es el “hecho que motiva su otorgamiento”.

71

Estas consideraciones, a no dudar, están en la base de la previsión legal establecida en el artículo 3 LH (15). No

(15) La doctrina que destaca la naturaleza del Registro de la Propiedad como registro de títulos está vinculada a la consideración de las cualidades sustantivas del título formal (autenticidad, veracidad, legalidad). En este sentido José María DE PRADA GONZÁLEZ, *La forma de los actos y la seguridad jurídica*, Seminario de la UIMP sobre seguridad jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987, págs. 126 y 127. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los enérgicos efectos de la inscripción en el Registro hacen necesario que los títulos inscritos reúnan los mayores requisitos de eficacia y seguridad; de otra manera, el Registro se convertiría en una trampa tanto mayor cuanto mayores son sus efectos. De ahí la vigencia del artículo 3 LH.

Se complementa con lo dicho por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS y recogido en la nota 8. Recuérdese esta afirmación de Antonio PAU PEDRÓN, *Registro y Seguridad jurídica*, Seminario en la UIMP sobre seguridad jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987, pág. 201. Sólo deben tener acceso al Registro los títulos válidos y perfectos; extremando la calificación de los registradores. (Me permito advertir que la calificación de los registradores, aunque se extreme, no genera la validez y perfección de títulos, pues estas cualidades se derivan del autor del título —(el notario o empleado público competente para autorizar documentos válidos y perfectos, auténticos y legales)—; la extrema diligencia del registrador evitará el acceso como títulos perfectos y válidos de los que carezcan de esta cualidad pero no convertirá en válidos y perfectos los títulos que por razón de su autoría carezcan de estas

entro en la problemática particular referida a los documentos judiciales (ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial) o a los administrativos (expedidos por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los Reglamentos); me concreto a la documentación establecida para que los actos y contratos extrajudiciales, en general, o sea, los actos y contratos de derecho privado, en cuanto títulos inscribibles, puedan tener acceso al Registro de la Propiedad. Dispone el artículo 3 LH en el ámbito de lo que nos interesa: "Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior (el art. 2 enumera en cuanto nos interesa a los títulos y a los actos y contratos y a los arrendamientos que "se inscribirán") deberán estar consignados en escritura pública".

El ordenamiento procura asegurar, en natural y lógica correspondencia con los efectos que atribuye a la inscripción de un título, que éste se presente al Registro y pretenda acceder a él con las garantías posibles de efectividad, licitud, legalidad y veracidad. Al ordenamiento le interesa la exacta correspondencia entre las inscripciones practicadas y la realidad jurídica extrarregistral; le interesa evitar la inexactitud

cualidades). (En su *Curso de práctica Registral*, 1987. Antonio PAU se refiere a casos de acceso al Registro de documentos privados; no es oportuno un detallado comentario; me permito sugerir a este ilustre autor la revisión de alguno de los ejemplos. Así en el caso del art. 14,3.º, en relación con el art. 16 de la LH el título inscribible es el testamento como título de sucesión mortis causa, presentado en el adecuado vehículo formal (sea el notarial abierto o el otorgado de otra forma pero protocolizado previa la pertinente) cuyo testamento, si no señalase y describiese los bienes relictos, será complementado con la instancia o relación; en el caso del art. 80 RH la previsión reglamentaria debe entenderse integrada con el resto de la regulación sustantiva, por lo que el acta de protocolización será idónea cuando proceda la protocolización de la partición judicialmente aprobada y de su aprobación, pero no en otro caso como resulta implícitamente del art. 128 RN ... etc.).

Además esta justificación está íntimamente ligada, o vinculada, al principio de inscripción del título causante de la mutación jurídica inmobiliaria del que resulta la exactitud del registro mediante la inscripción del título, cuya autenticidad garantiza, de una vez y de modo sintético, la legalidad y la realidad de la mutación que presenta el título. Véanse las obras citadas en otras notas de NÚÑEZ LAGOS, de VALLET y de RODRÍGUEZ ADRADOS.

del Registro aún más que corregirla rectificando el Registro. La regularidad del Registro, la paz jurídica y la economía del derecho demandan que al Registro accedan los títulos causantes o justificantes de las mutaciones inmobiliarias con la debida garantía de su realidad, de su legalidad y de la autenticidad de su vehículo documental; la práctica de la inscripción debe ser consecuencia de la efectiva y lícita perfección del negocio causal en la realidad del tráfico patrimonial.

Una faceta del sistema registral consiste en el ofrecimiento de la garantía del principio de fe pública registral, que puede llegar, y acepto la expresión, a consagrar la adquisición *a non domino* y de la seguridad que de ello resulta, y otra faceta es que el sistema adopte todas las medidas adecuadas para que esto ocurra el menor número de veces posible (16). El ordenamiento establece el sistema de

73

(16) Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, V, tercero, 4.^a ed., 1995, pág. 370. La necesidad de dotar al Registro de la máxima exactitud posible, de la máxima legalidad y de las necesarias condiciones para que garantice la seguridad del tráfico jurídico aconseja que las inscripciones y en general los asientos que se deban practicar en él sólo puedan llevarse a cabo partiendo de documentos que reúnan las necesarias condiciones de autenticidad.

Antonio PAU PEDRÓN, *Registro y Seguridad jurídica*, Seminario en la UIMP sobre seguridad jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987, pág. 201. En el caso de que una información relevante (verdad oficial publicada por el Registro) falsa (inexacta) protegiera al adquirente (oneroso) de buena fe nos encontraríamos con una actuación patológica del Registro. La exposición del artículo 34 LH como culminación de la protección registral y máximo logro del sistema es un grave error; en caso de que el Registro no informe de causas de nulidad la protección del tercero es un efecto no querido del sistema.

Valga la expresión de estos significados autores por la de toda la doctrina, sin olvidar a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, 6.^a ed. (sin variantes en la 7.^a), 1968, pág. 462. La finalidad primordial que constituye la razón de ser de nuestro Registro de la Propiedad inmueble es precisamente hacer inoperante la posible inexactitud registral en beneficio del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 LH. Y a WOLF, en *Tratado de Derecho Civil*, Eumecerus KIPP Y WOLF, *Derecho de cosas*, Wolf, vol. primero (traducción, comparación y adaptación de PÉREZ Y ALGUER, 2.^a ed. Al cuidado PUIG-BRUTAU) Barcelona, 1951, pág. 251. La inexactitud del Registro constituye un peligro para aquéllos cuyos derechos no estén inscritos o lo estén inexactamente en cuanto pueden perderlos por la fe pública del Registro.

registro como instrumento de la seguridad del derecho y del tráfico y, a la vez, adopta medidas adecuadas para evitar que por su uso abusivo se convierta en instrumento de despojo. En definitiva, trata de evitar el uso del sistema en fraude de ley y en perjuicio del *verus dominus* (17).

C) A modo de síntesis.

Bien, creo demostrado que el propietario “registrado” tiene mejor posición jurídica que el propietario “escriturado”; y que el propietario “escriturado” está en adecuadas condiciones para “pedir la inscripción de su título” que “se inscribirá” en cuanto “consignado en escritura pública”; preci-

74

La sentencia de 22 de marzo de 1995, del TS (sala tercera-sección sexta) dictada en recurso 4194/92 se ha ocupado de un recurso contra resoluciones del Ministerio de Justicia denegatorias de la indemnización pretendida por el *verus dominus* despojado de su derecho por efecto de la fe pública registral (art. 34 LH). Se había producido un asiento de inscripción de un título falso (una copia aparente de una matriz inexistente) atribuido al despojado, a la sazón “titular registral” y una posterior inscripción de un título verdadero, en el que adquirente según el falso transmitió al protegido por la fe pública registral (art. 34 LH). (Hago gracia de detalles). Hubo sentencia penal condenatoria por falsedad y estafa. No consta si hubo sentencia en proceso contra el titular registral aparentemente protegido por la LH. La sentencia, que afirma la naturaleza del Registro de la Propiedad como servicio público, estimó que no concurría nexo causal entre el funcionamiento del servicio (que no funcionó anormalmente) y el resultado dañoso.

(17) No es preciso recordar las numerosas voces que han prevenido del uso “abusivo y fraudulento” de la protección registral por quien la invocaba buscando de “mala fe” el amparo de la presunción legal de su “buena fe”; incluida la que gráficamente comparaba, para estos casos, la inscripción con un burladero para ganar derechos.

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, 6.^a ed. (sin variantes en la 7.^a), 1968, pág. 461. “La inexactitud constituye un grave peligro para las personas a las que aproveche la realidad jurídica extrarregistral, pues si el Registro inexacto vale como exacto en beneficio del tercero en el que concurren las circunstancias del artículo 34 LH no es preciso insistir en la conveniencia de rectificar el contenido del Registro a fin de evitar que el dueño o titular de algún derecho real inmobiliario se vea privado de su derecho por efecto de la fe pública del Registro”.

José GONZÁLEZ PALOMINO, *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, Estudios Jurídicos de Arte Menor, Pamplona, 1964 (antes en RGL y J., 1945), págs. 344 y ss., se ocupa de la buena fe; en pág. 345 está la alusión al burladero con referencia a la utilización abusiva o de mala fe de la protección registral.

samente porque en cuanto propietario según título material consignado en la escritura como título formal y con garantías de legalidad y veracidad reúne los requisitos precisos para solicitar y obtener la mejor y más sólida posición jurídica que como propietario puede obtener en nuestro Derecho.

III. El contenido sustantivo del derecho

Parece fácil deducir el contenido del derecho a obtener la inscripción del título una vez afirmado el interés jurídico privado protegido.

Si la esencia de éste consiste en la obtención del amparo del sistema registral, para gozar de la aplicación de las consecuencias jurídicas resultantes de la inscripción, la deducción natural consiste en señalar como contenido natural del derecho a la inscripción del título la obtención del asiento correspondiente a la índole o naturaleza del título material presentado por la escritura.

Lo dicho hasta aquí permite sostener, con una razonable confianza de éxito, que cualquier interesado en la inscripción de un título (de un título material que según el art. 2 LH se inscribirá si está consignado en el título formal que el art. 3 LH exige para que pueda ser inscrito el material) tiene derecho a la inscripción de dicho título.

Quisiera insistir en la expresión “la inscripción del título”.

No me refiero al tecnicismo de la expresión inscripción. Sino a la sustancia del derecho a obtener el acceso del título al Registro. Porque no basta afirmar el derecho a la inscripción del título en su aspecto de derecho a la práctica de un asiento registral; nos quedaríamos a mitad del camino, o más bien en sus comienzos.

El derecho a la inscripción del título se dirige a la obtención del asiento que incorpore al Registro el título que genera dicho derecho. Puesto que el título da origen al derecho material, este derecho nacido del título tiende a pro-

vocar la incorporación al contenido registral del mismo título para así obtener su propia constancia.

Esta proposición provoca reflexiones de matices opuestos.

En sentido positivo: el derecho a la inscripción se satisface mediante la representación (18) del título en el asiento de inscripción. En sentido negativo: el derecho a la inscripción del título queda incumplido si la inscripción no representa al título.

Puesto que antes di por supuesto que el título generador del derecho a la inscripción debe reunir las cualidades materiales y formales que lo hagan hábil o idóneo para la inscripción doy por resuelta la faceta de la calificación favorable acerca de la tipicidad o trascendencia real del título. Esta finta dialéctica se justifica por el interés de analizar el alcance del contenido del derecho a la inscripción del título del dominio o de un derecho real inmobiliario.

76

Supuesta la inscribibilidad del título, la inscripción (en el sentido de asiento) debe ser conforme con el título (art. 9 LH que atribuye a la firma del registrador el significado y valor de afirmación de dicha conformidad).

El interés del sujeto, a no dudar, va mucho más allá de la obtención del documento derivativo que es el asiento re-

(18) Empleo la expresión "representación" en el sentido en el que CARNELUTTI habló de "documento representativo" puesto que representaba al hecho que probaba. La tesis de CARNELUTTI es perfectamente aplicable a la naturaleza documental de la inscripción; creo muy fundada, por otro lado, la crítica a la aplicación de la idea de "representación" al documento notarial cuando éste es antes que nada la forma directa e inmediata de la declaración de voluntad que perfecciona un negocio, pues en este caso el documento "presenta" al negocio en cuanto es forma de la manifestación que lo perfecciona, sin dejar de ser, a la vez y además, prueba documental de la declaración que perfecciona al negocio y del negocio mismo.

Véanse FRANCISCO CARNELUTTI, *La figura jurídica del Notario*, en *AAMN*, VIII, 1954, págs. 375 y ss., RAFAEL NÚÑEZ LAGOS entre otros "Hechos y derechos del documento público", pág. 481, en Tomo I, y "Los esquemas conceptuales del instrumento público", pág. 1, en Tomo II, de *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid, 1986; JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "Negocio Jurídico y documento", en *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, vol. III, 1976, págs. 7 y ss., y ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, "Naturaleza Jurídica del documento auténtico notarial", *RDN*, XLI-XLII, julio-diciembre, 1963, págs. 71 y ss.

Véase nota siguiente.

gistrar (19), ya que en definitiva el interesado persigue los efectos publicitarios y sustantivos que le puede proporcionar al título el sistema registral a virtud de su constancia en el Registro, mediante el asiento correspondiente, y mediante su virtualidad generadora de los derechos instrumentales o mediáticos que resultan de él, cuyos efectos pueden ser tanto defensivos (frente a títulos no inscritos o causas de nulidad o resolución no registrados) como ofensivos (frente a usucapientes y poseedores) y como legitimadores (en cuanto ofrece a terceros el goce eventual de dichos efectos si este tercero se convirtiese en adquirente del mismo derecho o de otro derivado de él, si lo fuese a título oneroso e inscribiéndose el título de su adquisición).

Estos efectos completan el alcance y trascendencia de un derecho sustantivo de carácter real pero no modifican ni afectan su sustancia, contenido y estructura. Parece oportuna una detallada explicación de mi punto de vista.

El título, en su faceta material o sustantiva, es un acto o contrato, o si se prefiere un negocio (recuerdo que me muevo en el ámbito de los títulos negociales extrajudiciales de carácter privado); como tal se genera en el campo defi-

77

(19) José Luis LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 4. La publicidad registral consiste en una heteropublicación (en una publicación por un sujeto extraño a la verificación del evento publicado); consiste en una publicación de acontecimientos que interesan a situaciones de derecho privado realizada por la Pública Administración.

Francesco MESSINEO, *Manuale di diritto Civile e Commerciale*, vol. 2.º, parte 1.ª. Impresión enmendada de la 8.ª edición, 1952, en pág. 586 aclara que desde el punto de vista publicístico la transcripción es un acto administrativo de certificación realizado por un oficial público estimulado al efecto por quien lo solicita.

Véase sobre todo a Rafael NÚÑEZ LAGOS, *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, fe pública especial (antes en *RDN*, XX, págs. 7 a 63) págs. 401 y ss.; en págs. 420 y ss. se ocupa de la fe pública registral, que es la que corresponde a los libros del Registro de la Propiedad. Analiza la fe pública derivativa (desde el título copia autorizada de instrumento público al asiento registral), y pone de relieve que el registrador no interviene, ni manipula la realidad jurídica, y también destaca el tránsito de la fe pública desde el documento notarial hasta la fe pública registral en base y a consecuencia la integridad resultante de la suma de la fe pública originaria y de la derivativa.

nido por la recíproca influencia de los principios de autonomía de la voluntad y del valor normativo de la tipología legal e influido por la polémica de su deslinde, cuestión en la que no me detengo. Me interesa, sin embargo, recordar cómo en el negocio jurídico, cuya validez y eficacia material como supuesto teórico doy por indiscutida, cabe distinguir su perfección –como hecho o acto humano–, sus elementos subjetivos y objetivos, su contenido –como precepto o norma privada que obliga o sujeta a las partes– y sus efectos resultantes de los que es fuente –tengan el carácter de vínculo obligatorio o el carácter de causa justificativa de una posición jurídica real–.

78

Podemos decir como conclusión de lo expuesto que el contenido sustantivo del derecho a la inscripción del título se concreta en la obtención del asiento registral correspondiente que represente al título en su condición de fuente de un derecho real, cuya articulación resulta de la regulación negocial establecida en el marco de las normas configuradoras del tipo legal, y cuya eficacia real resulta consolidada y ampliada a consecuencia de la inscripción de su título y de su consiguiente publicidad.

Importantes temas aparecen entrevistados en las últimas reflexiones. Así, la configuración del derecho real, y en particular las características de los derechos reales sin influencia posesoria, como el caso de la hipoteca y, encadenado con su constitución, la incidencia del carácter constitutivo de la inscripción respecto del título.

Me ocuparé de la inscripción como documento derivado del título y de la relación entre título y la inscripción cuando ésta sea constitutiva.

IV. El derecho a la inscripción del título como derecho a su constancia registral

El derecho a la inscripción del título material presentado en el formal es, según he intentado demostrar, el derecho (instrumental o medial) a la culminación de la eficacia de un derecho subjetivo (sustantivo o material) de carácter real generado por el título, cuya culminación se alcanza mediante la obtención de la peculiar mayor eficacia *erga omnes* generada por la “publicidad registral”, como eficacia añadida a la que le es propia según su estructura material y su realidad extrarregistral como derecho esencial y sustantivamente real.

El negocio traslativo o constitutivo del derecho se produce y surge por su perfección en la realidad social y desencadena efectos variados, unos del tipo propio de los vínculos obligatorios y otros del tipo propio de los derechos subjetivos reales de acuerdo con la diversidad de caracteres del contrato obligatorio idóneo para ser título o causa de una *mutación jurídico-real inmobiliaria*. En nuestro Derecho vigente respecto de los derechos reales de significado posesorio, la tradición, la entrega de la posesión, bien sea real o material o bien sea por equivalente formal, inviste al adquirente del derecho real como posición jurídica que atribuye un poder sobre el bien exteriorizado a través de la posesión y oponible a los terceros que deben respetarlo. (Sin entrar ahora en la problemática de la “doble venta” o de la “inexactitud registral”).

Me parece innecesaria mayor demostración acerca del nacimiento efectivo de los derechos reales posesorios como consecuencia de un título material adecuado seguido del modo traditorio, por entrega material o entrega ficticia o mediante equivalente formal (1.462,2.º). Se produce una nueva realidad jurídica extrarregistral que merece su acceso al Registro para que se produzca, de nuevo, exactitud registral (art. 40. a) LH).

Cuando el transmitente o constituyente fuese el titular actual del derecho según la inscripción vigente, la propia obligación de entrega de la cosa transmitida o gravada y de asegurar su posesión legal y pacífica comprende el deber de cooperación para la inscripción del título traslativo o constitutivo.

Si el transmitente o constituyente no fuese titular pueden plantearse problemas de su deber para obtener la concordancia del Registro con la realidad previamente a la inscripción del título, o puede plantearse la colisión entre un titular del derecho según el Registro que no fuese poseedor y el poseedor por virtud de un título apropiado de derecho real que no fuese inscrito.

Puede sostenerse de manera razonada y justificada que en todo caso se produce el nacimiento de una situación o posición jurídica de derecho real; y puede afirmarse que la esencia real del derecho, como cualidad de su contextura o estructura, existe con independencia de la existencia o de la posibilidad de un conflicto o de una colisión frente a determinados terceros o de la existencia de terceros inmunes al conflicto o respecto de los cuales el conflicto sólo pueda plantearse en determinadas y restringidas circunstancias.

Y lo dicho hasta aquí, desde la perspectiva del adquirente de propiedad o derecho real con posesión, puede repetirse respecto del adquirente de un titular según la inscripción vigente que hubiese enajenado apoyado en la presunción posesoria generada por el Registro (arts. 38 y 35 LH), pero carente de posesión real o efectiva, por lo que dicho adquirente se quedaría enfrentado a un poseedor en concepto de dueño (art. 36 LH). Sin entrar en problemas de fondo relacionados con la trascendencia de la posesión frente al Registro, parece razonable admitir que la colisión se plantea entre dos derechos cuya sustancia, estructura y alcance real no es discutible y reconocer que se dirime entre ellos la preferencia de uno de los dos que es el que prospera a la

vez que el otro se rechaza. El alcance real del que prospera queda confirmado como *erga omnes* absoluto (20).

Una vez nacido el derecho real posesorio por la concurrencia de título y de modo, el título consignado en la escritura a la que se atribuye valor equivalente de la tradición debe acceder al Registro mediante el traslado a los libros registrales del título material en los términos en los que resulta presentado por el título formal. El artículo 9 LH impone al registrador el deber de trasladar el contenido del título al asiento registral y declara que al estampar su firma el registrador se hace responsable de la conformidad del asiento (que es su obra) con el título (que es la causa jurídica justificativa del asiento, el cual debe representar el título material producido en la real vida jurídica puesto que su protección es, a no dudar, la razón de ser del Registro de la Propiedad). El artículo 51 del RH expresa las reglas a las que debe ajustarse el registrador al practicar una inscripción extensa y en la "sexta" detalla: "Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquél. No se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real".

No merecen mayor atención las opiniones que atribuyen a esta norma el mero alcance de regular el contenido del asiento, porque ciertamente lo regulan; lo que interesa es alcanzar la razón o motivo de esa regulación, que radica en

(20) Como creo haber expuesto con claridad la construcción que juzgo más acertada, he hecho intencionada omisión de la referencia a la ingente doctrina, creo que de general aceptación, sobre el tema. Y también prescindo de lo referente a las cuestiones que se plantean en torno al conflicto, tensión o contradicción de finalidades entre Registro y la protección posesoria; y entre la fe pública registral y la usucapión contra tabulas; y a la presunción de buena fe (o a la buena fe presunta) en colisión con una posesión efectiva y aparente contradictoria con el reflejo o presunción posesoria provocada por el contenido de los asientos registrales.

el significado causal del título destinatario de la institución registral. Tampoco me ocuparé de la polémica acerca de si se inscribe el título o el derecho generado en él; aunque sean conceptualmente entes diversos el título generador y la situación jurídica generada, puede aceptarse en pragmática síntesis que mediante la inscripción del título obtiene publicidad el derecho y mediante la publicidad se le atribuyen al derecho resultante del título según la identidad individualizada que éste le confiere los efectos sustantivos de la inscripción, del sistema registral, cuyos efectos completan dicho derecho sustantivo mediante reforzar su eficacia natural y primigeniamente real.

82

En definitiva, me parece claro que el asiento de inscripción se practica a partir del título presentado (que se inscribe, art. 9, sexta de la LH) y que el contenido del asiento (en cuanto al derecho nacido del título identificado como derecho inscrito) se compone mediante testimonio del contenido material y sustantivo del título; este testimonio será en relación en cuanto a la parte del título de la que se haga “expresión circunstanciada” y será literal en cuanto a las cláusulas copiadas.

La labor calificadora del registrador, una vez admitida la inscripción del título, se manifiesta en una segunda fase dirigida a la redacción del asiento (21), consistente en la selección del material del título que debe recoger como “expresión circunstanciada” y en la selección de las cláusulas y pactos que debe “copiar literalmente”. Tanto la “relación circunstanciada” como la “copia” deben ser “conformes” con el título; pues la inscripción, el asiento en sí en su calidad de documento con fe pública derivativa debe guardar conformidad con el título.

(21) Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 552, entiende que “calificar es decidir si el hecho del cual se solicita el asiento llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable” y añade en nota 32 que “el concepto puede ampliarse a la función de determinar y decidir los términos en que el futuro asiento ha de ser redactado”.

El derecho a la inscripción del título tiene un contenido vario, pues comprende no sólo la pretensión de la práctica de un asiento sino también la de que la inscripción sea conforme con el título. La razón de ello se deriva de lo expresado hasta aquí: el título genera un derecho que se constituye perfecto por la coincidencia de título y de modo; y la pretensión de que el título acceda al Registro comprende la de que el derecho resultante del título añada a su propia existencia y a eficacia escrituraria la eficacia del sistema registral. Repito, según nuestro Derecho la publicidad registral añade eficacia al derecho nacido anteriormente; pero no modifica la individual esencia, contenido y estructura del derecho, ni su eficacia natural frente a terceros (art. 1.218 C.c.) que tiene su límite en la protección de terceros ignorantes de la modificación del título o en la de terceros inscritos (1.219 C.c.).

La facultad formadora, o conformadora (22), de los derechos corresponde al ciudadano en el ejercicio de la autono-

83

(22) José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, 1968, en págs. 583 y ss. Se ocupa de la "inscripción conformadora de la plena eficacia del derecho real: La inscripción conformadora, configuradora o cuasi constitutiva respecto de terceros. La redacción es profusa; "Sin la inscripción el derecho real tiene una serie de posibles límites en su ejercicio. Es derecho real y tiene acciones reales, pero no las puede ejercer con éxito contra los terceros que inscribieron su título con anterioridad. En cambio estos terceros que inscribieron tienen plenamente constituido o conformado en derecho real frente a todo el mundo". Pero antes, con tipo de letra destacado pero con redacción menos precisa ha dicho "para tales terceros tiene un efecto de constitutividad" si han inscrito su título y para los terceros que no han inscrito el derecho real no está perfecta y plenamente constituido". (No puede extrañar que, sin entrar en los detalles de su amplia argumentación, señale que en mi opinión la tesis es tachable; por ejemplo, omite toda distinción entre los aspectos de estructura y los aspectos de eficacia de los derechos reales; omite toda referencia a la energía negocial que enraizada en la autonomía de la voluntad contiene el título, se prolonga y consolida en su eficacia mediante la inscripción, a la que no cabe negar esta capacidad de eficacia que no es autónoma ni abstracta; sino que es derivativa de la que contiene el título; quizá sea culpa mía, pero no he encontrado ninguna referencia a la fundamental cuestión de la conexión posesión/registro y a la buena fe en relación a la *possessio ad usucapionem* que obliga a distinguir efectos referidos a la práctica de asientos y a su contenido y efectos referidos a la declaración judicial, incluido el fraude de Ley —de la Ley Hipotecaria— por parte de quienes pretendiesen usar el contenido de los asientos registrales torti-

mía privada civil en el marco de los tipos legales y dentro de los límites de las notas esenciales del carácter real.

Tan es así que la propia Ley Hipotecaria prevé la hipótesis de inexactitud registral proveniente, a lo que en este lugar interesa, tanto de “no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria” (art. 40.a) LH) o “la extinción de algún derecho inscrito” (art. 40.b) LH), como finalmente de “error en algún asiento” (art. 40.c) LH y arts. 211 y ss. LH) (23). Creo oportuna aquí una referencia a

ceramente; y tampoco, en tan importante cuestión, he encontrado referencia al derecho a la rectificación registral que pudiera ejercitar el tercero que no haya inscrito su título, precisamente para obtener la previa declaración judicial de que quien tenía inscrito su título daba lugar a una inexactitud registral respecto de la realidad jurídica extrarregistral. Mis dudas no se han amainado en el tomo II.

Juan José LÓPEZ BURNIOL, *Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias*, AAMN, XXXII, págs. 165 y ss. Se ha ocupado de la concepción de la inscripción como conformadora del derecho real, en cuanto eficaz *erga omnes* y de la pretendida reforma del sistema traslativo, y es interesante este párrafo en pág. 212. “La inscripción se desenvuelve en el plano de los efectos del derecho real, ya que —siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS— la oponibilidad frente a cualesquiera terceros, contra el *poenitus extraneus*, que reconoce al documento público el artículo 1.218,1 del Código civil, tiene una excepción, de no estar inscrito, establecida en los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria; tales documentos, a pesar del artículo 1.218, no podrán perjudicar al tercero inscrito: — en la esfera registral, aunque éste no reúna las condiciones que para la protección del sistema enuncia el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y — en vía judicial, sólo cuando ese tercero reúna tales condiciones: título oneroso, buena fe, previa inscripción”. Según el diccionario de la Lengua Castellana el primer significado de “conformar” como “transitivo consiste en ajustar, concordar una cosa con otra”; sin otros comentarios (y sin insistir en que el notario al redactar la escritura matriz debe “conformar” el texto a la voluntad negocial que se declara mediante él, previamente “formada” a results del consejo, de la información o de la advertencia del mismo notario) la inscripción, en cuanto documento, debe “conformarse” con el título que la causa y la causaliza; y de la inscripción nace publicidad que genera eficacia, esto sí, pero no “conforma”.

Para un estudio de esta cuestión debe prestarse atención al trabajo magistral, como suyo, de Rafael NÚÑEZ LAGOS citado en nota 19. Conforme a su enseñanza debe entenderse que el derecho real existe por su estructura y eficacia aun antes de ser inscrito, aunque la falta de inscripción lo haga claudicante frente al titular según el registro de un derecho incompatible con él. Véanse también las obras de Juan B. VALLET DE GOYTISOLO citadas en nota 27.

(23) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, 6.^a ed. (sin variantes en la 7.^a), 1968, pág. 457. El artículo 39 LH proporciona un concepto exacto aunque simple de la inexactitud registral. Pág. 459. El Registro es inexacto si el “título o derecho no ha llegado a inscribirse o registrarse, o sea, no ha tenido acceso registral” (aunque

estos últimos. Los artículos 211 y ss. se ocupan “de los errores cometidos en los asientos” que dice, “podrán ser ma-

no comenta el supuesto, la hipótesis de que la no inscripción se deba al rechazo de la inscripción). Pág. 461. “La inexactitud constituye un grave peligro para las personas a las que aproveche la realidad jurídica extrarregistral pues si el Registro inexacto vale como exacto en beneficio del tercero en el que concurran las circunstancias del artículo 34 LH no es preciso insistir en la conveniencia de rectificar el contenido del Registro a fin de evitar que el dueño o titular de algún derecho real inmobiliario se vea privado de su derecho por efecto de la fe pública del Registro”. Pág. 462. La finalidad primordial que constituye la razón de ser de nuestro Registro de la Propiedad inmueble, es precisamente hacer inoperante la posible inexactitud registral en beneficio del tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 LH.

WOLF, en *Tratado de Derecho civil*, Euneccerus Kipp y Wolf, *Derecho de cosas*, Wolf, vol. primero (traducción, comparación y adaptación de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 2.ª ed. Al cuidado, PUIG BRUTAU, Barcelona, 1981). Pág. 157. La rectificación mediante la inscripción a favor de un titular la puede solicitar también la persona que esté interesada en la inscripción de modo mediato. Adviértase cómo, según resulta de la expresión de este autor, en todo caso de pretensión de inscripción concurre la finalidad de rectificar al Registro inexacto para ajustarlo a la realidad —sin que ahora sea oportuno entrar a analizar si se pretende adaptar a la realidad que es, o a la realidad que debe ser o, más matizadamente, de adoptar la realidad de los derechos reales que debe ser a la realidad de los derechos en formación que debe culminarse—. Pág. 251. La inexactitud del Registro constituye un peligro para aquellos cuyos derechos no estén inscritos o lo estén inexactamente en cuanto pueden perderlos por pública del Registro. Si demuestran mediante documentos públicos la inexactitud del Registro pueden solicitar sin más de la oficina del Registro la rectificación; en otro caso sólo pueden hacerlo si aquél cuyo derecho se perjudique por la rectificación la consiente. Pág. 252. El C.c. da una pretensión dirigida a este consentimiento de rectificación. La pretensión corresponde a todo el que tenga un derecho sobre la finca o sobre un derecho inmobiliario; se dirige contra aquél a cuyo derecho perjudique la rectificación y tiende al asentimiento del obligado a la rectificación. Apostillo: se aprecia fácilmente cómo el Derecho alemán reconoce al titular de un derecho real *infrieri* el derecho medial a pretender y a obtener la rectificación del Registro, que se debe operar mediante la inscripción de su derecho (en el sistema alemán abstracto y de tipificación necesaria se inscriben derechos; y no creo que la altura lógico-dogmática del sistema sea garantía de superioridad). Véase, en cuanto a la facultad de solicitar la rectificación del Registro, PAU PEDRÓN, “Panorama del sistema inmobiliario alemán”, *RCDI*, n.º 551, julio-agosto, 1982, pág. 970, coincidente con lo antes reseñado.

Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, “Calificación Registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, *AAMN*, XXXII, págs. 493 y ss. Pág. 498. Se piensa unánimemente que debe estimularse, procurarse, facilitarse el mayor grado de coincidencia entre la verdad registral y la extrarregistral.

La necesidad de evitar la inexactitud registral y de corregir la producida es general. Véanse las citas en nota 16. Un intento de generalización sería agotador, máxime si se relaciona con el problema de la relación entre Registro y posesión.

teriales o de concepto”; éstos, según el artículo 216, se cometen “cuando al expresar en la inscripción alguno de los (conceptos) contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido”.

Me parecería impropio de este momento cualquier intento de profundizar en la valoración jurídica de los llamados errores, de su causa y de la posible responsabilidad por los daños que hubiera podido producir la inexactitud registral; pero creo imprescindible destacar cómo del artículo 219 LH resulta a favor del interesado en la rectificación del error de concepto la posibilidad a presentar de nuevo el mismo título ya inscrito, esto es, resulta el reconocimiento de su derecho a la rectificación de la inscripción errónea o dicho de otra manera el derecho a que el texto del asiento de inscripción sea conforme con el título; de donde resulta confirmado el carácter del asiento como documento cuya autenticidad deriva de la originaria propia del título con el cual se debe corresponder. Para que la rectificación se produzca mediante la “definitiva inscripción” del título se requiere o bien que el registrador reconozca su error o bien que “el juez o tribunal lo declare”. Dejo de lado la posible rectificación a consecuencia de un nuevo convenio entre las partes aclaratorio de vaguedades, ambigüedades o inexactitudes de la redacción del título aclarado o de una sentencia que declare el sentido, cual sea el verdadero sentido del título. Me interesa destacar cómo la salvaguarda de los tribunales sobre los asientos (art. 1.º tercero LH) no impide la rectificación del asiento erróneo por “error de concepto” mediante la nueva calificación del mismo título en cuanto a su reflejo en el contenido del asiento que el registrador realizase, de cuya calificación es elemento básico “el reconocimiento de su error por el registrador”. Y también cómo la salvaguarda del asiento por los tribunales tiene una singular manifestación en el supuesto de que el tribunal ordenase la corrección del error en defecto de que la nueva calificación lo reconociese.

No insisto ahora en el sentido y alcance que la Ley Hipotecaria atribuye a la solicitud al juez o al tribunal para que declare la procedencia de la rectificación (art. 40, segundo LH). Más adelante comentaré su concepción de la pretensión como dirigida a “la otra parte” en el título y no como dirigida frente a la institución registral.

Creo demostrado que el interesado tiene derecho a la inscripción del título y con mayor precisión, tiene derecho a que el asiento practicado se corresponda, en su contenido textual, con el texto mediante el cual el título formal presenta el acto o contrato que es título material.

V. El derecho a la inscripción del título cuando la inscripción es “constitutiva”

Quisiera hacer una aclaración previa. La inscripción por sí sola no es nunca constitutiva. Ni aun en los sistemas de negocio abstracto de disposición y acuerdo real traslativo. La publicidad registral siempre complementa un negocio de tráfico inserto en los hechos de la realidad social patrimonial y dotado de alcance o trascendencia jurídica de esencia real (24).

La inscripción por sí sola no debe producir ningún efecto jurídico. Por ello, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH). Por ello, si una inscripción fuera disconforme con el título al incumplir el artículo 9 octava LH generaría una inexactitud registral puesto que existiría desacuerdo entre el

87

(24) Véase en la nota anterior cómo la inscripción de un derecho que careciese de apoyo causal produciría una situación de inexactitud registral; pues la situación extrarregistral no desaparece por efecto del asiento inscrito sino por efecto sustantivo del juego de la publicidad en beneficio de tercero (fe pública registral); así resulta de la existencia del derecho a obtener la rectificación del Registro. Luego el asiento por sí solo no constituye de manera plena y perfecta al derecho; para ello necesita bien del precedente de la realidad de una causa (aunque desconectada) o bien del subsiguiente de la legal protección a un tercero a título oneroso y de buena fe.

derecho nacido del título existente en la realidad jurídica extrarregistral y la inscripción practicada en el Registro desajustadamente al mismo título que da vida al derecho. A esta inexactitud tratada como error en los citados artículos 211 a 220 LH es a la que me acabo de referir.

Se dice que la inscripción es constitutiva cuando su concurrencia es necesaria para que se produzca un determinado efecto jurídico sustantivo, diverso del aumento de la eficacia generada a consecuencia de la publicidad registral, esto es, la inscripción es constitutiva cuando completa los presupuestos necesarios para la generación de un efecto sustantivo que al tiempo de nacer queda adornado de la eficacia específica de la publicidad registral. Adviértase que la inscripción es siempre constitutiva de la eficacia propia del sistema registral que se aplica al título inscrito o si se quiere al derecho transmitido o constituido mediante el título inscrito. Pero la palabra “constitutivo” para formar la expresión “inscripción constitutiva” se emplea con una significación acuñada por la doctrina cuando se quiere decir que la inscripción es uno de los elementos o factores constitutivos de una situación o posición jurídica, de un derecho subjetivo, que no existía antes de la inscripción y que existe desde ella (25).

Me parece razonable hacer una precisión: La afirmación de que el derecho existe desde (26) la inscripción no agota

(25) La inscripción es constitutiva cuando merece la calificación de requisito necesario para la producción de la mutación jurídico-real inmobiliaria (recuérdese la cita de ROCA SASTRE en nota 10). Pero aun en estos casos, desde la perfección del elemento causal nace un derecho a la consecución de la mutación perfecta y plenamente eficaz, ya que si bien requiere la inscripción de la práctica del asiento y depende de la decisión de un tercero ajeno a las partes del negocio causal (el registrador en cuanto administra el sistema registral), cuyo tercero tiene el deber de cooperar, según su función y siendo ajustado a derecho, a la producción de la mutación jurídico-real.

(26) El derecho existe en este caso desde la inscripción, pero la energía jurídica de su generación radica en el principio de autonomía privada que apoyado en el ordenamiento jurídico se produce y exterioriza mediante los instrumentos que éste le ofrece. La autonomía privada se realiza mediante el negocio (acto, contrato o testamento) dirigido a la mutación jurídico-real, cuyo negocio se presenta mediante el

la valoración propia de cada uno de los otros elementos constitutivos según su naturaleza y circunstancias ni la valoración conjunta de la inscripción con esos otros elementos constitutivos como supuesto de hecho complejo, cuya valoración plural es diversa de la valoración singular de la inscripción como dato individualizado o separado.

En el caso de la hipoteca merece atención la circunstancia de la inexistencia de elemento posesorio en su estructura; es un derecho sin elemento posesorio y la sujeción del bien sobre que recae se produce a consecuencia del soporte registral de la inscripción. No voy a recordar la conocida diversidad de opiniones doctrinales acerca de su naturaleza jurídica, ni a sintetizarla mediante la agrupación de los que sostienen su carácter de institución procesal y de los que la consideran institución civil y sustentada registralmente, y entre éstos los que la califican bien como propio derecho real o bien como un especial derecho *erga omnes*, pero sin inherencia posesoria (27). Posiblemente sea aconsejable una posición sincrética que tome aspectos de las diversas posiciones, porque si es un derecho que sujeta al bien mediante el asiento con efecto *erga omnes* durante una fase de su vida, precisamente hasta el trance de ejecución en cuya oportunidad adquiere el carácter de una institución procesal o procedimental que provoca la “realización del valor” del bien

89

título formal y apoyado en éste; y la energía que genera el negocio motiva y justifica el asiento pretendido, pues por el negocio nace el derecho a obtener el asiento. Este derecho es, pues, medial para la obtención de la plena eficacia del derecho sustantivo, que se logra mediante la inscripción de su título. Véase el trabajo de Rafael NÚÑEZ LAGOS citado en la nota 19.

(27) Véanse los trabajos de VALLET DE GOYTISOLO “Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito”, “La distinción entre derechos reales y derechos de crédito”, “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero” y “Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario”. Juntos en *Estudios sobre derechos de Cosas*, I, Temas generales, Madrid, 1985. Véase también lo que sobre “La figura teórica del Derecho Real” nos dice Díez-PICAZO en el volumen tercero de sus *Fundamentos*, 4.^a ed., 1995, págs. 67 y ss.

hipotecado, esto es, la enajenación de su objeto y la consiguiente extinción del derecho de hipoteca por la enajenación, a consecuencia de cuya enajenación y extinción de "la hipoteca" el derecho del acreedor hipotecario queda convertido en la facultad privilegiada del cobro de la cantidad adeudada o reclamada con preferencia a cualesquiera otros acreedores y a cargo del dinero producto de la enajenación, o sea, de "la realización de valor".

Tengo por suficiente a este esbozo para ofrecer mi punto de vista acerca de la constitución y de la ejecución de la hipoteca en relación al carácter constitutivo de la inscripción. De los artículos 1.875 primero C.c. y 145 LH resulta que para la válida constitución de la hipoteca voluntaria se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública; 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Ambos elementos son constitutivos; y según el orden cronológico natural la inscripción es el último, y simultáneamente a la inscripción surge el derecho, todo lo cual le proporciona un espectacular relieve. Ahora bien, sin ignorar esta realidad, debe analizarse el valor del contrato creador de la hipoteca y de la escritura que lo formaliza y lo presenta, en cuanto es el momento en el que los sujetos en el ejercicio de las facultades nacidas de su autonomía privada y debidamente legitimados, no sólo celebran el contrato en el que se inserta la constitución del derecho sino que también establecen sus particularidades en relación al derecho o crédito garantizado, y al monto de la garantía, y a su extensión en cuanto al objeto, tanto en la fase de sujeción como en la de ejecución y en la de la efectividad de la preferencia en relación con la parte del producto del remate sobre el que recae, y en fin, en relación a las particularidades que respecto de su ejecución permiten las leyes de procedimiento (incluida la Ley Hipotecaria en cuanto ley también de procedimiento o procesal). El contrato de hipoteca es, pues, elemento fáctico producido en el seno del discurso de la vida social negocial, es un acto de ejercicio de facul-

tades legítimas decidido en ejercicio de la autonomía patrimonial privada, la cual establece el alcance que tendrá el Derecho. La inscripción, que consume el proceso constitutivo y alumbra al Derecho perfecto y completo, es el documento extendido en los libros registrales que testimonia el título, el contrato escriturado de constitución de hipoteca, el producto de la vida del tráfico, de la decisión inmediata de las partes. No pretendo valorar comparativamente los elementos constitutivos; pero sí pretendo evitar mitificaciones que pueden encerrar la tentación, o la sugerencia, de minusvalorar (28) el elemento inicial, procedente del tráfico vivo, generado por la voluntad de las partes –como primeros y mayores interesados– en el momento temporal coincidente con el trasiego de las prestaciones de contenido o de significado patrimonial (contra la garantía se concede confianza o crédito) que encierra el valor de elemento causal de la inscripción y de texto documental justificativo de su contenido (29).

91

(28) José M.^a CHICO ORTIZ en *Seguridad Jurídica y Revisión crítica de los principios hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 1995, ha llegado a escribir (págs. 40 y 41), comentando la tesis de NÚÑEZ LAGOS (Rafael) sobre “el registro de títulos” y la “polémica frente a éste protagonizada por LA RICA”; “En algunos casos bastaba simplemente con la inscripción, pues el documento no era ejecutivo (caso del préstamo hipotecario) sin la inscripción” comentó que no precisa esfuerzo señalar lo erróneo de esta afirmación; basta recordar que la escritura de préstamo tiene dos facetas diversas, forma del contrato de préstamo, que si perfecto será exigible y líquido a su vencimiento, y título de hipoteca, y aunque no estuviese inscrita la escritura y no constituida la hipoteca, no obstante sería título ejecutivo la escritura no inscrita aunque carecería de las ventajas de prelación que presta la hipoteca no constituida, si bien podría obtener embargo sobre la misma finca y prelación desde la correspondiente anotación. En resumen, la escritura sería ejecutiva aunque sin otra preferencia que la propia (1.924,3.^o) o la del embargo; de la falta de inscripción se seguiría la pérdida de preferencia hipotecaria pero no la falta de fuerza ejecutiva ni las otras preferencias. La experiencia, además, así lo demuestra. Huelgan otros comentarios.

(29) Manuel AMORÓS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Colegio de registradores, Centro de Estudios Registrales, 1990, en págs. 97 y 98, señala que la causa específica del crédito hipotecario es su función de garantía.

No es propio de este lugar comentar la concepción conceptual del “crédito hipotecario” ni los aspectos de la influencia de la “causa” en el préstamo con garantía hipotecaria, sea en relación al precedente causal o sea en cuanto al resultado de garantía y también en cuanto a la garantía como motivo causal (valga la expresión) del préstamo o del crédito; independiente de todo ello en el juego de la causa en la relación entre deudor y tercero hipotecante.

En relación a la ejecución de la hipoteca no entro en la exposición de las opiniones acerca de la posibilidad de libre elección del procedimiento para la realización del derecho de hipoteca en el caso de haberse pactado el judicial sumario regulado en la LH; tampoco en la cuestión de la más acertada calificación del llamado procedimiento ejecutivo extrajudicial de la hipoteca (con desacuerdo procedente del texto legal). Pero me parece indiscutible recordar cómo en el caso de los procedimientos ordinario, declarativo y ejecutivo, regulado en la LEC el título de ejecución es el mismo título de inscripción; y puesto que es título de la relación sustantiva o material a la seguridad de cuyo cumplimiento se constituye la hipoteca y en atención al carácter accesorio de la hipoteca, se admite en dichos procesos su contradicción que puede ser total en el plenario declarativo o que es parcial sujeta a las limitaciones propias de la relativa sumariedad del ejecutivo; mientras que, diversamente, en el caso de la ejecución judicial sumaria contenida en la Ley Hipotecaria se produce, a diferencia de lo que acontece en los otros procedimientos, una valoración legal del derecho del titular de la hipoteca según los términos de su inscripción, abstracción hecha de la real situación del crédito o del derecho garantizado, en términos tales que si bien la Ley sujeta expresamente al ejecutante a la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause por el malicioso o abusivo ejercicio de la acción hipotecaria por este procedimiento, no es menos cierto que adopta esta medida como contrapartida al criterio que impide al deudor o al ejecutado oponer las excepciones admisibles en los otros procedimientos. Como dice la doctrina, el procedimiento judicial sumario que regula la Ley Hipotecaria para el ejercicio de la hipoteca incomunica a ésta de la relación garantizada de manera prácticamente total, como lo demuestra la tasa (más bien exclusión) de excepciones resultante de la enumeración del artículo 132 LH; la hipoteca queda articulada como un derecho que en el momento de la ejecución del bien se desconecta del negocio

causal y de la obligación garantizada (llamada principal), por lo que si la ejecución termina en enajenación y el acreedor recibe lo que hubiere reclamado abusivamente no obstante el pago (al amparo de falta de cancelación) el deudor que hubiere pagado sólo tiene derecho a la repetición y a la indemnización correspondiente por daños y perjuicios; es un caso de aplicación del principio propio de la abstracción de causa: *solve et repete* (30).

En el extremo opuesto, pero con perfecta lógica, se ha estimado que en caso de ejercicio de la “acción hipotecaria” por el “procedimiento sumario” del artículo 131 LH, la pretensión del “acreedor hipotecario” queda limitada al importe de la cifra de “garantía hipotecaria”, aunque el importe del crédito garantizado fuera mayor (31).

Basta pensar en la hipoteca constituida sobre viviendas para sentir la necesidad de postular una razonable reforma del procedimiento sumario que tenga en cuenta un razonable equilibrio entre todos los intereses en juego, y que dulcifique la abstracción causal hoy dominante en beneficio de la ética que acompaña a todo sistema causal.

Pero volviendo a nuestro argumento, podemos mantener que el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca no

(30) José Manuel GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 45 y ss., como carácter primero destaca que es un procedimiento de base registral que sirve de ejecución directa de los asientos registrales, cuyo carácter se apoya en la doctrina (ROCA SASTRE) y en la jurisprudencia.

(31) La Audiencia Provincial (sección decimonovena) por Auto de diecisiete de enero de 1995 (Rollo 646/93 por Autos 1488/82) dictado en grado de apelación de autos sobre artículo 131 LH procedentes del Juzgado de 1.ª Instancia de Madrid, n.º 11, se ocupó de la cuestión de si en el procedimiento judicial sumario podían reclamarse la totalidad de los intereses devengados o sólo la parte de éstos garantizada con hipoteca (esto es, comprendida en la cifra de garantía hipotecaria) y estimó que en el procedimiento judicial sumario sólo puede reclamarse la parte de los intereses devengados garantizada con hipoteca (por quedar circunscrito su ámbito a la ejecución de la hipoteca constituida en garantía del acreedor, sin que pueda exceder de la misma porque el procedimiento no es idóneo para la reclamación del crédito garantizado) y que la parte de intereses devengados que excediese de la cifra máxima establecida como garantía o responsabilidad hipotecaria debe reclamarse por el procedimiento ordinario que corresponda.

altera la naturaleza corporal del asiento registral como documento que testimonia otro (el título formal) ni su contenido textual dotado de fehaciencia derivativa (su fe deriva de la autenticidad del título) y su carácter funcional o instrumental al servicio del título material, que le sirve de causa jurídica; el título formal contiene y presenta el acto negocial (título material) celebrado por los protagonistas de la vida social portadores de los intereses patrimoniales regulados y mediante su inscripción se completa la generación de un derecho nuevo que nace ya adornado de la eficacia registral.

Dejo para otra ocasión el análisis de la eficacia del título de constitución de la hipoteca en sí mismo, en cuanto fuente de las relaciones contractuales y en relación con la inscripción pendiente de ella y una vez practicada la inscripción como causa sustantiva y nutricia de sus efectos. También dejo el estudio de estas cuestiones en los sistemas que articulan como constitutiva la inscripción de títulos de derechos de cuya esencia forma parte el elemento posesorio.

VI. Recapitulación acerca del objetivo o finalidad del ejercicio del derecho

El ejercicio del derecho a la inscripción persigue de modo inmediato la obtención de la inscripción del título, o sea, la práctica del asiento registral correspondiente al título y a su contenido, y de modo mediato, a través de la publicidad del título y de su contenido testimoniado en relación o literalmente en el asiento, la obtención de los diversos efectos que el sistema registral ofrece al titular del derecho, de la posición o de la relación jurídica resultante del título.

La finalidad última es, pues, la obtención de un determinado régimen jurídico, aplicable a quien se incorpora al sistema registral mediante la inscripción de su título, la cual debe practicar el registrador a resultas de su calificación (supuesta la idoneidad sustantiva o material y la formal).

Y esto es así tanto si la inscripción se califica de declarativa como si se considera constitutiva; y tanto si se organiza como obligatoria o como facultativa. Incluso siendo obligatoria quien resultase obligado tendría el derecho, propio de todo deudor, a poder dar cumplimiento a su obligación.

VII. Frente a quién se ejerce el derecho a la inscripción

Esta cuestión viene implícitamente resuelta, y resulta según lo que he expuesto hasta aquí.

El derecho a la inscripción del título persigue la práctica de una inscripción, la incorporación de un título al sistema registral y se ejerce respecto o frente (sin que esta expresión suponga oposición o enfrentamiento sino sólo señalamiento de destinatario) al Registro como institución y al registrador como encargado del Registro en la labor de recibir e inscribir los títulos, de conservar el Registro y de certificar o publicar su contenido.

Si contemplamos esta cuestión en su aspecto institucional, debemos señalar que el derecho de inscripción se ejerce frente al sistema registral, concretado o individualizado en el concreto Registro competente. Si nos planteamos su aspecto funcional u operativo, y más concreto, podemos afirmar que se ejerce frente al registrador a quien corresponde la práctica del asiento pretendido.

No me entretengo ahora en el tránsito del título presentado a través de la calificación de inscribibilidad hasta su inscripción. Antes aludí a la calificación consistente en la selección del contenido del título que debe incorporarse al texto de la inscripción y estudié la necesaria correspondencia con el título; ahora me refiero a la calificación de la que resulta la decisión de inscribir o la negativa a la práctica de la inscripción. La decisión de inscribir satisface una vez ejercido el derecho a la inscripción del título; la decisión de no inscribir, merece nuestra atención.

Del tenor de la Ley Hipotecaria (art. 65) resulta que el registrador no debe practicar la inscripción cuando el título tuviese alguna falta. La propia Ley (art. 66) atribuye a quien hubiese pretendido la inscripción no practicada la posibilidad de “reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el registrador”. En la colisión entre el ejercicio del derecho a la inscripción del título y la calificación de la que nace la decisión de no inscribir por atribuir al título falta o defecto que impida la inscripción, se decanta el eventual enfrentamiento de dos valoraciones. Si la persona que ejercita el derecho reconoce fundada la calificación, acepta en consecuencia el criterio, juicio u opinión de la existencia de una falta que afecte al título en sí mismo o de un obstáculo nacido del contenido registral vigente. Pero si el ejerciente del derecho no comparte la valoración jurídica expresada en la calificación de la que resulta la negativa a la inscripción, puede solicitar que la superior autoridad encargada del sistema registral decida acerca de la procedencia de la inscripción solicitada. El artículo 66 LH atribuye a los interesados la facultad (podrán, dice) de reclamar gubernativamente contra la calificación del registrador. Sin entrar en detalles del procedimiento gubernativo que sigue el recurso contra la calificación del registrador, me interesa destacar cómo la reclamación provoca una nueva calificación, ya que según el artículo 118 RH la resolución “ordenará, denegará o suspenderá la inscripción”. En el ámbito gubernativo, el sistema registral ha pronunciado su última palabra; la resolución causa estado. Si fuese contraria a la práctica de la inscripción del título y el sujeto que ejerció el derecho a la inscripción entendiese que la negativa a la inscripción del título vulnera su derecho, resulta razonable que nos preguntemos por la índole de ese derecho, que hemos estudiado hasta ahora en la normalidad; o mejor dicho, por la índole o carácter o naturaleza de la pretensión a la efectividad del derecho que su titular considera “insatisfecho” o “violado” a consecuencia de la negativa a la inscripción decidida en la calificación.

Para ello debemos analizar sucesivamente la índole o naturaleza de los elementos que forman lo que hemos llamado sistema registral, así como también si el derecho a la inscripción debe quedar comprendido en el principio constitucional expresado en el artículo 24,1 CE según el cual “Todas las personas tienen derecho 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”. Y junto con ello es imprescindible analizar y estudiar la posibilidad de que la actuación administrativa que hubiese decidido que no se practique la inscripción del título, deba quedar sometida al control de los tribunales conforme al artículo 106,1 CE; y en su caso qué jurisdicción (la contencioso administrativa o la civil) se entienda competente (32).

VIII. El sujeto pasivo del derecho a la inscripción. Su carácter (con notas sobre la naturaleza del Registro y de la calificación registral)

La obtención de la inscripción del título es el contenido propio del derecho que nos ocupa.

Se hace necesaria la distinción entre la faceta personal y la faceta institucional al pretender desentrañar la determinación del sujeto pasivo “frente al que se ejercita ese derecho de inscripción”.

(32) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., 1993. Pág. 434. La Constitución vigente ha cerrado el paso a toda exención jurisdiccional; el artículo 106,1 CE afirma sin excepción posible la competencia de los tribunales para el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; y el artículo 24,1 CE afirma el derecho de todos a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Pág. 555. La Constitución no dice en parte alguna, ni permite interpretarse así, que ese derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) sea más débil, más tenue, menos efectivo cuando el proceso se trabaje con una Administración Pública.

En mi opinión, el derecho a la inscripción que se ejerce ante el registrador tiene a éste como sujeto pasivo en cuanto funcionario o encargado del Registro. La presentación del título inscribible es acto de ejercicio del derecho de inscripción y no tiene el significado de una pretensión dirigida frente o contra, sino simplemente dirigida al registrador. Respecto del registrador, se pretende el ejercicio de su doble función de calificación del título y de redacción del asiento en base al título; por ello, creo que puede decirse que respecto al registrador el interesado pretende la prestación de su función de relevante contenido jurídico con la finalidad de obtener la inscripción del título.

Con la práctica del asiento pretendido o solicitado el interesado obtendrá la satisfacción de su derecho; pero si no se practicara el asiento (sea por denegación o por suspensión, fundadas en el título mismo o en el contenido registral anterior) el interesado que no reconociese justificado el criterio calificadorio, puede interponer el recurso gubernativo aludido para obtener una revisión del criterio calificador en el ámbito de la actuación de la administración del Registro de la Propiedad, esto es, para obtener (en definitiva y sin detenernos en detalles procedimentales del expediente del recurso) la decisión al respecto del órgano administrativo al que corresponde la máxima autoridad respecto del funcionamiento del sistema registral, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La decisión del centro gubernativo causa estado en el ámbito administrativo. Por ello, puede sostenerse que el derecho a la inscripción se ejerce al pretender o solicitar la inscripción ante el registrador, y eventualmente en tramo de recurso ante la Dirección General en cuanto gestores y responsables del Registro de la Propiedad, como institución a través de la cual se presta el servicio de la publicidad registral, que tiene como núcleo central la constancia y publicidad de los títulos, de su contenido y de las situaciones resultantes, puesto que la publicidad se nutre de los títulos

auténticos y por derivación de ellos genera los efectos sustantivos que las leyes atribuyen a la inscripción por su condición de vehículo de constancia y de publicidad.

El derecho a la inscripción puede calificarse como derecho medial o instrumental, puesto que su finalidad última va más allá de la obtención de la inscripción; en efecto, se dirige a obtener mediante la inscripción para el derecho resultante del título los efectos sustantivos que proporciona la publicidad registral; así pues, la inscripción es el instrumento para la obtención del efecto pretendido como final.

Estos argumentos permiten sostener que el derecho a la inscripción tiene como sujeto pasivo al Registro de la Propiedad, en cuanto institución integrada en la Administración Pública.

El Registro de la Propiedad, según se dice, es una institución administrativa (33) de relevante significado jurídico

99

(33) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 6.^a ed. (sin variante en esta parte en la 7.^a) 1968, págs. 15 y 16. Las materias estrictamente registrales, como las relativas a la organización y funcionamiento de los Registros y al procedimiento de inscripción, son objeto de normas especiales que por referirse a un aspecto específico de la administración del Estado dirigida a la tutela jurídica de los derechos privados en sentido amplio, deben considerarse como formando un cuerpo legal diferenciado; pues los Registros de la Propiedad son "órganos de la administración del Estado" si bien "al servicio del derecho privado".

CHICO ORTIZ, José M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 40. Todos los Registros son expresión de una actividad de la Administración Pública. Pero afirma que es una institución que resiste cualquier clase de trato unitario de carácter administrativo.

Ángel SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Reus, Madrid, 1947, pág. 27. El Derecho inmobiliario se relaciona con el Derecho administrativo por la consideración que puede tener el Registro como órgano de la Administración y los registradores como funcionarios públicos, además de otras razones por sujeto, objeto y forma.

Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral, Ángel M. LÓPEZ LÓPEZ y Vicente L. MONTES, Valencia, 1994, Lec. 33. M.^a R. VALPUERTA FERNÁNDEZ, *El Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 773 y ss. El Registro de la Propiedad es una institución jurídica, una institución jurídica administrativa integrada en la Administración del Estado. También calificada como organismo administrativo de oficina pública.

Antonio PAU PEDRÓN, *Registro y seguridad jurídica*, Seminario en la UIMP sobre seguridad jurídica, Consejo General del Notariado y UIMP, 1987, pág. 193. Todos los Registros (los de seguridad jurídica y los de información administrativa) son administrativos porque los establece la Administración.

para la gestión de intereses privados. Se trata de un postulado cierto pero insuficiente. Es cierto en cuanto que protege, ampara y mejora la eficacia y la efectividad de derechos subjetivos privados; pero es insuficiente porque no destaca que satisface un interés público o general, pues tal carácter tiene la finalidad perseguida de seguridad jurídica del tráfico patrimonial y de las garantías crediticias (34).

Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V, tercero, 4.^a ed., 1995, pág. 304. El Registro es una institución administrativa que tiene por objeto la publicidad oficial de las situaciones jurídicas de los bienes inmuebles. Pertenecen a lo que ZANOBINI ha llamado "administración pública del derecho privado".

Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Caracas, 1965, pág. 165. El Registro de la Propiedad es una creación técnica organizada por el Estado, constituyendo parte de la estructura administrativa del mismo.

José Luis LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957. LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 11. La publicidad registral constituye una actividad organizada administrativamente de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria.

Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, 1983, pág. 575. El Registro de la Propiedad es un órgano de la administración pública, entendida en sentido amplio de Gobierno de la nación; pero no es un órgano administrativo sino jurisdiccional.

Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 553. El Registro de la Propiedad es el órgano del Estado a quien incumbe la función registral referente a la propiedad inmueble, es decir, la función pública por la que se proclaman oficialmente las situaciones jurídicas actuales de los bienes inmuebles.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "La impugnación de los Actos Registrales", *RCDI*, septiembre-octubre, 1955, pág. 513. Pág. 527. Administrativas son las disposiciones de la Ley Hipotecaria que regulan la utilización de un servicio público como es el Registro de la Propiedad.

A salvo el escorzo final de CAMY (cuando apunta que "no es un órgano administrativo sino jurisdiccional", que no aplicable ni tan siquiera al juez encargado del Registro en Alemania, en cuanto responsable del servicio registral,) el carácter de administración pública del Registro de la Propiedad es afirmado con unanimidad.

(34) Véase la nota 10, en la que se contempla el interés general o público, vinculado a la seguridad del tráfico, que satisface el Registro de la Propiedad.

Ángel CRISTÓBAL MONTES, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Caracas, 1965, pág. 168. Es un órgano estatal que sirve de instrumento para la publicidad inmobiliaria como medio para la tutela del interés privado, y sin menospreciar esta circunstancia no debe olvidarse que el Registro tiene su principal razón de ser en el interés público a que sirve a través de los particulares, en el interés por una ordenación clara y segura del tráfico y en general de los derechos privados sobre inmuebles.

El derecho a la inscripción se ejerce por el interesado frente al Registro de la Propiedad como administración pública (35); conclusión no desvirtuada por el hecho de que su ejercicio se pretenda ante el registrador o ante el centro directivo, en cuanto gestores y responsables del Registro de la Propiedad.

Dentro de la organización administrativa del sistema registral la decisión del registrador acerca del rechazo del título presentado como idóneo para servir de base de un asiento registral no agota el trámite de la Administración (36).

(35) MEZQUITA DEL CACHO en *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 1989, volumen 2, "Sistema español de Derecho Cautelar", hace un notable esfuerzo dialéctico para justificar su criterio, según el cual (pág. 177) el sistema cautelar no es administrativo ni procesal, por lo que tiene que preguntarse (pág. 197) por su encuadre en el derecho público, concluyendo (pág. 199) que el sistema cautelar es un espacio autónomo de aplicación específica del Derecho constitucional. Como todas las soluciones que llegan al punto de la "naturaleza singular y especial", sin desconocer el mérito de su esfuerzo analítico, dejan con regusto de incómoda insatisfacción.

J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 1989, pág. 209. Propone una redefinición y una reestructuración a fondo de la función de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el conocimiento y resolución de los recursos gubernativos. Hay un importante aspecto de servicio que justifica una actuación de control administrativo... sobre intereses particulares dependientes de la forma y de la publicidad de relaciones jurídicas privadas cuya tutela natural es la jurisdiccional.

(36) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, 6.^a ed. (sin variante en esta parte en la 7.^a), 1968, pág. 16. El procedimiento estrictamente registral como modo de producirse el Registro como órgano de la administración estatal con actividad jurídica, participa de la naturaleza propia de los denominados actos de jurisdicción voluntaria.

Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, V tercero, 4.^a ed., 1995, pág. 335. Llamamos procedimiento registral al proceso constituido por la serie de actividades que son llevadas a cabo desde que una persona pretende o suscita la práctica de una inscripción hasta el momento en que el funcionario o encargado del Registro emite una decisión sobre esta pretensión.

Se ha discutido su naturaleza. Para algunos se ventila una pretensión y tiene naturaleza jurisdiccional; la actividad del registrador puede ser englobada dentro de la categoría conocida como "actos de jurisdicción voluntaria". Parece más acertada la opinión de los que entienden que tanto el Registro en cuanto servicio público como los actos que en él se realizan poseen naturaleza administrativa.

Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral, Ángel M. LÓPEZ LÓPEZ y Vicente L. MONTES, Valencia, 1994, pág. 833. "Se entiende por procedimiento registral aquel conjunto de actos reglados por el derecho, tendentes a provocar constancia registral de situaciones jurídicas objeto de publicidad. Pág. 834. En relación a los procedimientos judicial y administrativo presentan importantes peculiaridades que difi-

Las propias normas reguladoras del sistema registral determinan el nivel y el momento en el que la decisión negativa agota el trámite o el camino administrativo.

Siendo sujeto pasivo del derecho a la inscripción, el Registro de la Propiedad en cuanto institución administrativa o el servicio registral, también considerado servicio público administrativo, la negativa a la práctica de la inscripción solicitada en ejercicio de tal derecho provoca el nacimiento de un conflicto. El tema se concreta en la diferencia de criterio entre quien pretende la inscripción y quien niega su práctica; la Administración Pública encargada del Registro de la Propiedad deniega la prestación del servicio consistente en la extensión del asiento por las razones que estima justificadas frente al solicitante que, por hipótesis a efectos de estas reflexiones, estima que tal negativa carece de fundamento. El conflicto entre administrado y Administración Pública surge a consecuencia a la negativa de ésta a realizar un acto administrativo, la práctica de la inscripción; y se basa en la diferente valoración de la justificación de dicha negativa resultante de la calificación registral (37).

cultan su inclusión en alguno de estos tipos". Y después de recordar opiniones que aproximan al judicial (DE LA RICA) o al administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ y Díez-PICAZO) o lo califican de *tertius genus* (ROCA SASTRE - actividad estrictamente jurídica del Estado puesta al servicio de los particulares) analiza la opinión que la incluye en la jurisdicción voluntaria (RDG, 26 de junio de 1986, y Jerónimo GONZÁLEZ, SANZ FERNÁNDEZ, COSSÍO, NÚÑEZ LAGOS) y cierra con la reflexión de LACRUZ-SANCHO, que sin negar esta naturaleza puntualizan que no responde a la definición legal que contiene el artículo 1.811 LEC ni le son de aplicación sus normas reguladoras.

(37) La naturaleza de la calificación registral (como concepto unitario, sin distinción entre la realizada por el registrador o por la Dirección General) no es tratada con coincidencia por la doctrina. Y no es fácil agrupar de una manera precisa a los autores. Con cierta falta de rigor sistemático me atrevo a agrupar, en primer lugar, a autores próximos al estudio del derecho registral, de los que puede predicarse como nota común la falta de precisión en sus conclusiones. Así PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 533. La función registral es una función pública que puede encajarse en la función jurisdiccional en sentido material, y en todo caso es muy distinta de la típica administración del Estado. Pág. 534. En sentido formal no es jurisdicción, no sólo porque se desenvuelve fuera del proceso, sino porque los órganos típicamente encargados están formalmente fuera de la organización judicial. Pág. 534. Es una función distinta de la

IX. La diversidad de conflictos nacidos a causa de la insatisfacción del derecho a la inscripción y las consecuencias de tal diversidad

No pretendo formular una enumeración completa; ni tampoco sistematizar la materia; creo suficiente a los efectos de

típica de la Administración del Estado. Las leyes que regulan la función registral son leyes civiles, el C.c. y la LH que es una Ley civil. Las cuestiones que se ventilan son civiles. No es preciso destacar cómo este autor viene a entender coincidente la función registral con la función calificadora; y sin comentar las reflexiones que sugiere la falta de contemplación de la "función certificante" podemos destacar la imprecisión de las conclusiones. LACRUZ BERDEJO en el dictamen citado en nota 33 nos dice (pág. 125) que la función registral no es judicial ni administrativa. En segundo lugar me referiré a los autores que se inclinan por atribuir a la calificación registral un cierto carácter de "declaración de derecho"; así Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, 1983, pág. 575. La decisión derivada de la calificación registral no es un acto administrativo sino jurisdiccional o "verdadero juicio hipotecario". No es un acto sujeto al derecho público. Pág. 576. Como todo acto jurisdiccional decide sobre la validez o invalidez del acto o contrato analizado. Pág. 577. Produce a excepción de cosa juzgada. Estando bajo la salvaguardia de los tribunales. Pág. 578. Podemos definir la calificación como aquella decisión jurídica solemne dada por el encargado del Registro mediante la cual se declara que el acto o negocio objeto de ella reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral de la situación jurídica referente al derecho real de que se trate. La doctrina de este autor suscita no pocos interrogantes ¿Qué alcance tiene la pretendida facultad de decidir sobre la validez o invalidez si según la Ley se produce a los efectos de extender o no el asiento? ¿Qué quiere decir que produce excepción de cosa juzgada si es revisable por los tribunales? Me interesa recordar, ya se recoge en la nota 10, esta otra afirmación de CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, VI, 3.ª ed., 1982, pág. 478. El documento vehículo del negocio jurídico relativo al derecho real, una vez calificado, constituye una circunstancia de segundo orden que no afecta a la sustancial consignada en la inscripción. En este punto creo ineludible apuntar dos notas básicas en la concepción de este autor: a) El asiento cobra vida autónoma respecto del título (lo cual resulta contradictorio por todo lo que he venido argumentando); b) La calificación registral tiene un valor de creación de "derecho" (creo haber dejado demostrado que la calificación registral decide permitir el acceso del título al Registro o rechazarlo y que practicada la inscripción es de ésta, en cuanto asiento que se presenta y publica el contenido del título, de la que nace la fuerza de la publicidad registral). La calificación controla si el título debe, o no, tener acceso a los efectos de la publicidad registral y éstos nacen del asiento que la genera; su condición de documento derivativo con autenticidad de segundo grado, que se nutre de la del título, se armoniza con la cualidad de "integridad" del contenido de los asientos frente a lo "no inscrito", cuya integridad es definitiva a favor del tercero de buena fe por título oneroso y claudicante ante la posibilidad de rectificación del Registro para corregir su inexactitud. En este

este trabajo señalar cómo el conflicto entre el ejerciente del derecho a la inscripción y la administración que gestiona el

104

mismo grupo de autores se puede comprender a CHICO ORTIZ, José M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 594. En el epígrafe dedicado a la "Naturaleza jurídica de la calificación Registral" señala que existen "cuatro fundamentales teorías que la naturaleza ofrece" y añade que "el problema hubiera desaparecido si, valientemente y desde su primer momento hubiéramos afrontado serenamente la atipicidad de la función". Fundamentalmente ofrece estas construcciones: a) Analogías y diferencias con la función judicial; b) Analogías y diferencias con la función administrativa; c) Analogías y diferencias con la jurisdicción voluntaria; d) La tendencia moderna de su configuración como función diferente; las estudia con detalle y se inclina por esta última con apoyo en ideas de "seguridad jurídica" que comprende la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico comprendida en el ámbito general del principio de legalidad. Pág. 600. Estudia los "caracteres" de la calificación registral y en primer lugar se ocupa del que me interesa; dice "Es una función donde al lado del "control" de la legalidad vigente surge su labor "creativa"; "interpreta califica y establece consecuencias jurídicas" "se trata de un funcionario público pero las características de su actividad le separan de cualquier tipo de funcionario administrativo". Se pueden hacer respecto de las opiniones de este autor consideraciones análogas a las formuladas respecto de CAMY; los efectos jurídicos producidos por la publicidad registral nacen del asiento cuyo contenido ciertamente resultante de la calificación en cuanto a la procedencia de la inscripción y en cuanto a la parte del título que debe recoger, se nutre del valor y eficacia del título para acrecentar ésta hasta los límites de la que produce la publicidad registral. En CAMY y en CHICO se aprecia una "curva" argumentativa: se aproximan a la jurisdicción voluntaria para llegar a la "naturaleza especial y singular": Como matiz final, en lo referente a ellos, me parece oportuno recordar las referencias al Derecho alemán contenidas en la obra de José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, 1988, pág. 389. La rogación determina que el juez del Registro no puede actuar de oficio, pero además delimita el ámbito de actuación, pues como dice BAUR, el juez del Registro no puede proceder a otra inscripción distinta de la solicitada. Pág. 398. La materia registral está encomendada a los juzgados de Primera Instancia, también bajo la denominación de administradores de justicia como encargados del Registro (Leyes 5.11.69 y 27.6.70).

Además, resulta de WOLF, en *Tratado de Derecho civil*, Ennecerus Kip y Wolf, *Derecho de Cosas*, Wolf, vol. primero (traducción, comparación y adaptación de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 2.^a ed. al cuidado de PUIG BRUTAU), Barcelona, 1951, que la función registral, aunque encomendada a un juez, tiene carácter administrativo y no jurisdiccional, en BGB (Código civil) se ordena el derecho inmobiliario material, especialmente los requisitos para la modificación de los derechos, con efecto real; y cómo la Ley del Registro Inmobiliario tiene contenido de derecho inmobiliario formal (autoridades encargadas, establecimiento de registros, procedimientos y actuaciones del juez del Registro). Entre nosotros ROCA, *Derecho Hipotecario*, I, 6.^a ed., 1968, pág. 13, separa en Derecho Inmobiliario el aspecto sustantivo (entre los que comprende los actos inscribibles) del aspecto formal (la organización de los Registros y el correspondiente procedimiento de inscripción) a cuyo aspecto formal relaciona con el derecho administrativo en págs. 15 y 16 citadas en nota 33.

Registro de la Propiedad, puede originarse por muy diversas causas, de cuya variedad resultan las diferencias de su alcance y su significado.

La raíz de esta posición doctrinal la podemos encontrar en Don Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ; así, en el capítulo XI, "Principio de legalidad" (antes en *RCDI*, 1927, pág. 597) en págs. 432 y ss. de *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho civil*, II, Principios Hipotecarios, se ocupó de la calificación y vino a sostener afirmaciones espectaculares, pero de dudoso ajuste con la legalidad vigente; así: "El registrador es un juez que resuelve el derecho a favor de una persona determinada" (pág. 434) por lo que no es sorprendente que desde la perspectiva del registrador se ocupe de la "prueba hipotecaria" (pág. 438) y que estime que las funciones del registrador se colocan hoy entre los actos de jurisdicción voluntaria, por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre los mismos pudiera entablarse (pág. 436). Como ha dicho recientemente Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en "Naturaleza Documental de la Póliza Intervenida", *La Ley*, 15 de marzo de 1995, el registrador no ejerce función de carácter judicial ni se desarrolla ante él una prueba hipotecaria; el título presentado no es un medio de prueba, sino el título mismo que ha producido la mutación jurídica real. Con todo respeto, pueden oponerse a las afirmaciones de Don Jerónimo las mismas reflexiones que a sus epígonos.

La idea de "prueba" vinculada al proceso de inscripción se encuentra en los *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, de Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, cit. en nota 21; en pág. 552 se pregunta cuáles son los medios de prueba (para la calificación) y caracteriza "la prueba" como rígida e incompleta. No cabe duda de que el criterio de Don Jerónimo caló hondo.

Por ello es muy recomendable recordar la opinión de los procesalistas acerca de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria. Así PRIETO-CASTRO FERNÁNDEZ, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, Madrid, 1974.

Págs. 178 y ss. La definición legal de la jurisdicción voluntaria como aquella en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidos y determinados no es satisfactoria; y busca con base doctrinal un concepto orientador, científicamente útil, que incluso sirva de crítica al Derecho positivo y proporcione orientación al futuro legislador; y ofrece como definición de la jurisdicción voluntaria la que sigue: "es una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales, o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos". Y en pág. 181. Añade otros negocios de jurisdicción voluntaria se encomiendan a los notarios, registradores, cónsules, encargados del Registro civil (que aun siendo jueces aquí sólo tienen tal carácter de encargados del Registro civil) y aun autoridades administrativas. Pág. 185. Es indudable, conforme a una reiterada doctrina legal, que en vía contenciosa se pueden impugnar las resoluciones dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria. Las decisiones adoptadas en trámites de jurisdicción voluntaria no generan, pues, cosa juzgada material; lo cual no afecta a su eficacia como cosa juzgada formal.

En algunos casos el conflicto puede surgir en el curso del trámite de inscripción como actuación o procedimiento administrativo (38); por ejemplo, si la práctica de la cali-

Y JOSÉ ALMAGRO NOSETE, en *Derecho Procesal*, del que son autores Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, Vicente GIMENO SENDRA, Víctor MORENO CATENA y JOSÉ ALMAGRO NOSETE, tomo I (vol. II), *Proceso Civil* (2), 5.ª ed., Valencia, 1990. Dice en pág. 546. Considerar que la actividad de jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa incide en riesgo de generalizada simplicidad; en las funciones administrativas *strictu sensu* se gestionan intereses generales con subordinación de los intereses privados, aunque se deriven ventajas para éstos; en la jurisdicción voluntaria se gestionan intereses privados aunque con ellos satisfagan también intereses públicos.

Los actos de jurisdicción voluntaria en cuanto actos de autoridad, acotan su extensión dentro de los límites de los derechos, intereses y situaciones de derecho privado a los que dotan de formalización, otorgándoles o reconociéndoles validez o eficacia. Podemos concluir que el concepto de "jurisdicción voluntaria" es vago y flexible, y se relaciona con la particularidad de la "administración pública de intereses privados" (ZANOBINI). Por ello no puede extrañar que la opinión de MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Calificación Registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación", *AAMN*, XXXII, págs. 493 y ss. Pág. 499. Cabe hablar... de la función calificadoras como derecho-deber inherente al cargo público. Pág. 500. Se advierte el deseo del legislador de aproximar la actuación gubernativa de control a la actividad propiamente judicial. Págs. 504 y 505. ZANOBINI califica el Registro como caso de administración pública del derecho privado, que es caso de jurisdicción voluntaria, lo cual es criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. de 26 junio 1986).

Llegamos así al tercer grupo de autores, formado por administrativistas, de los que el nombrado en primer lugar es, también, registrador; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "La impugnación de los Actos Registrales", *RCDI*, septiembre-octubre, 1955, pág. 513. Pág. 515. Cuando una persona acude al Registro de la Propiedad en demanda de una inscripción acude para hacer uso de un servicio público e incoa un procedimiento de indudable naturaleza administrativa que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo. Y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1993, pág. 584. Se reconoce la competencia de la jurisdicción civil respecto de los actos dictados en el ámbito que convencionalmente se conoce con la denominación de Administración del Derecho Privado (cambios de nombre, dispensas, legitimación de hijos por concesión, nacionalidad, etc.). El carácter civil de la materia explica en estos casos su atribución a la jurisdicción ordinaria, aunque se trate de auténticos actos administrativos (*vid.* el art. 52 de la Ley de Registro Civil, de 5 de junio de 1957, según el cual las inscripciones registrales sólo pueden rectificarse por sentencia firme de los tribunales ordinarios; *vid.* también el art. 362 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que excluye el recurso contencioso-administrativo). Págs. 584 y 5. Tal carácter (de Administración del Derecho Privado) tienen igualmente los actos dictados por los registradores de la Propiedad en el ejercicio de la función registral, que como ha advertido GONZÁLEZ PÉREZ, es típicamente administrativa. En base a la opinión de estos autores y a la jurisprudencia que citaré más adelante, creo justificada la opinión que sustento en el texto.

(38) Véase la nota 36.

ficación se subordinase a la solicitud por el presentante o por interesado de que el asiento no reflejase o testimoniase determinados pactos o cláusulas de la escritura (39); tam-

(39) De un caso de estas características se ocupó la Resolución de la DGRN, de 8 de noviembre de 1993. Presentada en el Registro una escritura de préstamo hipotecario que fue calificada por el registrador según nota que venía a decir “no practicada la inscripción del precedente documento por estimarse no inscribibles los pactos que se dirán y no prestar conformidad el presentante”. El centro directivo declaró “que la escritura de hipoteca debió quedar inscrita, si bien haciendo constar en la nota las cláusulas no inscritas y el fundamento legal de su no inscripción” y esta decisión se justificó con estos fundamentos de derecho: 1. Entre las novedades introducidas por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, que modificó una serie de preceptos del Reglamento Hipotecario, al recoger una reiterada doctrina de este Centro, destaca la establecida en el artículo 434,4.º; relativa a los supuestos de inscripción parcial –entre otros– al de suspensión o denegación de algún pacto o estipulación, de los comprendidos en el título, cuando el negocio concluido por las partes no ofrece obstáculo para su inscripción, en cuyo caso si el presentante o interesado ha manifestado su conformidad a que se despachó el documento sin esa estipulación pacto, no será necesario hacer constar en la nota la causa o motivo de la suspensión o denegación. 2. A diferencia del supuesto anterior, si el registrador entiende, en el ejercicio de su función calificador, que el documento es inscribible –a salvo los pactos que cuestiona y que no afectan a la esencia del negocio concluido– podrá practicar la inscripción sin la constancia de esos pactos, pero si no ha obtenido la aquiescencia del interesado, habrá de expresar en la nota el motivo que le lleva a suspender o denegar los mismos, véase dicho artículo 434,4.º, Reglamento Hipotecario, mención ahora necesaria, ya que de esta forma se puede permitir al interesado abrirle el camino para la interposición del recurso gubernativo correspondiente, lo que no sucede en el otro caso. 3. En el presente caso, al no afectar los pactos discutidos a la válida constitución del derecho de hipoteca y ante la falta de conformidad del presentante a la inscripción del título en la forma indicada por el registrador, debió de haberse practicado aquélla con la expresión de los pactos rechazados y su fundamento legal por dicho rechazo, circunstancia que por otra parte se ha producido con posterioridad (véase apartado VI de los Hechos) por lo que resuelto este punto, procede entrar en el examen de los defectos señalados, si bien sólo de los expresamente impugnados por el notario recurrente.

No resisto la tentación de plantear dudas acerca de la norma del artículo 434,4.º, del Reglamento Hipotecario; las dudas se refieren a su legalidad, pues si el artículo 18 LH atribuye al registrador la facultad de calificar “bajo su responsabilidad”, no parece ajustarse a este principio la norma reglamentaria que permite “descargar” la responsabilidad en el “presentante” (al margen y además de ser éste un representante legal con funciones materiales de mera presentación). Digo “descargar” porque en caso de que la falta de inscripción de “algún pacto o estipulación” determinase una publicidad registral que causare un efecto jurídico sustantivo, quien se considerase perjudicado por los efectos de la publicidad registral y creyese que ésta era inexacta, debería dirigir su acción contra el presentante y no contra el registrador, con lo que el principio legal de “responsabilidad” del registrador derivada de “su” calificación resultaría frustrada.

bién si por la Dirección General se acordase (en el ámbito del recurso regulado por el Reglamento del Registro Mercantil) el archivo de un recurso planteado a efectos doctrinales por estimar que carece de interés doctrinal y el acuerdo se adoptase sin expresar justificación alguna (40).

(40) La DGRN, con fecha 6 de abril de 1993, adoptó el acuerdo que literalmente (y salvo la omisión de circunstancias identificadoras) dice: "En el recurso gubernativo interpuesto, a efectos doctrinales por el notario (...) contra la negativa del registrador a inscribir una escritura de adaptación de Estatutos sociales y otros acuerdos de la sociedad (...). Visto el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil. Esta Dirección General, considerando que las cuestiones planteadas carecen de interés doctrinal, ha acordado archivar el citado recurso sin más trámite".

El notario interesado interpuso recurso ordinario al amparo del artículo 114 y ss., Ley 30/1992; y de él reproduzco lo que sigue:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Admisibilidad del recurso.

Sé bien que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114,2 de la Ley 30/1992 el plazo para interponer el recurso ordinario es de un mes. Sin perjuicio de lo anterior debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 58,3 de la citada Ley: "las notificaciones defectuosas surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga el recurso procedente".

Aunque la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se desestima el recurso que presenté es de fecha 6 de abril de 1993, este acto administrativo todavía surte efectos, por la simple razón de que su notificación fue defectuosa. Según exige el artículo 58.2 de la Ley 30/1992:

"Toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente".

Puesto que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de abril de 1993, no fue notificada en la forma y con el contenido exigidos en el precepto transcrito, este recurso se presenta en plazo, y por tanto debe ser admitido.

Puesto que la resolución de 6 de abril de 1993 ahora impugnada resuelve un recurso interpuesto al amparo del artículo 76 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil (aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre), por lo que se trata de la resolución de un recurso dictada en el marco del artículo 107,2 de la Ley 30/92, que pone fin a la vía administrativa (art. 109,b), de donde resulta que se trata de un acto administrativo susceptible de recurso ordinario (art. 114,1 de la Ley 30/92). En definitiva, no existe ningún obstáculo que impida entrar en el examen de la cuestión de fondo, debiendo admitirse este recurso.

Se trata pues, de asuntos resultantes de un acto administrativo producido en el expediente o trámite de inscripción o

Tal y como autoriza el artículo 116,1 de la Ley 30/92, este recurso ordinario se presenta ante el órgano que dictó el acto que se impugna, es decir, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Segundo. Derivaciones del principio de interdicción de arbitrariedad de los Poderes Públicos: el deber de motivación.

La Constitución, que se establece para embridar y limitar a todos los Poderes Públicos consagra en su artículo 9,3 el principio de interdicción de arbitrariedad.

Una de las primeras derivaciones del mencionado principio es la de que los actos dictados por la Administración deben motivarse. Esta motivación es el fiel que separa un proceder discrecional de otro arbitrario. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984:

“nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario) o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”.

El deber de motivar los actos administrativos por los que se resuelven recursos está hoy recogido en el artículo 54,1.b) de la Ley 30/92. Como ha puesto de relieve Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 106 y 107):

“La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este solo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Sentencias de 30 de junio de 1982, 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la Sentencia constitucional de 17 de junio de 1981, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho (Sentencia constitucional de 11 de junio de 1983)”.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 6 de abril de 1993, es clamorosamente arbitraria por cuanto se limita a decidir que resuelve el recurso sin más trámites. Sé bien que esa es la expresión que utiliza el artículo 76 del Reglamento del Registro Mercantil (“sin más trámites”), pero ocurre que la motivación no es un elemento formal u objetivo que se ensamble en la cadena de trámites que conforma todo procedimiento administrativo, sino un elemento esencial de carácter sustantivo que es inescindible de la decisión adoptada por la autoridad administrativa competente.

de resolución del recurso que afecta al derecho administrativo regulador de la propia actuación y al derecho del ciudadano a que la actuación se ajuste al derecho administrativo que la regula.

En otros casos el conflicto puede versar en el distinto entendimiento que pueden tener el calificador y el interesado acerca de la trascendencia de algún llamado principio registral, de la que pueda resultar impedimento para el acceso del título constitutivo de un derecho real al Registro; por ejemplo, las cuestiones planteadas en torno a la necesidad de diferenciar la responsabilidad hipotecaria por cada una de las especies de intereses –ordinarios o moratorios– (41) y

En definitiva, puesto que la resolución impugnada es arbitraria por carecer de toda motivación, procede anularla, debiendo estimarse el recurso por mí presentado en los términos solicitados en el mismo.

Por lo expuesto,

SUPlico A V.E. que, teniendo por presentado en tiempo y forma el presente recurso administrativo ordinario, se sirva admitirlo, y revoque la resolución, de fecha 6 de abril de 1993, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se desestima el recurso por mí interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una Escritura de adaptación de Estatutos Sociales y otros acuerdos de la sociedad y, tras examinar el recurso por mí presentado, lo estime.

Se produjo silencio administrativo del Ministerio de Justicia respecto del cual no reaccionó el notario, pues el criterio jurisprudencial dominante que, como luego veremos, excluía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, no le satisfacía dada su convicción del carácter administrativo (autoridad administrativa, acto administrativo y desajuste respecto del derecho administrativo regulador de la adopción de decisiones administrativas) del problema. Este caso me estimuló para profundizar en el estudio de la posibilidad de postular la tutela judicial.

(41) La cuestión parece definitivamente zanjada. No obstante, debo confesar que no alcanzo a comprender la solución dada. Si distinguimos: a) la regulación contractual de los aspectos financieros –en los que se distinguen intereses ordinarios e intereses moratorios– y la determinación concreta, conforme al principio de especialidad, de la responsabilidad máxima que por razón de intereses devengados garantiza la hipoteca, resulta que no parece necesaria la separación de la responsabilidad máxima por los intereses devengados por cada uno de los conceptos; b) la sujeción de la finca hipotecada a la seguridad del crédito garantizado hasta su vencimiento de la ejecución de éste, si resultase incumplido en cuyo momento se requiere un cálculo aritmético para la fijación de los intereses devengados según cada tipo aplicable, resulta que el tercero quedará suficientemente protegido por la coordinación de la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses (devengados por una u otra causa) con el necesario detalle del cálculo aritmético o matemático justificativo de su devengo.

en torno al grado de especificación y detalle del establecimiento de una servidumbre aparente que se considera necesario para que pueda calificarse como posible la inscripción del título, de cuya validez y eficacia no se duda, y sustantivamente puede considerarse suficiente para justificar causalmente la efectiva constitución del derecho de servidumbre, cuya naturaleza y estructura sean de carácter real y cuya eficacia frente a terceros sea plena, incluso frente al tercero inscrito, por causa y consecuencia de la existencia de signos aparentes de la servidumbre (42). En estos casos debe ana-

(42) La resolución de 18 de octubre de 1991 es muy significativa. Otorgada una escritura de disolución parcial de comunidad, mediante formación por segregación de fincas independientes afectadas por establecimiento de servidumbres, que fueron adjudicadas por tal título de disolución a los antiguos comuneros, fue inscrita en cuanto a la segregación y adjudicación pero no en cuanto al establecimiento de las servidumbres, invocándose para la denegación, falta de concreción en la constitución y en la ubicación de las servidumbres. Sin hacer el comentario en profundidad que merece esta resolución, no resisto la tentación de apuntar: a) En el fundamento de derecho primero no se analiza la cuestión implícitamente planteada de la posible inexactitud registral por error de concepto, pese a hacer referencia a los posibles recursos, y la Dirección General eludió analizar la facultad del registrador para romper la unidad negocial de la compleja operación convenida y calificada, análisis posible según los artículos 216 y 219 LH e imprescindible según lo que he venido defendiendo en el texto; b) En el fundamento de derecho segundo se justifica la negativa a la inscripción del título constitutivo de la servidumbre en aras "a la claridad y precisión que debe presidir el contenido de los asientos registrales", por considerar al título "de carácter genérico, precisado de ulterior desenvolvimiento", y frente a esta argumentación merece la pena la reflexión acerca de cómo se presta mejor servicio a la finalidad de seguridad jurídica que se persigue mediante el Registro: si en este caso sería mejor servida mediante la publicación actual del gravamen o sujeción incluso pendiente de concreción (advirtiéndose que una vez colocadas las instalaciones, pasos o tuberías la servidumbre sería, al parecer, aparente) o queda mejor servido al subordinar la constancia registral de la sujeción a la detallada especificación de su ubicación; la propia variabilidad del lugar o forma del uso de la servidumbre que prevé el artículo 545 del C.c. (en los "vistos" no se cita ningún precepto del C.c. referente a las servidumbres, lo cual permitirá apuntar que de manera quizá subconsciente la resolución subordinó el derecho sustantivo a determinados niveles de pretendida exigencia de la regulación formal del Registro) parece justificar la razonabilidad de la constancia registral del título constitutivo de la servidumbre para dar publicidad a la sujeción correspondiente a todos los efectos, incluso de aviso e información de terceros, aunque no constase en el título ni en el asiento la precisa determinación "actual" del lugar y forma de prestarse la servidumbre.

lizarse la naturaleza del conflicto, en cuanto el acto del que resulte el rechazo de la inscripción pudiera basarse en alguna norma reglamentaria (lo que justificaría en el ámbito administrativo) (43) aunque pueda dudarse del ajuste de la norma reglamentaria al derecho sustantivo y al efectivo funcionamiento del Registro de la Propiedad, y a su deseable coherencia con la realidad jurídica (lo que puede justificar en el ámbito de la jurisdicción civil una decisión favorable a la práctica de la inscripción) (44). Y no entro en la problemática del rango normativo del reglamento, del alcance de la facultad reglamentaria del poder ejecutivo en materias reservadas a la Ley, como son los efectos sustantivos en el ámbito del Derecho privado.

No es muy difícil imaginar un tercer orden de casos en los que el conflicto surge en torno al ámbito de la autonomía privada; y dentro de este tipo podríamos comprender los casos en los que la diferencia surge en torno al carácter o alcance real del derecho cuyo título se pretende inscribir (45) y aquellos otros en los que se rechaza la regulación negocial del contenido o de la extinción de una facultad de trascendencia real (que podría tener como contenido una facultad resolutoria) a pretexto de la falta de un requisito “formulario”, sin que se manifieste reserva alguna acerca de la vali-

(43) En cuanto el principio de especialidad, tal y como lo entienden estas resoluciones, no parece tener base legal sustantiva, sino que sólo tiene apoyo en la interpretación que las resoluciones aludidas dan a la norma reglamentaria que regula el contenido del asiento.

(44) En efecto, el criterio (en mi opinión poco justificado) basado en la interpretación de normas reglamentarias e instrumentales (referidas al contenido del asiento) provoca la insatisfacción del derecho a la inscripción del derecho sustantivo (del derecho de préstamo hipotecario si no se separan las responsabilidades por cada clase de intereses o del derecho de servidumbre continua y aparente si no se describe detalladamente el signo de servidumbre). Se subordina el derecho a la inscripción del derecho sustantivo a un principio instrumental, entendido con un rigor que resulta injustificado cuando se analiza y detalla su verdadero alcance práctico.

(45) Piénsese en el elenco de titularidades preventivas carentes de inherencia corporal o posesoria, cuya construcción como oponibles *erga omnes* mediante la publicidad registral de su título constitutivo, se considera imprescindible por su adquirente para decidir y contratar su constitución.

dez y eficacia de tal regulación negocial (46). En estos casos se produce una decisión aparentemente fundada en la falta de concurrencia de presupuestos de inscripción, pero en realidad la cuestión tiene como fondo de idoneidad sustantiva de la regulación negocial para tener acceso al Registro, por lo que la diferencia parece que debe ser resuelta por la jurisdicción civil competente para decidir la inscribibilidad de los títulos sustantivos.

Finalmente y puesto que no pretendo agotar la materia, el conflicto puede surgir por la diferencia de criterio en torno a la validez de los actos dispositivos (títulos materiales) contenidos en las escrituras (títulos formales). En este último orden o grupo de conflictos la cuestión discutida es, a no dudar creo, de índole civil.

(46) Recuerdo el caso de las resoluciones de 21 de julio y de 3 de diciembre de 1986. El criterio de la Dirección General me fue contrario. Se trataba de decidir si la identificación de determinadas cambiales mediante las circunstancias detalladas por el artículo primero de la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio) era suficiente a los efectos de su función como instrumento de pago y de medio de prueba del pago satisfecho cuando vencidos estuviesen en poder del librado aceptante (art. 45 de Ley Cambiaria), o si esa identificación era insuficiente y debería, además, identificarse a los efectos cambiarios mediante la expresión de su clase, serie y número (a los que la Ley Cambiaria no hace mención y que son circunstancias que no existen ni para los pagarés ni para los cheques). La Dirección estimó insuficiente el convenio contractual y rechazó su acceso al Registro, cuyo criterio, a todas luces carente de base legal, parece más difícil de entender en el caso de un recurso formulado simultáneamente por las dos partes, vendedora y compradora, otorgantes del título (caso del que se ocupó la TR de 16 de septiembre de 1987). La rigidez del criterio contrario a la facilitación de la desaparición de condiciones resolutorias para caso de impago de precio aplazado en cuanto cargas registradas, ha generado la situación actual de asientos registrales de esa facultad ya carentes de realidad económica, que al persistir en los libros registrales suponen inexactitud registral y cuya desaparición fácil demanda el tráfico. En el caso, pues, se rechazó la inscripción de una cláusula cuya validez civil era indudable, a pretexto de un formulismo carente de base legal (la mención de los signos identificadores del papel cambiario); resulta evidente: a) que si ambas partes habían interpuesto de manera conjunta y concurrente el recurso, carece de todo sentido que se pretenda provocar (o que se espere que se plantee) un pleito entre ellas mismas para que contiendan entre sí acerca de la validez de un pacto "que a su parecer no adolece de vicio ni defecto alguno", tanto por su convicción en el momento de contratar como en el momento de interponer el recurso; b) que la única contienda que cabe es el sometimiento a la decisión judicial de la procedencia de la inscripción pretendida, en pleito provocado por ambas partes contratantes frente a la administración del Registro de la Propiedad.

De la diversa índole de los posibles conflictos se sigue la razonable duda acerca del procedimiento adecuado en cada para resolverlos. De manera previa al estudio de la competencia jurisdiccional conviene reflexionar acerca de si el ciudadano, en lo tocante al derecho a la inscripción tiene, o debe tener, una tutela judicial efectiva, dentro de la cual se comprende el derecho a la revisión judicial de las divisiones de los órganos de la administración.

X. La tutela judicial efectiva del derecho a la inscripción en Derecho extranjero

A) En Derecho francés (47) el rechazo a la incorporación al Registro es recurrible ante el Presidente del Tribunal de Gran Instancia. Los MAZEAU entienden que tanto el rechazo de incorporación como el rechazo de depósito debe-

114

(47) Para el Derecho francés me sirvo de la obra de los hermanos MAZEAU (Henri, León y Jean), *Leçons de Droit civil*, tomo tercero, 2.^a ed., 1963, con actualización 1966, págs. 554 y ss. Dejo de lado la organización de la publicidad inmobiliaria y destaco: como “el documento (en francés “acte”, cuya correcta traducción con sentido jurídico no es ni “acto” ni “acta”, sino “documento” y más precisamente “documento contractual”) a publicar debe ser depositado en la conservación de hipotecas; como el notario (y otros profesionales y funcionarios) tienen obligación de depositar los contratos sujetos a publicación” “mediante el depósito de la copia en dos ejemplares”; como el conservador no tiene competencia para calificar la validez del contrato pero sí tiene facultades para el control de la regularidad en la forma, de cuyo control puede resultar o bien el rechazo del depósito o bien el rechazo de la formalidad (o sea, de la incorporación al registro o publicación) respecto del contrato cuyo depósito se hubiese producido. El conservador responde por una decisión injustificada de rehusar de depósito (*refus de depot*) o de rechazo de la incorporación al registro, o sea, de la publicación (*rejet de la formalité*); la acción de responsabilidad es de la competencia de los “tribunales del orden ordinario”. “El rejet de formalité” puede recurrirse ante el Presidente del Tribunal de Gran Instancia. Estos autores estiman que “es necesario que las decisiones del “conservador” (el registrador o conservador que es un funcionario de la Administración de finanzas) estén sometidas al control judicial” y critican la regulación actual (por Decreto de 4 de enero de 1955 modificado por el de 7 de enero de 1959) por entender que también debe ser posible el recurso contra el “refus du depot” y que ambos recursos, por razones de “urgencia” deben ser atribuidos a la competencia de los jueces encargados de recursos de urgencia (*juge des référés*).

rían ser recurribles ante los jueces encargados de recursos de urgencia.

B) En Derecho italiano (48), como el conservador del Registro no ejercita ningún control de mérito o calidad, no surge este problema de modo directo, si bien sujeta al conservador del Registro al resarcimiento del daño por causa del rechazo de la inscripción que puede decidir fundado en aspectos meramente formales de los documentos o por causa del retraso en la “inscripción”.

C) En Derecho portugués (49) además de la reclamación jerárquica (gubernativa) cabe el recurso contencioso contra la calificación del registrador (ante el juez de comarca), y cabe apelación (puede llegar al Supremo).

D) En Derecho alemán (50) las decisiones de desestimación de las instancias de inscripción (y en general las de-

115

(48) Para el Derecho italiano me sirvo de la obra de Francesco MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. 2.º, parte 1.ª. Impresión enmendada de la 8.ª edición, 1952. En págs. 539 y ss. se ocupa de “la publicidad (transcripción y anotación) de los títulos de adquisición de los derechos (especialmente reales) inmobiliario y mobiliario” y nos dice a modo de introducción que la transcripción (vale como inscripción) integra la disciplina de ciertos derechos bajo el aspecto externo, esto es, en las relaciones con ciertos terceros. En págs. 583 y ss. se ocupa de la actuación o procedimiento de inscripción, y precisa que la inscripción aunque es una carga de derecho sustancial y una obligación tributaria, es también un derecho del adquirente que esté en posesión de un título de adquisición; que la transcripción (o inscripción) de un título de adquisición es un acto de fijación (...).

En los *Manuales* de BARBERO y de GALGANO no he encontrado referencia al sistema de Registro de la Propiedad.

(49) Respecto del Derecho portugués tomo la referencia de José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, 1988, pág. 363. Los artículos 140 y ss. del Código de Registro Predial regulan los recursos contra la calificación del registrador. Cabe la “reclamación jerárquica”, que viene a ser la vía gubernativa, o bien el recurso ante el juez de comarca o “recurso contencioso” en cuyo procedimiento cabe recurso de apelación, pudiendo llegar al Tribunal Supremo de Justicia en los términos generales de la Ley procesal.

(50) WOLF en *Tratado de Derecho civil*, Euneccerus Kipp y Wolf, *Derecho de cosas*, Wolf, vol. primero (traducción, comparación y adaptación de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, 2.ª ed. Al cuidado de PUIG BRUTAU), Barcelona, 1951, pág. 135. El Tribunal

cisiones de la oficina del Registro) son apelables ante el Tribunal de Apelación, con apelación ante el Territorial Superior y recurso ante el Tribunal Supremo si se produjese desviación de sentencia anterior de otro Tribunal Superior.

XI. El criterio de la legislación registral respecto del control jurisdiccional. (Con nota de evolución histórica entre 1861 y 1878)

A) La legislación del Registro de la Propiedad.

Es necesario el recuerdo de la legislación registral al respecto, puesto que deseamos plantearnos su posible inconstitucionalidad sobrevenida a consecuencia de la omisión de la previsión y regulación de la tutela judicial efectiva frente al rechazo de la pretensión de la inscripción de un título.

116

de Apelación es el Tribunal Territorial. Es admisible apelación contra todas las decisiones de la oficina del Registro (de la que están encargados los jueces); especialmente de las decisiones de desestimación de las instancias de inscripción. Pág. 136. Pero las inscripciones que se hallen bajo la fe pública del Registro Inmobiliario sólo pueden impugnarse mediante la pretensión de rectificación presentada contra aquél a cuyo derecho perjudique la rectificación (pág. 253); y si en lugar del planteamiento jurisdiccional se solicitase la decisión del Registro respecto de la rectificación, no procede apelación salvo que la solicitud al registrador se fundase en documentos públicos o públicamente legalizados (nota 5 en pág. 136). Pág. 136. Contra el fallo del Tribunal Territorial cabe el recurso llamado de "apelación ulterior" ante el Tribunal Territorial Superior, que debe someter el recurso al Tribunal Supremo del "Reich" (en la actualidad Tribunal Supremo Federal) en todos los casos que se proponga desviarse de la sentencia de otro Tribunal Territorial Superior o de otra anterior del Tribunal Superior del "Reich" (TS Federal) en la interpretación de una disposición del derecho inmobiliario del Reich (en la actualidad República Federal de Alemania). En el artículo de ANTONIO PAU PEDRÓN, en *RCDI*, n.º 551, julio-agosto, 1982, págs. 951 y ss., esp. 1010 y ss., y en la obra de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo I, 1988, pág. 399, se recoge el sistema expuesto por WOLF, con actualización de la denominación del Tribunal Supremo Federal como competente para la unificación de la interpretación y aplicación del "derecho inmobiliario". Recuérdese que el derecho inmobiliario tiene su sede en el BGB (Código civil) mientras que la ordenanza registral o Ley del Registro Inmobiliario reguló lo referente a autoridades encargadas, establecimiento de oficinas de Registro y procedimientos y actuación del juez del Registro (WOLF, pág. 134).

La Ley Hipotecaria rechaza, así lo parece en principio, la posibilidad de someter a los tribunales el conflicto que pudiera plantear el ciudadano interesado en obtener la inscripción de un título, en su opinión debida, frente al rechazo que en el Registro de la Propiedad se produjese a la práctica de la inscripción pretendida, rechazo fundado en la calificación.

La alternativa que ofrece el artículo 66 LH viene a excluir la posibilidad de someter a la tutela judicial, a la decisión de los tribunales, el criterio de rechazo de la inscripción del título; esto es, excluye la posibilidad de subordinar a la decisión de los tribunales el criterio calificador a consecuencia de “pleito” entre el interesado en la inscripción y el Registro como institución. Este régimen de exclusión de la tutela judicial fue introducido en la reforma de 1869 a la legislación hipotecaria (51).

117

(51) Resulta notablemente aleccionadora la evolución histórica del tratamiento de la cuestión. Señalaré tres momentos: a) La Ley Hipotecaria de 1861; b) la Real Orden de 17 de marzo de 1864; c) y la Ley de reforma de la Hipotecaria de 1861, de 21 de diciembre 1869, completada por la RO de 20 de mayo de 1878.

a) En la exposición de motivos, de 6 de junio de 1860, de la Ley Hipotecaria aprobada el 3 de julio de 1860 y sancionada el 22 de enero de 1861, se decía: “Las cuestiones a que pueda dar lugar la ley (y las habrá sin duda) deben dejarse a los tribunales, para que las resuelvan, no por medidas generales que no caben dentro de sus atribuciones constitucionales, sino aplicando la ley en los casos que ocurran y creando jurisprudencia, que es la mejor regla de interpretación y el mejor suplemento del Derecho escrito. Ni el registrador contra su opinión debe acceder a lo que el interesado reclame, ni al interesado tampoco ha de privársele de todo recurso para obtener su deseo en el caso de que se hubiere desestimado. Pero en estas cuestiones de fácil apreciación no debían seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; son más bien actos de jurisdicción voluntaria que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contención. Por esto, la comisión ha dejado la decisión a los regentes de las audiencias o a sus delegados, creyendo que así quedan bastantemente garantizados los derechos de todos los interesados. Pero cuando el error dimane del registrador, la nueva inscripción se hará teniendo a la vista el título ya inscrito, siendo de cargo del registrador los daños y perjuicios que su falta de inteligencia exclusivamente ocasionó. Sólo a la *autoridad judicial* corresponderá resolver las diferencias a que den lugar las rectificaciones: la comisión así lo consigna expresamente”. (El subrayado de “autoridad judicial” es mío).

El texto legal disponía: “Artículo 18. Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las

El artículo 66 LH, después de reconocer a los interesados la facultad de reclamar gubernativamente contra la cali-

mismas escrituras. Artículo 19. Cuando el Registrador notare falta en las formas extrínsecas de las escrituras, o de capacidad en los otorgantes, la manifestará a los que pretendan la inscripción; y si no la subsanaren a satisfacción suya, les devolverá las mismas escrituras para que recurran, si quieren, a *los tribunales*; sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su núm. 8.º. Artículo 66. Los títulos que contuvieren alguna falta no subsanable, a juicio del Registrador, no se anotarán preventivamente. Pero se pondrá una nota marginal al asiento de su presentación, expresando brevemente el motivo de haberse denegado tanto la inscripción, como la anotación.

Si dentro de los treinta días siguientes al de la fecha de dicho asiento, *propusiere* aquél cuyo título haya sido desechado, *demandar* para obtener su inscripción o la declaración de su validez pidiendo anotación preventiva de ella, la que se verificará se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación.” (Los subrayados de “los tribunales” y “demandar” son míos).

Parece claro pues, el criterio inicial del legislador hipotecario de dejar a la resolución de los tribunales las cuestiones a que pueda dar lugar la Ley. Así lo corrobora Don Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria concordada y comentada*, Madrid, 1862, tomo I, pág. 541, comentando los artículos 18 y 19 de la LH 61 sostiene que la decisión (de no inscribir) tanto en el caso de que la denegación de la inscripción proceda del registrador, como cuando provenga del regente (de la Audiencia respectiva), no puede menos de considerarse como provisional, siempre que la parte no se tranquilice con ella, y pida su reforma en los tribunales. La inscripción es un derecho civil: su denegación puede ser violación de este derecho, y no es lícito despojar a nadie de los derechos civiles gubernativamente y en virtud de providencias que no pueden tener otro carácter que el de actos administrativos, por más que estén íntimamente ligados con las funciones judiciales y su decisión esté confiada a funcionarios del orden judicial.

b) El legislador, al dictar la Ley Hipotecaria tuvo una clara idea del diverso valor de las normas legales y de las reglamentarias así como de la primacía de la Ley (formal); y con toda claridad lo expresó en la Exposición de Motivos dicha: “No debe quedar en concepto de la comisión, al arbitrio del Gobierno nada que pueda debilitar la firmeza de los principios que se proclaman, ni aun con motivo. La Ley tiene por objeto asegurar derechos; que al efecto requiere formalidades rigurosas; que la omisión de estas solemnidades da lugar alguna vez hasta a la pena de nulidad; que esta pena lleva envuelta la pérdida de un derecho civil, y por lo tanto, que todo esto debe ser obra de la ley y no de un reglamento administrativo”. Ello, no obstante, se dispuso:

REAL ORDEN de 17 de marzo de 1864, señalando la tramitación que debe seguirse cuando los Registradores de la Propiedad denieguen las inscripciones y cancelaciones que se les pidan. Ilmo. Sr.: Muchas son las consultas que por los Regentes de las Audiencias se han elevado a este Ministerio acerca de la tramitación que deba seguirse cuando los registradores, en uso de las facultades y atribuciones que les concede la Ley Hipotecaria, denieguen las inscripciones o cancelaciones que se les pidan por considerar defectuosos los documentos que al efecto se les presenten. Enterada de ellas la Reina (Q.D.G.), así como del expediente formado a su virtud en esa

ficación, deja a salvo la posibilidad de acudir, si quieren, a los tribunales para contender y ventilar entre sí acerca de la

Dirección General, de conformidad con lo propuesto por la misma y por la Comisión de Codificación, se ha servido resolver lo siguiente: 1.º Cuando los registradores, en uso del derecho que les atribuyen los artículos 18, 19 y 100 de la Ley Hipotecaria, denieguen las inscripciones o cancelaciones que les sean solicitadas por notar defectos en las formas extrínsecas de las escrituras presentadas al efecto, o de capacidad en los otorgantes, podrán los interesados reclamar gubernativamente contra la denegación o resistencia del registrador, acudiendo para ello al juez de Primera Instancia correspondiente, y contra la decisión de éste al Regente de la Audiencia, sin perjuicio de la opción que permite el artículo 210 del Reglamento cuando ambos residieren en el mismo pueblo, y en último recurso a la Dirección General del Registro de la Propiedad. Los trámites de estas reclamaciones serán los acostumbrados en la vía gubernativa, oyéndose los informes del registrador, del juez y del regente en sus respectivos casos, y tomándose los datos y noticias que convengan para la más acertada y justa resolución. 2.º Independiente de la reclamación gubernativa a que se refiere el precedente artículo, los interesados podrán recurrir a los tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez y consiguiente inscripción de las escrituras, así como de la nulidad o validez de la obligación en ellas contenida. En el juicio que con estos objetos se siga entre los interesados no será parte el registrador, contra quien no procede la vía contenciosa judicial, con arreglo a las disposiciones de la ley, sino en el caso de que se entable contra él personalmente formal demanda para exigirle la responsabilidad civil o criminal a que por sus actos haya podido dar lugar. 3.º Si a la publicación de esta Real Orden se estuviese siguiendo algún juicio entre los interesados y los registradores sobre inscripción o cancelación a virtud de documentos calificados por éstos de defectuosos, los registradores deberán renunciar a su defensa y acudir a los regentes, sometiéndoles en forma de consulta el caso que haya dado lugar a la cuestión, y llevando a efecto la resolución que éstos o la Dirección General en su caso dictasen.

Hasta aquí la Real Orden cuyo tenor se oponía frontalmente al de la Ley Hipotecaria, que como resulta del comentario de Don Ramón GÓMEZ DE LA SERNA obedecía al bien razonado criterio del legislador.

c) En el marco de la situación creada por la RO de 1864 debe entenderse la siguiente frase de la Exposición de Motivos de la Proposición de la Ley de 1869:

“Los asuntos contenciosos a que dé lugar la Ley Hipotecaria están sometidos, como todos los de su clase, a la jurisprudencia admitida por los tribunales de justicia; pero los que se resuelvan gubernativamente necesitan también su jurisprudencia, y cuanto mejor sea ésta, más se evitará el que lleguen a ser contenciosos.”

El texto legal (Ley 1869) dispuso:

“Artículo 19. Cuando el registrador notare falta en las formas extrínsecas de las escrituras, o de capacidad en los otorgantes, la manifestará a los que pretendan la inscripción para que, si quieren, recojan la escritura y subsanen la falta en el término que duran los efectos del asiento de presentación según el artículo 17; y si no recogen la escritura o no subsanan la falta a satisfacción del registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los *recursos correspondientes*, sin perjuicio de hacer la anotación preventiva que ordena el artículo 42 en su número octavo si se solicita expresamente. En el caso de no hacerse la anotación preventiva, el asiento

validez o nulidad de los mismos títulos. Este precepto ofrece una alternativa: o el recurso gubernativo o la contienda

de presentación del título continuará produciendo sus efectos durante los treinta días antes expresados. Artículo 66. Los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el registrador, sin perjuicio de acudir si quieren a los *tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí* acerca de la validez o nulidad de los documentos o de la obligación. En el caso de que se suspendiere la inscripción por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotación preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los treinta días que duran los efectos del asiento de presentación. Si se extiende la anotación preventiva podrá verificarse en el tiempo que ésta subsista, según el artículo 96." (Los subrayados de "los recursos correspondientes" y "tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí" son míos, y destacan la "legalización" del criterio introducido por la RO 1864).

En la discusión parlamentaria en las Cortes Constituyentes se llegó a precisar (como resultado de intervenciones de los señores CURIEL Y CASTRO y MORALES-DÍAZ) que "los notarios pueden y deben considerarse comprendidos entre los interesados que pueden reclamar contra la calificación del registrador". (Diario de Sesiones de Cortes Constituyentes de 1869, n.º 160 (17-XI-1869), pág. 4276).

La modificación fue sustancial, si el artículo 19 Ley 61 se refería al recurso a los tribunales, en la Ley 69 el artículo 19 se refiere a los "recursos correspondientes" a los que podría acudir el interesado, y el artículo 66 señala como "correspondientes" o bien la "reclamación gubernativa" o bien la contienda "entre sí" (no frente al registrador o al Registro o a la administración registral) acerca de la validez o nulidad "de los documentos o de la obligación". La Ley 69 daba rango legal a la norma formulada mediante la RO 1864, esto es, a la norma que suprimía la posibilidad de que el interesado sometiese a los tribunales de justicia la decisión de la inscripción de su título.

Por Real Orden de 29 de mayo de 1878 se dispuso:

Excmo. Sr.: La Sala de lo Contencioso de ese alto Cuerpo ha comunicado a este Ministerio el dictamen siguiente:

Excmo. Sr.: La Sala de lo Contencioso ha examinado la demanda, de que se acompaña copia, deducida por D. Salvador María de Reguart y Mestre, representado en la actualidad por el Licenciado D. Manuel Corchado, sobre revocación de la orden de la Dirección General de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado de 4 de marzo de 1876, que negó al demandante la inscripción de ciertos documentos.

De sus antecedentes resulta:

Visto el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, según el cual los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título, hecha por el registrador, sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de la obligación:

Visto el artículo 267 de la misma Ley, que dispone en su párrafo tercero que corresponde a la Dirección General del Registro de la Propiedad resolver los recursos gubernativos que se propongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los registradores:

Considerando:

1.º Que los acuerdos de la Dirección General del Registro de la Propiedad resolviendo los expedientes promovidos con ocasión de la negativa de los registra-

de los interesados entre sí. (No me entretengo, porque no me interesa a mis efectos, en la prevista anotación preventiva de demanda). Y silencia totalmente la posibilidad de pretender una tutela judicial efectiva en contienda frente a la decisión del Registro de la Propiedad (como institución gestionada por el cuerpo de registradores y por el centro directivo); pero este silencio es expresivo del criterio de rechazo de la posibilidad de tutela judicial que late en la LH desde 1864 (con el precedente de la RO de 1864).

Este rechazo resulta confirmado por el párrafo segundo del artículo 40 LH. En los casos de inexactitud registral detallados en aquellas letras del párrafo primero en las que se prevé la rectificación a consecuencia de resolución judicial que la ordene, se dispone que “se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho”. Luego podemos deducir que no es que se produzca mera omisión de la posibilidad

121

dores a inscribir algún documento, sólo tienen por objeto terminar la vía gubernativa, sin perjuicio de la decisión que en su día puedan adoptar en la materia los Tribunales ordinarios:

2.º Que en tal concepto, y por razón de la naturaleza del acuerdo, no corresponde entender en el examen y decisión de esta demanda a la jurisdicción contencioso-administrativa:

La Sala, de conformidad con el parecer del fiscal de S.M., entiende que no debe admitirse la demanda de que lleva hecha referencia.

Y habiéndose conformado S.M. el Rey (Q.D.G.) con el preinserto dictamen, se ha servido resolver como en el mismo se propone.

De Real Orden lo digo a V.E. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V.E. muchos años. Madrid, 20 de mayo de 1978 - Fernando Calderón y Collantes.- Señor Presidente del Consejo de Estado.

La resolución de 10 de agosto de 1978 dijo, amparada en la Orden del mismo año: “La inscripción de los títulos de adquisición de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos es un derecho de naturaleza civil que compete a las personas que tienen interés en asegurar su adquisición, de cuyo derecho no pueden ser privados sin haber sido oídos y vencidos en juicio, salvo en el caso en que los registradores declaren improcedente la inscripción”. La doctrina es meridianamente clara: existe un derecho civil a obtener la inscripción del título; este derecho está garantizado por el amparo de los tribunales en general; por excepción si el registrador declara improcedente la inscripción no procede la tutela judicial de tal derecho. (Como puede verse, la desautorización de la doctrina que había expuesto Don Ramón GÓMEZ DE LA SERNA no puede ser más rotunda y ha tenido larga vida).

de tutela judicial reclamada frente o contra la institución registral, sino que implícita, pero rotundamente, excluye la posibilidad de dirigir la demanda contra el Registro de la Propiedad como institución o contra el registrador como gestor de ella y como “responsable”, según el artículo 18 LH, de la calificación (52).

El Reglamento Hipotecario despeja, si la hubiera, toda duda acerca del criterio de exclusión de la tutela judicial frente al Registro. Así, el artículo 101 RM después de declarar limitados los efectos de la calificación a extender, suspender o negar la inscripción, afirma que la calificación no impide el procedimiento ante los tribunales ni prejuzga su resultado, como no podría ser menos; así, el artículo 111 RM en el que se señalan como alternativas únicas o el recurso gubernativo o la demanda ante los tribunales “para contender entre sí los interesados”; y así el artículo 132 que “dispone” que en los litigios promovidos por los interesados para ventilar y contender “entre sí” (el entrecomillado es del precepto) acerca de la validez o nulidad de los documentos calificados, el Registro no será parte, ni podrá ser

(52) Más adelante volveré sobre el estado de la cuestión hasta muy recientes fechas. Sin embargo, me parece muy significativo que haya llegado a plantearse la exclusión, incluso, del recurso gubernativo. Así, en el caso de que se ocupó la R. de la DGRN, de 18 de abril de 1994, en que se trataba de la nueva presentación de un título constitutivo de hipoteca que había sido objeto de inscripción parcial, puesto que se excluyeron del asiento determinados pactos, en virtud de “inscripción parcial solicitada y aceptada, si así resultase de la calificación registral”, según se expresó en el propio título; la registradora había entendido que la solicitud y aceptación de la inscripción parcial impedía el recurso respecto de las cláusulas no inscritas; el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó la excepción dilatoria de improcedencia del recurso planteada por la registradora y la Dirección General estimó que “contra la negativa a inscribir dichas cláusulas cabe interponer el correspondiente recurso gubernativo, pues otra postura sería tanto como dejar en la indefensión a los usuarios de un servicio público —el Registro de la Propiedad— al no poder contar en el medio normal de completar el contrato que han suscrito y que éste se proyecte de esta forma en los libros registrales, si su pretensión tiene éxito.” Como es natural, este criterio tan plausible de la Dirección General debe entenderse en el marco de su propia competencia y con la trascendencia que le corresponde.

citado y si lo fuese deberán (los tribunales) sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario (53).

Resulta claro el criterio que desde 1864-1869 ha presidido la confección de los sucesivos textos de la LH y del RH; en efecto, se pretendió excluir la previsión del amparo judicial al interesado cuya pretensión de inscripción fuese negada por la administración gestora del servicio registral. Dicho de otra manera, se pretendió excluir la tutela judicial efectiva frente a la denegación de la inscripción solicitada.

Antes de comentar la dudosa constitucionalidad de este rechazo o mejor su inconstitucionalidad sobrevenida merece atención la difícil comprensión de la propuesta legal tendente a que litiguen entre sí las partes que convinieron el título, los cuales, no obstante la calificación contraria, a) no pueden desvincularse de su acuerdo salvo mutuo disenso o ejercicio de facultad resolutoria previamente pactada y fundada en la negativa de inscripción resultante de la calificación registral, b) es muy probable que persistan en su propósito dirigido a la consecución de la finalidad práctica perseguida por el título cuya inscripción se haya rechazado (54). Por todo esto no se comprende el estímulo a que se siga un pleito que muy probablemente sería ficticio y perseguirá obtener una sentencia “predeterminada” por el principio de congruencia respecto de las peticiones de las partes en demanda y contestación (55). Es claro que resultará me-

123

(53) El magistrado Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, “Calificación Registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, *AAMN*, XXXII, págs. 493 y ss., dijo en pág. 502. La lectura del artículo 132 del RH llena de asombro a cualquiera que venga del campo del Derecho procesal.

(54) No cabe negar la posibilidad de que una calificación registral pueda sugerir o provocar una contienda judicial acerca de la validez o nulidad del título.

(55) Tal sería el caso de las partes que recurrieron conjuntamente en el expediente que concluyó con la resolución de 16 de septiembre de 1987 comentada en nota 46.

Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, “Calificación Registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación”, *AAMN*, XXXII, págs. 493 y ss. Pág. 503. ¿Cómo van a contender entre sí la cuestión de la validez de un título quienes están en la creencia de que el título es perfecto? Queda fuera de la previsión del legislador, tan detallista en

jor servida la justicia y más satisfecho el ordenamiento si se somete a decisión jurisdiccional de manera directa el conflicto o colisión entre el interesado en obtener la inscripción del título y la administración registral que la rechaza.

Por otra parte, si la sentencia que recayese en el pleito sostenido por las partes “entre sí” confirmase la validez y eficacia del título, el registrador, o más bien la administración gestora del Registro, que no hubiera sido parte no resultaría vinculado por la sentencia y podría reiterar respecto de ella el mismo criterio calificadorio negativo producido respecto del título confirmado por la sentencia que pusiera fin al pleito seguido por las partes “entre sí”. Piénsese que la sentencia que recayese en el pleito de las partes “entre sí” decidiría de la validez y eficacia del título “entre las partes pleiteantes” y que el calificador podía fundar su decisión en aspectos de “la eficacia *erga omnes*” o en aspectos de la “técnica registral” relacionados con el alcance de la calificación, en función de la práctica o la denegación del asiento.

Me parece muy justificada la preocupación tendente a la armonización de la legislación registral con nuestra vigente constitución.

No se trata de apuntar o contemplar el aspecto negativo de la posibilidad de una inconstitucionalidad sobrevenida. Es posible que sea suficiente un prudente intento de búsqueda de soluciones para lograr la integración en la legislación registral del principio de la tutela judicial efectiva del derecho a obtener la inscripción de un título.

otros casos, toda discusión (en proceso judicial) frente al Registro sobre la “validez del título para generar la inscripción”. En realidad, como resulta de la nota 51 y de los precedentes históricos, la previsión del “legislador” se ha dirigido a evitar toda discusión o demanda de los interesados frente al registrador que someta a decisión jurisdiccional su calificación de rechazo de la inscripción.

B) Otras legislaciones registrales españolas.

Merecen atención y recuerdo otras normas legales ciertamente recientes, que rigen otros Registros cuyos asientos producen efectos civiles sustantivos, a la vez que efectos jurídicos de otra índole, las cuales se han ocupado de la materia en el sentido de regular la tutela judicial efectiva del derecho a la inscripción.

Me refiero a las normas reguladoras de la Oficina Española de Patentes y Marcas (nueva denominación del Registro de la Propiedad Industrial desde la Ley de Industria 21/1992, de 16 de julio, disposición adicional primera) cuyo contenido afecta, en lo que nos interesa, a los derechos civiles de los titulares de Patentes y Marcas regulados en las leyes respectivas; y las del Registro de la Propiedad intelectual, también de indudable, aunque no exclusivo, contenido civil.

A la Oficina Española de Patentes y Marcas le corresponde la tramitación y concesión de las distintas modalidades de la propiedad industrial y también la inscripción de los actos y contratos de explotación que deben ser inscritos en el Registro para surtir efectos frente a terceros de buena fe (art. 79 Ley Patentes, Ley 11/1886, de 20 de marzo). Todos los actos administrativos dictados por la Oficina en el ejercicio de sus potestades administrativas (concesión de patentes y marcas, concesión de licencias, declaración de caducidad) son recurribles en vía contencioso administrativa (art. 3 Ley Patentes y disposición adicional segunda de la Ley de Marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre). La tutela judicial para proteger al titular de violaciones de los derechos de patente o de marca habrá de buscarse ante los tribunales civiles o penales; y la declaración de nulidad de patentes o marcas concedidas es competencia de tribunales civiles (arts. 112 LP y 47 LM) incluso a petición de la Oficina (arts. 113 LP y 56 LM). Entre las causas de nulidad no se comprenden los vicios de procedimiento administrativo de concesión; de lo que puede deducirse que las leyes

se refieren a la nulidad civil como tema diverso a la nulidad de los actos administrativos de concesión, aunque la diversidad conceptual no excluya un cierto solapamiento; ello puede suponer que en un caso se superpongan causas de nulidad del acto administrativo (defectos de expediente) y causas de nulidad civil por falta de derecho a obtener la patente o marca y por tanto que cada una de las diferentes causas de nulidad se aprecie por el tribunal respectivamente competente según la sustancia material, administrativa o civil, del asunto.

126 Del Registro General de la Propiedad Intelectual (Ley 22/1987, de 11 de noviembre) cabe decir que queda clara la naturaleza administrativa del procedimiento y de los actos del Registro (el RD 1434/1992, de 27 de noviembre, artículo 35,6 atribuye carácter civil a la obligación de remuneración compensatoria y sujeta al Derecho administrativo, a la vía administrativa y al recurso contencioso administrativo, a los actos separables); ello no obstante los actos de este Registro, aun siendo administrativos, no son recurribles ni en vía administrativa (o gubernativa) ni en vía contencioso administrativa, sino directamente ante la jurisdicción civil, según el artículo 130,2 Ley 87 (contra el acuerdo del registrador podrán ejercitarse ante la jurisdicción civil las acciones correspondientes).

No obstante las particularidades propias del Registro Civil, merece atención la naturalidad con la que su legislación regula el sometimiento a la jurisdicción de los asientos extendidos en él y también de las decisiones del encargado denegando la extensión del asiento. El artículo 4 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1958, prevé el planteamiento de la cuestión de inexactitud ante la jurisdicción civil como cuestión prejudicial; de donde se sigue la posibilidad de plantearla con independencia de otro pleito del que sea cuestión prejudicial, puesto que se prevé que la cuestión, aun siendo prejudicial, se resuelva por "sentencia" distinta y separada del "fallo" que decida el "pleito entablado" (respecto del

cual sea prejudicial). Y el artículo 29 de la misma Ley declara "recurríbles" las decisiones del encargado denegando el asiento solicitado ante el juez de primera instancia (56) "con apelación ante la Dirección General sin que quepa ulterior recurso"; sin embargo, y como referencia a cauce diverso deja "a salvo, cuando corresponda, la vía judicial ordinaria". El artículo 92 establece que "las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario. La demanda se dirigirá contra el ministerio fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fuesen demandantes".

Es claro el señalamiento de competencia de la jurisdicción civil tanto para solicitar tutela judicial respecto de las decisiones del encargado referentes denegando el asiento solicitado como respecto de la rectificación del asiento; y merece atención el señalamiento del ministerio fiscal como "demandado" (parte contra quien se dirigirá la demanda), lo cual indica que la defensa del Registro Civil se le encomendó a él y no al abogado del Estado.

No me ocupo del Registro Mercantil como diverso del Registro de la Propiedad pues no obstante su radical diferencia (registros de personas aquél y de bienes éste) el régimen de acceso de los títulos es semejante. Tampoco de lo referente a los Registros de asociaciones y de fundaciones.

127

(56) Jesús Díez del Corral Rivas, *Lecciones prácticas sobre Registro civil*, Consejo General del Notariado, 2.ª ed., 1986, pág. 31. "Aparte de que siempre quede a salvo la vía judicial, la decisión desfavorable del encargado permite un recurso gubernativo ante el juez de Primera Instancia..."

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., 1993, pág. 584. Se reconoce la competencia de la jurisdicción civil respecto de los actos dictados en el ámbito que convencionalmente se conoce con la denominación de Administración del Derecho Privado (cambios de nombre, dispensas, legitimación de hijos por concesión, nacionalidad, etc.) El carácter civil de la materia explica en estos casos su atribución a la jurisdicción ordinaria, aunque se trate de auténticos actos administrativos (*vid.* el art. 52 de la Ley de Registro Civil, de 5 de junio de 1957, según el cual las inscripciones registrales sólo pueden rectificarse por sentencia firme de los tribunales ordinarios; *vid.* también el art. 362 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que excluye el recurso contencioso-administrativo).

C) Conclusiones.

128

Vimos cómo el conjunto de la legislación hipotecaria (Ley y Reglamento rectores del Registro de la Propiedad) confirma la primera impresión de su rechazo a la posibilidad del sometimiento a control judicial o jurisdiccional de las decisiones contrarias a la inscripción de un título; y cómo parece seguro, en mi opinión, que el principio constitucional de tutela judicial efectiva es contrario a este rechazo. El control jurisdiccional de las actuaciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas y del Registro General de la Propiedad Intelectual establecido en sus regulaciones legales postconstitucionales confirma este criterio que no discrepa del que preside el Régimen del Registro Civil. El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de diciembre de 1994, ha afirmado que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como emanados de un órgano de la administración están sujetas a control jurisdiccional de los artículos 106 de la Constitución y 8 LOPJ, como veremos más adelante con detalle.

Pero nos queda abierta la necesaria aclaración acerca de la jurisdicción competente.

XII. La anticonstitucionalidad sobrevenida del régimen de la Ley Hipotecaria

Si entre el interesado en obtener la inscripción de su título y la institución registral (el registrador de la Propiedad y la Administración responsable de su gestión y llevanza) naciese un conflicto en torno a la inscripción de un título pretendida por aquél y negada por éste, parece inevitable la aplicación del derecho constitucional a obtener tutela judicial efectiva; esto es, del derecho constitucional a obtener una decisión judicial acerca de si la inscripción pretendida es procedente o si por el contrario es ajustada a derecho la negativa a practicarla.

La posición firme o definitiva de la Administración Pública del Registro de la Propiedad no puede quedar sustraída al principio consagrado por el citado artículo 24 CE (57). También debemos tener presente el régimen general de control judicial de la actividad administrativa previsto en el artículo 106,1 CE, que sanciona la generalidad de la aplicabilidad del control judicial, al cual pueden someterse incluso las decisiones discrecionales, en cuanto el uso de la facultad discrecional debe realizarse de manera razonable y justificada para evitar que de ella se haga un ejercicio arbitrario. Ahora bien, el principio del control jurisdiccional de la actuación administrativa puede conducirnos a la problemática de la competencia de la jurisdicción administrativa cuando el fondo del asunto es de carácter o naturaleza civil. Por ello, debemos contemplar el artículo 24 de nuestra Constitución que permite analizar la cuestión en términos generales.

El artículo 24 CE declara en su número 1: “Todas las personas tienen derecho 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”. Este precepto constitucional forma parte de la sección 1.ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” comprendida en el Capítulo II “Derechos y Libertades”, y según el artículo 53, también de la CE, “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1.a)” y añade

129

(57) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., 1993, pág. 434. La Constitución vigente ha cerrado el paso a toda exención jurisdiccional; el artículo 106,1 CE afirma sin excepción posible la competencia de los tribunales para el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; y el artículo 24,1 CE afirma el derecho de todos a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

a seguido “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1.^a del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional”.

Creo que deben extraerse varias consecuencias: Una consiste en estimar la inconstitucionalidad sobrevenida de la omisión de una previsión, señalamiento o regulación de un procedimiento para que el ciudadano interesado en obtener una inscripción que se le deniega pueda recabar de los tribunales ordinarios la tutela efectiva de su derecho e interés para obtener la inscripción de un título; otra consiste en el estudio y deliberación acerca de la necesidad de señalar de manera expresa aquella jurisdicción ordinaria que sea competente para decidir si la pretensión de inscripción de un título, rechazada por la administración registral, debe tener una respuesta distinta o si debe mantenerse la negativa. Finalmente, si lo que debe estudiarse y precisarse es la simplificación del planteamiento para atribuir la competencia en todo caso a una jurisdicción y para regular un procedimiento determinado; y en este último caso si el rango legal debe ser de Ley Orgánica en cuanto podría afectar la distribución general de competencias contenida en el artículo 9 LOPJ.

130

XIII. La posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

No es ninguna novedad el planteamiento de la posibilidad de competencia de esta jurisdicción (58).

(58) La Sentencia del TS, Sala Contencioso Administrativo, de 6 de noviembre de 1954, se ocupó de demanda que impugnaba la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio del 49, que declaró procedente la cancelación de una estipulación que según el criterio de la Dirección no debía

Pero debo advertir que su defensa goza de poco predicamento.

Parece oportuno, no obstante, recordar algunas razones que puedan justificar su defensa; y en ocasiones afirmarla con serio fundamento.

El Registro de la Propiedad tiene el carácter o naturaleza de una institución propia de la administración pública al servicio del derecho privado; y esta calificación tiene un notable fundamento aunque algunos autores disientan de ella. No es éste el momento de analizar con detalle las opiniones diferentes aunque es bien cierto que no ofrecen una calificación precisa (59).

La calificación registral tiene, según resulta de lo que antes quedó dicho, la finalidad de asegurar el acceso al Registro de títulos fehacientes y válidos y de seleccionar el contenido del título que debe quedar testimoniado en el asiento que se extenderá (deberá extender) si no resulta

131

reputarse ni condición resolutoria *erga omnes* ni derecho real. Frente a la demanda opuso el fiscal (sin que con arreglo a la legislación vigente a la sazón se plantease el problema que en la actualidad ha determinado la S. del TS de 22.12.94) que el asunto sometido a debate no estaba comprendido dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las razones de la sentencia, que acogió la tesis del fiscal, se pueden sintetizar: A) Las resoluciones de la Dirección General constituyen el trámite final del procedimiento gubernativo abreviado y resuelven *siempre* (subrayo yo) problemas de derecho privado, como el que motivó la resolución recurrida en el pleito, que definió el alcance registral de una estipulación consignada en un contrato civil de compraventa. B) Del artículo 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la Real Orden de 20 de mayo de 1878 (véase la nota 51), resulta que no cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Dirección General; de aquélla porque excluye competencia de la jurisdicción cuando el auto administrativo tiene como materia derechos civiles y ésta porque excluye la revisión judicial de la calificación registral. C) Y finalmente, para evitar la posible contradicción entre la solución que diese la sala de lo Contencioso-Administrativo, y la que diese la jurisdicción civil si se plantease contienda entre los interesados. (Adviértase que en la sentencia no se plantea la posibilidad de un pleito civil entre quien entendía que no debía haberse practicado la cancelación y quienes habían decidido su procedencia; esto es, el Registro de la Propiedad, el sistema registral, el registrador y la Dirección, sin que sea oportuna ahora la referencia a la cuestión de la legitimación pasiva.)

(59) Véase nota 33.

apreciada alguna falta (60). En definitiva, como reiteran la Ley y el reglamento, de la calificación resulta o bien la decisión de proceder al acto de extender un asiento o bien la decisión de no extenderlo (por suspensión o por denegación). Si se extiende el asiento el título reflejado en él obtiene la eficacia propia de la publicidad registral y si se niega no sólo se priva al título de la eficacia que presta el Registro sino que ésta sigue produciéndose en beneficio del título publicado por el asiento que sigue vigente. De la cali-

(60) Véase nota 37. Se ha dicho: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Ángel M. LÓPEZ y Vicente L. MONTES, Valencia, 1994, lec. 33; M.^a R. VALPUERTA FERNÁNDEZ, *El Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 773 y ss. El R. de la P. es una institución jurídica, una institución jurídica administrativa integrada en la Administración del Estado. También calificada como organismo administrativo de oficina pública. Pág. 840. La calificación tiene eficacia *erga omnes*, sin efecto de cosa juzgada, ya que los interesados podrán presentar una nueva solicitud sobre el mismo título. Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, VI, 3.^a ed., 1982, pág. 73. El registrador no es un funcionario que obra en nombre del Estado y al cual obliga, como ocurre con los de los órganos administrativos, sino que, como los jueces, es designado por el Estado para aplicar las leyes a las partes que lo soliciten (en el caso de los registradores, a transmitentes y adquirentes) sin vincular con su decisión al juez ni representarlo en un sentido directo. Estas opiniones, que parecen excesivas, podrían justificarse en cuanto derivaciones del principio excluyente del control judicial. También me parecen excesivas ciertas alegaciones del registrador en la defensa de su nota, según resultan los hechos de la resolución de 16 de noviembre de 1994 (BOE, de 12 de enero de 1995) en cuanto alude a una "zona de derecho cautelar o de seguridad jurídica preventiva" en la que actúa el registrador y que está situada entre el Derecho notarial y el judicial o contencioso. Parece latir la idea de una función registral "creadora" de derecho. Ciertamente el Registro, la publicidad sustantiva atribuida al asiento, produce, puede producir, efectos sustantivos que aumentan la eficacia del título; el registrador abre la puerta del Registro al título; pero es el Registro el que al recibir el título aumenta su eficacia, la que ya tenía. Bueno será recordar que la exposición de motivos de la LH 1861 decía: "Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código civil, propone que sólo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes"; y recordar además que el tenor del artículo 3 LH, cualquiera que sean sus deficiencias o perfectibilidades, sigue vigente; y lo que se dijo sobre la calificación en la nota 37.

ficación registral se sigue una determinada y variable atribución del servicio que el Registro de la Propiedad presta al derecho privado.

La deducción de lógica formal no ofrece dificultades. Supuesto que el Registro de la Propiedad es una institución de la Administración Pública (ciertamente al servicio del derecho privado) y supuesto que la actuación del registrador resultante de su calificación determina la atribución de la publicidad registral de una o de otra manera (presta el servicio de la publicidad registral al título que pretende su inscripción o lo mantiene para el que ya había accedido al Registro), parece razonable pensar en la competencia de la jurisdicción administrativa: La institución involucrada tiene el carácter de una administración pública (61) y la concreta decisión adoptada por el responsable de su gestión cuyo control jurisdiccional se cuestiona comporta la negación de la prestación de la publicidad registral al título que la pretende.

133

A mayor abundamiento la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no resulta excepcionada respecto de la Dirección General, el centro directivo queda sujeto a ella, como confirma el RD 1879/1994 de 16 de septiembre, y sus decisiones son recurribles según las reglas generales que sujetan a las Administraciones Públicas. Advierto que el artículo 107,2 de la Ley 30/1992 permite sostener la vigencia íntegra del régimen y tramitación del recurso gubernativo (en el ámbito del Registro de la Propiedad y del Mercantil) que sustituyen al recurso ordinario por razón de la determinación del supuesto o ámbito y de la especificidad de la materia.

La doctrina de los registralistas se manifiesta contraria al control jurisdiccional en general (ajustados a la legislación hipotecaria) y en particular a la contencioso-adminis-

(61) Véase nota 14.

trativa (62). La doctrina de los tribunales parece respaldar el rechazo de la competencia de la jurisdicción contencioso-

(62) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CANETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, 1983, pág. 626. La naturaleza del recurso gubernativo es constituir un procedimiento de jurisdicción contenciosa civil; por tanto, queda excluido del grupo de procedimientos de orden administrativo; sin que quepa contra la decisión final recurso contencioso-administrativo, según ha determinado el TS en fallos recogidos en resoluciones de 23.3.61 y 23.2.68. Pág. 654. Las decisiones en la jurisdicción registral producen los efectos de cosa juzgada respecto a la procedencia o improcedencia de extender o no un asiento registral. Y son impenetrables, pues los posibles litigios no pueden ir encaminados a obtener una decisión análoga a la que corresponde a la jurisdicción registral, o sea, a declarar que procede o no extender el asiento solicitado.

En la misma dirección se da por supuesta la improcedencia del control judicial.

Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral, Ángel M. LÓPEZ y Vicente L. MONTES, Valencia, 1994, lec. 33; M.^a R. VALPUERTA FERNÁNDEZ, *El Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 773 y ss. El R. de la P. es una institución jurídica, una institución jurídica administrativa integrada en la Administración del Estado. También calificada como organismo administrativo de oficina pública. Pág. 840. La calificación tiene eficacia *erga omnes*, sin efecto de cosa juzgada, ya que los interesados podrán presentar una nueva solicitud sobre el mismo título. Tampoco impide el procedimiento que se pueda seguir ante los tribunales de Justicia sobre cuestiones que afecten a la validez del título (aunque parece que sigue la línea del art. 66 LH).

Manuel PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pág. 534. Es una función distinta de la típica de la Administración del Estado. Las leyes que regulan la función registral son leyes civiles, el C.c. y la LH que es una ley civil. Las cuestiones que se ventilan son civiles; las cuestiones litigiosas sobre la procedencia de asientos corresponde a la jurisdicción ordinaria.

No debe olvidarse la cita de José Luis LACRUZ BERDEJO, "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *RCDI*, 1979, págs. 75 y ss. Págs. 147 y ss. afirman la inviabilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de las resoluciones de la Dirección General porque 1.º) no son actos administrativos en sentido estricto. 2.º) Si la LH no aparta el recurso gubernativo de la vía contencioso-administrativa es porque al considerar al organismo registral como distinto de la administración ha sustraído sus resoluciones al imperio de la ley de jurisdicción; 3.º) El recurso contra la calificación no es un recurso administrativo ordinario; 4.º) El artículo 66 LH limita las posibilidades de aquel a quien se deniega la inscripción; 5.º) El artículo 1 LH, que pone bajo la salvaguardia de los tribunales los asientos mientras no se declare la inexactitud en los términos establecidos en esta Ley, determina la exclusiva viabilidad de los procedimientos de rectificación previstos en la Ley; 6.º) La exposición de motivos de la LH de 1861 da a entender la decisión del legislador contraria a la revisión judicial de las decisiones que desestimen la petición de inscripción; 7.º) Aun entendiendo que son actos de la administración no puede defenderse que están sujetos al derecho administrativo; están sujetos al "derecho inmobiliario registral" que es una parcela del derecho, si no con sustantividad propia, sí con clara adscripción a una disciplina de las formas jurídicas que no es administrativa ni civil y que lo excluye de la jurisdicción contenciosa.

De muchas partes de mi trabajo y de otras notas resulta la refutación de los argumentos de este autor, que hoy resultan superadas por la vigente Constitución.

administrativa de manera total (63). La doctrina ha replanteado esta cuestión (63 bis).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha ocupado recientemente de la cuestión en una sentencia de veintisiete de octubre de 1993 (ponencia de doña Berta Santillán Pedrosa) y un auto de veintitrés de diciembre del mismo año, ambos de la sección novena y con una argumentación coincidente, en aquélla se declara la inadmisibilidad del recurso y la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y en éste se declara la inadmisibilidad del recurso conforme con lo dispuesto en el artículo 82.a) LJ. La fundamentación de ambas decisiones es idéntica; puede resumirse: 1) Según los artículos 1 LJ y 9.2 y 4 LOPJ se requiere, para que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado puedan ser revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, que se den en dichas decisiones dos requisitos: a) que sean actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo; b) que no se refieran a cuestiones civiles. 2) La Dirección General no actúa como órgano de la función administrativa sino como órgano de la función registral. 3) Las cuestiones que se resuelven en el ejercicio de esa actividad registral son cuestiones de índole civil. Ambas decisiones, tanto la sentencia como el auto, invocan como precedente de autoridad la STS de 6 de noviembre de 1954 y sus precedentes en STS de 2 de octubre de 1906 y 18 de febrero de 1936.

135

(63) Puede leerse en nota 58 la sentencia de 6 de noviembre de 1954, invocada por los autores repetidamente.

(63 bis) Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación", *AAMN*, XXXII, págs. 493 y ss.; Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "La recurribilidad de las decisiones de la Dirección General de los Registros que ponen fin al recurso gubernativo en materia de registro mercantil" en *Derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1993, págs. 221 y ss. Finalmente, Luis MARTÍ MINGARRO, decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pronunció una conferencia en la AMN, pendiente de publicación en los anales, en la que defendió la recurribilidad.

La doctrina parece firme. Sin embargo, las dudas siguen rodeando la posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Me parece suficiente formular ciertas preguntas: ¿Goza de respaldo firme la distinción entre la función administrativa y la función registral? En S. del TS (Sala 1.^a), de 22 de diciembre de 1994, se afirma que la Dirección General de los Registros y del Notariado pertenece a la administración del Estado (a los efectos de justificar la postulación procesal del abogado del Estado) y parece sostener que la función registral participa de las características generales de toda función administrativa, siendo dudoso que de sus particularidades diferenciales (que existen) se siga la negación del carácter administrativo. ¿Pueden plantearse cuestiones referidas a la actuación del registrador en el procedimiento de inscripción desde que el título se presenta hasta que decide no practicar el asiento pretendido? ¿Puede someterse a control jurisdiccional la actividad y la decisión de la Dirección General en su dimensión o aspecto de actos administrativos y de su regularidad en relación con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común?

Estas cuestiones no son propias del Derecho sustantivo privado (civil o mercantil) sino del trámite llamado procedimiento de inscripción; pueden señalarse como ejemplos, ya citados, la decisión de archivar un recurso mercantil planteado a efectos doctrinales por estimar que carece de interés, sin fundamentar en lo absoluto dicha estimación; la decisión de no practicar el asiento solicitado por no prestar el presentante la conformidad para que no se expresasen en él ciertos pactos del título, resultando omitido el deber de calificar por parte del registrador.

No me parecía infundada la duda acerca de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir acerca de estas cuestiones, que pueden (yo creía que debían) considerarse actos de una administración pública y

que tales actos están sujetos al Derecho administrativo, en cuanto rector de la forma de “actuar” la Administración a que se refieren.

Muy recientemente la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha vuelto a ocuparse de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sentencia de fecha 21 de diciembre de 1994 (también ponencia de Doña Berta Santillán Pedrosa). La cuestión debatida se refería a la negativa a expedir copia de una determinada escritura de poder; en el caso la negativa del notario competente a la expedición de la copia solicitada se amparaba o fundaba en el artículo 227 del Reglamento Notarial y contra esta negativa se había recurrido ante la Dirección General, que desestimó el recurso al considerar ajustada al precepto reglamentario la decisión del notario, cuya resolución fue confirmada por el Subsecretario del Ministerio de Justicia.

137

Se planteó ante el Tribunal la inadmisibilidad por falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala parte en su razonamiento “de que, en todo caso, al amparo del artículo 24,1 de la Constitución, no pueden quedar al margen del control y la revisión jurisdiccional de las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado”. En base a ello estudia la determinación de la jurisdicción competente.

Vale la pena reproducir la argumentación de esta sentencia:

“Para poder determinar si la revisión de dicha resolución corresponde a esta Jurisdicción es necesario examinar si concurren los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el artículo 9, apartados 2 y 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial para delimitar los criterios de atribución de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sitúa bajo su control los actos dictados por la Administración

Pública, que además se encuentren sujetos al Derecho Administrativo.

Entre las funciones atribuidas a la DGRN se encuentran según el artículo 7 del Real Decreto 1449/1985, de 1 de agosto (vigente en el momento de dictarse el acto objeto de recurso), la tramitación y resolución de los recursos gubernativos en materia notarial y registral, así como la dirección, inspección y vigilancia del Notariado y de los Registros de la Propiedad, y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales en materia registral y notarial.

En este sentido, no se discute que la DGRN sea un órgano administrativo encuadrado dentro de la estructura de la Administración activa, por lo que sus actos son actos dictados por la Administración Pública; no obstante, no es tan evidente si dicho órgano en su actuación aplica o no, y en todo caso, normas administrativas, elemento clave para poder dilucidar la competencia jurisdiccional a que se refiere el mencionado artículo de la LJCA.

Para poder determinar este extremo, es preciso analizar la naturaleza jurídica de la función que desarrollan los notarios y los registradores de la Propiedad, ya que su actividad, conforme al artículo 7 del Real Decreto 1449/1985 citado está bajo el control y vigilancia de la DGRN, y es, como se ha expuesto reiteradamente, la que ha dado lugar indirectamente a este recurso.

Sin intentar analizar exhaustivamente la cuestión, puede afirmarse que tanto el registrador de la Propiedad, como el notario, aplican habitualmente normas de Derecho Privado en su actuación profesional y pública, por lo que parece lógico que la jurisdicción competente para residenciar los conflictos que pudieran plantearse en el desarrollo de esta actividad fuese la civil. No obstante lo anterior, no puede olvidarse que en el desarrollo de su actividad el notario da fe pública de las actuaciones en las que interviene de modo profesional y por delegación del Estado que reglamenta su ejercicio; en consecuencia, debe ser considerado, a estos efec-

tos, como un funcionario público (o, en la terminología del artículo 111, apartado 4, de la Ley General Tributaria como profesional oficial) porque pública, en cuanto exclusiva del Estado, es la función que realiza; así el notario da fe de los contratos y de los demás actos extrajudiciales en los que se requiere su presencia. De igual carácter es la función registral, ya que si bien la inscripción interesa a situaciones de derecho privado, no obstante el interés público por garantizar la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario y mercantil permite atribuir al Registro la condición de servicio público.

Desde esta perspectiva, los notarios y los registradores de la Propiedad pueden ser considerados como funcionarios públicos *sui generis* en cuanto que, en el ejercicio de su función actúan con independencia jerárquica y económica respecto de la Administración, por lo que cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve los recursos gubernativos no puede afirmarse que revise actuaciones realizadas por funcionarios públicos en sentido estricto, aunque naturalmente, en todo ello no se puede olvidar la función de servicio público que realizan, función que justifica el control que se ejerce sobre su actuación por la Administración.

Poniendo en relación todo lo anterior, sólo las actuaciones en las que intervenga la DGRN que apliquen el Derecho administrativo podrán ser objeto de enjuiciamiento en este orden jurisdiccional; tal hecho se produce en aquellos supuestos en los que se trate de actos dictados en relación con la gestión y el funcionamiento del servicio público, en cuanto las normas de tipo organizativo pertenecen al sector administrativo del ordenamiento, en la medida en que se trata de normas dictadas por el legislador o por el Gobierno para organizar el servicio, y que, por tanto, son diferenciables de las concretas actuaciones que se desarrollan en la prestación del servicio público. Por el contrario, no se encuentran dentro del ámbito del orden contencioso, sino del

civil, las cuestiones y conflictos que puedan surgir con motivo de la aplicación de las normas sustantivas de derecho privado sobre las que se proyecta la función registral y notarial.

Habrá que estar a cada caso concreto para poder determinar si la DGRN aplica normas civiles o normas administrativas; así, si la Dirección revisa, por ejemplo, la negativa del registrador a realizar la inscripción de una escritura pública porque faltan determinados requisitos exigidos por normas de Derecho privado o cuando lo que se revisa son actuaciones de los notarios que se niegan a otorgar una escritura pública por iguales motivos, amparados en normas de Derecho privado, la revisión jurisdiccional no puede corresponder al orden contencioso-administrativo, pues falta uno (no se trata de actos que apliquen Derecho administrativo) de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la LJCA; en estos casos su revisión corresponde a los tribunales del Orden Civil; una solución contraria permitiría que sobre un mismo asunto pudieran existir sentencias contradictorias entre los órdenes jurisdiccionales, civil y contencioso-administrativo.”

Después de copiar los considerandos segundo y tercero de la STS de 6 de noviembre de 1954 (64), sigue la argumentación así:

“Cuando no se aplican normas de Derecho privado, los Tribunales del orden contencioso-administrativo pueden revisar las resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado; así ocurre por ejemplo, en relación a las actuaciones de carácter disciplinario, o la aplicación de los aranceles. En estos supuestos es evidente que

(64) Como es bien sabido, no puede tener la misma respuesta una mera o simple solicitud de copia de una escritura de apoderamiento que una bien diversa solicitud de copia formulada en base a un interés fundado en un derecho sustantivo alegado y probado de modo auténtico, cuyo derecho justifique el interés en la obtención de copia a los singulares y especiales efectos de satisfacer o cumplir el mismo derecho y de lograr su plena efectividad.

corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso y no del civil la resolución de los conflictos que puedan plantearse.

Partiendo de los criterios expuestos, y aplicándolos al caso de autos, esta Sala entiende que en este supuesto la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para revisar la resolución dictada por la DGRN, porque la negativa a la expedición de la copia del poder que motiva el recurso no se basa en la aplicación de una norma de Derecho civil o mercantil, sino en la aplicación de una norma de organización del servicio como es la prevista en el citado artículo 227 del Reglamento Notarial.

Este precepto impone al notario la obligación de no expedir copias del poder cuando éste resulte revocado, regulando la vertiente de la prestación de la fe pública notarial, en su aspecto organizativo, pudiéndose calificar esta norma, a los efectos que aquí interesan, como administrativa.

Resuelta la cuestión de la competencia planteada en sentido favorable a la declaración de la competencia de este Tribunal para revisar la resolución recurrida, se debe proceder a analizar el fondo de la litis planteada.

La DGRN al resolver el recurso, se ha limitado a aplicar literalmente dicho precepto, sin que se observe irregularidad jurídica alguna que merezca la anulación de la resolución recurrida en esta sede, lo que conduce a la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, confirmándose la resolución recurrida.

Todo ello, sin perjuicio, coherentemente con lo expresado en el fundamento jurídico anterior, de que puedan ejercitarse por el recurrente o terceros interesados cuantas acciones consideren procedentes en el orden jurisdiccional civil, sobre cuyos extremos, esta Sala no puede pronunciarse por carácter de competencia.”

Por todo ello se pronunció en el fallo que “debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo” y que “debemos declarar y declaramos la conformidad de las mismas (la

resolución de la DGRN confirmada por el Sr. Subsecretario del Ministerio de Justicia) con el ordenamiento jurídico, debiendo ser confirmadas”.

No es de interés para el caso que nos ocupa el estudio de los aspectos civiles del derecho a obtener copia, ni en sus aspectos generales ni en su posible aplicación al caso (65).

Pero sí tienen notable importancia varias afirmaciones.

1) En todo caso las resoluciones de la DGRN “al amparo del artículo 24,1 de la Constitución no pueden quedar al margen del control y revisión jurisdiccional”.

2) Las resoluciones de la DGRN son actos dictados por la Administración Pública.

3) Cuando la DGRN resuelve los recursos gubernativos (referentes a actuaciones de notarios y de registradores) no puede afirmarse que revise actuaciones realizadas por funcionarios públicos en sentido estricto, sin olvidar el control que realiza sobre notarios y registradores por la función de servicio público que realizan.

4) Las actuaciones (y resoluciones de la DGRN) que apliquen el Derecho administrativo pueden ser objeto de enjuiciamiento en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

5) Por el contrario, las cuestiones y conflictos que puedan surgir con motivo de la aplicación de las normas sus-

(65) En el mismo sentido Don Jerónimo GONZÁLEZ, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Ministerio de Justicia, 1948, VII, *Fuentes del Derecho Hipotecario Español*, 6.ª Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General, págs. 214 y ss., sostuvo, pág. 219, que las resoluciones en los recursos gubernativos son firmes y definitivos en el campo correspondiente, sin que contra ellas se admita recurso de apelación ante el Ministerio ni contencioso-administrativo. Era la aplicación del sistema sancionado por la Ley 1869 y la RO 1878.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., 1993, pág. 509. Los recursos administrativos constituyen un presupuesto necesario para la impugnación jurisdiccional y en este sentido tienen que ser considerados forzosamente como un privilegio para la administración que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el juez. Así pues, como veremos, según el Derecho vigente, debe interponerse y seguirse el recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado antes de interponer el recurso contencioso-administrativo.

tantivas de Derecho privado sobre las que se proyecta la función registral y notarial se encuentran dentro del ámbito de la jurisdicción civil.

Según la doctrina de esta sentencia, la jurisdicción contencioso-administrativa se habría declarado competente para enjuiciar el caso que aludí en la nota 40 y para sentenciar el cumplimiento por la Dirección General de los Registros y del Notariado de las normas que regulan el procedimiento y las decisiones administrativas.

XIV. La competencia de la jurisdicción civil

La competencia de la jurisdicción civil es extensiva; así resulta del artículo 9,2 LOPJ que le atribuye la competencia para el conocimiento en las materias que le son propias (por serlo del Derecho privado) y además competencia para el conocimiento de las que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

143

El ejercicio de acciones fundadas en Derecho privado contra cualquier Administración pública deberá cumplir el requisito previo de la reclamación en vía administrativa (art. 120 L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) ante el órgano competente de la Administración pública de que se trate (arts. 122 y ss.). Este trámite previo puede quedar exceptuado por “disposición con rango de Ley” (66).

(66) Recuérdesse el criterio de GONZÁLEZ PÉREZ, según el cual “no es posible la impugnación directa ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”. Sólo quedan los dos caminos del artículo 66 LH: “Éste es el criterio general entre los «registralistas» (véanse citas en nota 58) aceptado también por los civilistas que se ocupan de la cuestión incluso en obras postconstitucionales”. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS ya había sostenido (véase nota 62) que “las cuestiones litigiosas sobre la procedencia de los asientos corresponde a la jurisdicción ordinaria”, si bien del contexto parece que sigue el criterio general de la exclusiva aplicación de los dos caminos que marca el artículo 66 LH.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.^a ed., 1993, págs. 579 y ss. Al ocuparse de los límites de la

En el estado actual de la cuestión, parece propio de la competencia de la jurisdicción civil la decisión de las demandas que plantee el interesado en la inscripción de un título para hacer efectiva su pretensión frente al rechazo resultante de calificación registral (una vez agotada la vía administrativa o recurso gubernativo) que se hubiese fundado en razones sustantivas, o dicho con mayor generalidad, en razones que no afecten al derecho administrativo rector del procedimiento de calificación o de resolución del recurso en cuanto a que el procedimiento y el acto de calificación, en

jurisdicción contencioso-administrativa, como materia ajena conforme al artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, cuyo texto, recuerdan, comienza excluyendo "las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que aunque relacionadas con actos de la administración pública se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones"; estos autores se refieren a las dificultades para deslindar la jurisdicción contencioso-administrativa de las jurisdicciones penal, social y civil, y nos dicen (pág. 582) que el aspecto más conflictivo de la partición jurisdiccional es el que afecta a la jurisdicción civil. Pág. 581. El auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 28 de marzo de 1990, respecto a la impugnación de los actos en la Administración consistentes en la proclamación y atribución de resultados electorales entendió que el criterio de distribución de competencia entre las dos órdenes jurisdiccionales "no reside en el carácter del órgano ni tampoco en el carácter del acto, sino que resulta decisivo el área jurídica en que éste incide"; la proclamación y atribución de resultados "no son actos realizados en aplicación del Derecho Administrativo sino en aplicación de normas de contenido social", pág. 582. El aspecto más conflictivo de la partición jurisdiccional es el que afecta a la jurisdicción civil, y ello porque falta, incluso, en nuestro ordenamiento una definición de lo que se considera cuestión civil. Un importante sector de la doctrina (GARCÍA-TREVIANO, PARADA, L. MARTÍN-REBORDILLO) reclama la unidad de jurisdicción para la Administración, lo que evitaría toda inseguridad y riesgo. Pero hay que notar que la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de las cuestiones perjudiciales e incidentales que se producen con ocasión de un acto administrativo, elimina la mayor parte de los problemas sin perjuicio del posterior ejercicio por las partes de las acciones que pudieran asistirles ante los Tribunales civiles, pág. 584. Se reconoce la competencia de la jurisdicción civil respecto de los actos distintos en el ámbito que convencionalmente se conoce con la denominación de Administración del Derecho privado (cambios de nombre, dispensas, legitimación de hijos por concesión, nacionalidad, etc.). El carácter civil de la materia explica en estos casos su atribución a la jurisdicción ordinaria, aunque se trate de auténticos actos administrativos (*vid.* el art. 52 de la Ley de Registro Civil de 5 de junio de 1957, según la cual las inscripciones registrales sólo pueden rectificarse por sentencia firme de los Tribunales ordinarios; *vid.* también el art. 362 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que excluye el recurso contencioso-administrativo).

lo referente a su dimensión fáctica, se ajusten a las normas de carácter administrativo que los rigen.

Este reconocimiento de la competencia de la jurisdicción civil parece sólidamente establecido como regla general (67); salvadas las excepciones, a mi juicio justificadas, de reconocimiento de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar cuestiones de procedimiento administrativo de la actividad de los encargados del Registro, en el trámite de calificación desde la presentación hasta la decisión de no practicar el asiento o de desestimar o rechazar el recurso, o hasta la decisión de no decidir el recurso interpuesto en interés de la doctrina, todas las demás cuestiones caen en la competencia de la jurisdicción civil.

Aunque el ejercicio de la función registral sea típicamente administrativa, la naturaleza civil de las relaciones en juego determina que se haya rechazado tradicionalmente su revisión por los tribunales contencioso-administrativos, por incompetencia de jurisdicción. Este criterio tiene validez general, sólo cuestionable cuando la relación en juego no es civil, sino administrativa por referirse al trámite administrativo en sí. Por otra parte, en cuanto se somete a revisión judicial la actuación de una Administración pública, se produce una inicial atracción hacia la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual en definitiva resulta excluida cuando se tratase de cuestiones de índole civil.

La doctrina sistematiza como un supuesto de materia ajena a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, las reclamaciones contra actos o decisiones de las Administraciones públicas que tengan por materia cuestiones de índole civil (68).

(67) Véase por todos la repetida sentencia del TS (Sala de lo Contencioso) de 6 de noviembre de 1954. Sus considerandos (y también resumen de antecedentes) en nota 58.

(68) Recuérdese lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su título VIII de las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones

Muy recientemente se ha producido una sentencia sobre esta materia en sentido coincidente con lo expuesto hasta aquí; ha sido dictada por la Sala Primera del TS, es la sentencia n.º 1161 pronunciada en recurso 3144/91, el día 22 de diciembre de 1994 (ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo), que resolvió recurso de casación contra sentencia de apelación dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia en juicio declarativo promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia. La demanda se había dirigido “contra resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y contra el Ministerio Fiscal” y se pretendía que se declararan válidos y ajustados a derecho “determinados acuerdos sociales” “ordenando por lo tanto su inscripción en la hoja correspondiente del Registro Mercantil de Valencia, de conformidad con lo que se solicita”. El fiscal alegó “excepción dilatoria de falta de representación” ya que “no representa a la administración y ésta debe estar representada y defendida por la Abogacía del Estado”. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción; y la Audiencia revocó la sentencia en cuanto estimaba la excepción dilatoria y entrando en el fondo del asunto desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de casación.

Creo útil reproducir los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del TS que declaró la nulidad del proceso por no haberse seguido contra la Administración del Estado, representada por el abogado del Estado, dicen así:

“PRIMERO.— El problema planteado en este recurso se desdobra en dos cuestiones. La primera, quién debe compa-

civiles y laborales, artículos 120 y ss.; conforme al artículo 122 la reclamación contra la Administración General del Estado se planteará ante el Ministro del departamento que por razón de la materia objeto de la reclamación sea competente). Frente a la resolución confirmatoria de la negativa a practicar una inscripción (recuérdese el carácter administrativo-gubernativo de las resoluciones que ponen fin al recurso gubernativo, sean dictadas por la Dirección General o por el Presidente del Tribunal Superior de Autonomía con Derecho Civil especial).

recer en juicio a defender la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la segunda, entrar, en su caso, a decidir la cuestión de fondo consistente en determinar la validez de un acuerdo de Junta General de Sociedad, relativo a las retribuciones de los administradores y subsiguiente inscripción en el Registro Mercantil que ha sido denegada por la Dirección General. Y ambas cuestiones, tienen como presupuesto determinar qué orden jurisdiccional debe conocer de la cuestión, porque está fuera de toda duda que las resoluciones de la Dirección General, como emanadas de un órgano de la administración, están sujetas al control jurisdiccional por expreso mandato del artículo 106 de la Constitución y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tratándose de cuestión que afecta al derecho de las Sociedades Mercantiles, para acordar en Junta las retribuciones de sus administradores y a la publicidad registral que ha de darse al acuerdo mediante la inscripción correspondiente, para que produzca los efectos civiles previstos por la Ley, es evidente que se trata de una cuestión eminentemente civil, y que por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe conocer este orden sin hacer uso de la regla, también contenida en el mismo artículo, según la cual el orden jurisdiccional civil conoce todas las materias que no están atribuidas a otro orden jurisdiccional.

SEGUNDO.— Esto sentado, corresponde ahora decidir de oficio quién debe representar a la Administración del Estado, a la que pertenece naturalmente la Dirección General de los Registros y ésta le corresponde a la Abogacía del Estado, pues así lo establece el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dicha representación no puede corresponder al Ministerio Fiscal, pues en el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece que tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la

Ley, y en su ámbito no encaja la defensa de las resoluciones de la Dirección General. Así lo sostuvo la sentencia de 1.^a Instancia, acogiendo la excepción planteada por el Ministerio Fiscal, que mantuvo igual postura en la apelación y ante el Tribunal Supremo, bien que en la vista ante esta Sala expuso su criterio, sin haber recurrido en casación. Por ello, ha de apreciarse de oficio la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal y anular todo el proceso, sin que en consecuencia, proceda estudiar el fondo de la cuestión planteada.”

Dos afirmaciones me interesan:

1.^a Está fuera de toda duda que las resoluciones de la DGR y N como emanadas de un órgano de la administración están sujetas a control jurisdiccional por expreso mandato del artículo 106 de la Constitución y 8 de la LOPJ.

148 2.^a Tratándose de cuestión que afecta el Derecho de sociedades mercantiles y a la publicidad mercantil que ha de darse a un acuerdo social para que produzca los efectos civiles previstos en la Ley, se trata de una cuestión civil que en cumplimiento del artículo 9.2 LOPJ debe conocer el orden jurisdiccional civil.

XV. Final

Creo demostrado que el interesado con un título inscribible es titular de un derecho subjetivo a obtener la inscripción en el Registro de su título.

Y también que ese derecho subjetivo debe obtener la tutela judicial efectiva en un doble campo.

En un campo que pudiéramos llamar instrumental, el titular del derecho a la inscripción del título tiene el derecho accesorio a que el Registro de la Propiedad, como institución administrativa al servicio del derecho privado, actúe y adopte las decisiones ajustadamente a las normas singulares o particulares rectoras de su actuación, integradas en su

interpretación y aplicación con las que fijan los principios necesarios del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (salvo las excepciones legalmente establecidas), y en consecuencia la posibilidad de acudir al amparo de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se cuestione la observancia de las normas administrativas que rigen dicha actuación y la forma procedimental de la adopción de decisiones.

En el otro campo, que pudiéramos llamar sustancial, el titular del derecho material del que nace el medial derecho a la inscripción del título, tiene la facultad, ante el rechazo de su inscripción, de pretender el amparo de la jurisdicción civil demandando ante ella a la Administración del Estado, al objeto de que el poder judicial decida acerca de si procede o no la inscripción del título y en su caso decida acerca de la parte del contenido del título que debe inscribirse o debiera haberse inscrito.

149

Si se juzgase necesaria una regulación específica de la tutela judicial del derecho a la inscripción de título en atención a las peculiaridades de la cuestión debería afrontarse la previa deliberación y estudio acerca de cuestiones de no poca importancia; así, se procede articular un procedimiento especial que reuniese características de brevedad en la tramitación y amplitud de la competencia territorial para favorecer la obtención de la unidad de doctrina sin perjuicio del respeto a las peculiaridades de los derechos civiles especiales (69); si procede estudiar la especialización técnica de los

(69) La brevedad del procedimiento puede justificarse tanto por la práctica inexistencia de cuestiones de hecho y de su prueba (los hechos se concretan en el título y en los preexistentes asientos registrales) como por la depuración jurídica de la cuestión en el siempre necesario previo recurso gubernativo. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, 1981, 2, *Sistema español de Derecho Cautelar*, pág. 209, proponía la vía jurisdiccional directa, estableciéndose la vía alternativa, y no necesariamente subsidiaria de la gubernativa. Esta solución tiene difícil encaje con la Ley 30/1992 y dificultaría un procedimiento abreviado. Sin embargo, la vía previa gubernativa viene a descargar de responsabilidad al registrador si su negativa fuese confirmada por la Dirección...

jueces investidos de competencia (70); si procede estudiar la unificación en una única jurisdicción especializada las cuestiones administrativas y civiles nacidas del ejercicio del derecho a la inscripción del título (como del derecho a obtener el servicio profesional del notario). Sin olvidar el rango legislativo necesario en cuanto la decisión que se adoptase acerca de alguna de estas materias pudiese significar modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial; especialmente si se decidiese la unificación de competencia para las cuestiones de procedimiento y para las de fondo o sustantivas.

(70) En realidad este punto se subordina al siguiente; establecida la singular jurisdicción podría ser aconsejable una cierta especialización. En el fondo me inclino por la negativa, pues creo preferible la generalidad de conocimiento y aplicación del derecho, según la amplitud y riqueza de matices de las diferencias resultantes de la calificación registral.

DE NUEVO SOBRE LA INESCINDIBILIDAD NOTARIAL (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

151

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** LA COMPLEJIDAD DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. **A)** Persistencia de la complejidad. **B)** Tendencias contrarias. **C)** Los textos comunitarios. **II.** LA INESCINDIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. **A)** Fundamentos de la inescindibilidad. **B)** La separabilidad de actividades en la sentencia *Reyners*. **C)** Ámbito de la inescindibilidad. **D)** Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. **III.** GENERALIZACIÓN DE LA DOCTRINA. **A)** El notario. **B)** El instrumento público. **C)** El protocolo y su comunicación. **D)** La responsabilidad civil del notario. **E)** Los Colegios Notariales. **F)** Otros aspectos concretos.

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Granada el día 25 de octubre de 1996. Publicada en el Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, junio, 1997.

Introducción

En el año 1979 pronuncié en este mismo Colegio una conferencia, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad" (1), que ahora me propongo continuar.

Los cambios producidos en el Ordenamiento jurídico español desde aquellas fechas, impulsados sobre todo por la Constitución de 1978 y por la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, han sido inmensos; mayores que los que el espectador más atento podría detectar porque, siguiendo el símil de la teoría de la relatividad, ese mismo espectador, aun el más inmovilista, también se ha movido; también ha cambiado.

152

El Notariado ha sido igualmente objeto en nuestro Derecho de múltiples innovaciones y correcciones que, respecto a la legislación notarial propiamente dicha, se han mantenido en general a nivel de Reglamento. La Ley del Notariado sólo ha sido objeto de modificaciones puntuales. Pero otras leyes, de finalidades diversas, de compleja estructura, en las que el Notariado no tenía por qué haber aparecido —leyes fiscales; de Presupuestos; de Acompañamiento a los Presupuestos—, han sido aprovechadas para introducir en nuestro Derecho notarial normas que persiguen finalidades ajenas a las de la función notarial, de la que quieren servirse, muchas veces sin calcular el impacto que en el Notariado podrían producir.

El Derecho comunitario no ha originado hasta ahora entre nosotros modificaciones de gran entidad; pero, en expresión de Maître CHALLEIL, "la Europa jurídica está haciéndose, lo que tiene como consecuencia una redefinición de todas las profesiones y principalmente del lugar de los juristas" (2); una redefinición, en lo que a nosotros afecta, de la

(1) *Revista de Derecho Notarial*, 107, Enero-Marzo, 1980, pp. 255-409; *Escritos Jurídicos*, II, pp. 213-321.

(2) "1993, notre chance?", mesa redonda de 30 de junio de 1988; en V.I.P., 1987/7.

profesión de notario y del lugar que el notario habrá de ocupar en la sociedad. El Derecho comunitario habrá de ser objeto, por tanto, de una atención especial, que nunca será excesiva.

Por todo ello, por lo que ha pasado y por lo que puede venir, creo será conveniente volver sobre lo que entonces mantenía. Dividiré mi conferencia en tres apartados.

I. La complejidad de la función notarial.

II. La inescindibilidad de los elementos públicos y privados.

III. Generalización de la doctrina.

I. La complejidad de la función notarial

A) Persistencia de la complejidad.

153

La doctrina ampliamente dominante, en todos los países, entiende que la función notarial latina es una función compleja, y que esta complejidad se debe a la permanente actuación de factores públicos y de factores privados. Ésta es la doctrina de la que yo partía, y creo que permanece a pesar de los cambios sobrevenidos.

Ha habido en estos años un considerable incremento competencial de los notarios en materia de actas (juntas de sociedades, declaración de herederos abintestato, ejecución de hipotecas, etc.); nótese que son actas de control, o de formación y documentación de juicios del notario; actas, en una palabra, referentes al mundo del Derecho, a la legalidad, muy alejadas de las actas de presencia de cosas, del mundo de los hechos que el notario percibe por sus propios sentidos. El concepto de acta notarial está, por tanto, cada vez más necesitado de revisión.

Mas a pesar de esta indispensable rectificación, a pesar también de la importante reducción competencial que hemos sufrido en materia de escrituras (contratación administrativa,

adopción, arbitraje, juicio ejecutivo, etc.), el centro de gravedad de la función notarial no se ha trasladado a las actas; y mucho menos, claro es, a la legitimación de firmas. Las escrituras públicas continúan siendo, desde el tabelio romano, el núcleo de la actuación notarial, el que proporciona los datos esenciales para trazar la teoría de la función notarial. Y la actuación del notario en las escrituras se refuerza cada vez más, paralelamente a la que veíamos en las actas, al incrementarse su comprobación, en la medida posible, de la verdad de las declaraciones de las partes, como sucede en las aportaciones dinerarias al capital de sociedades anónimas y limitadas o en la dotación de las fundaciones; y también en la llamada colaboración entre notarías y registro dentro de la parte expositiva de las escrituras relativas a bienes inmuebles.

La función notarial, en las escrituras públicas, y en las modernas figuras de actas, supera por tanto, cada día más aquella concepción sensorial proclamada en el brocardo *de visis et auditis suis sensibus*, que en realidad nunca fue aceptada entre nosotros, para configurarse como una profesión jurídica que, manteniendo su base firme en la autenticidad de los hechos, da satisfacción en Derecho a múltiples intereses, públicos y privados. Insistamos en que los elementos privados no resultan solamente del tratamiento privatístico de los intereses públicos, sino que se refieren a intereses realmente privados por su misma naturaleza, pues consisten en la dirección de los intereses puramente privados de los otorgantes o en la colaboración que les presta para su consecución; porque el notario no se limita al documento, sino que extiende su actuación al negocio documentado, que es un negocio privado.

B) Tendencias contrarias.

La complejidad resultante ha sufrido, sin embargo, fuertes embates, contra uno u otro de tales factores, que en sus consecuencias más extremas llevarían a una función notarial solamente pública, con lógica tendencia a la funcionarización, o a una actuación casi solamente profesional; y digo “casi” porque si fuera puramente profesional, se refundiría en la abogacía, o en una especialidad, dentro de la abogacía. Citemos en nuestra doctrina, como ejemplos más representativos de una y otra tendencia a MEZQUITA (3) y a aquellas ideas de la función privada de relevante interés público que se difundieron durante el Simposium Notarial 83.

Limitándose al ámbito de la legislación, resaltemos el cambio rotundo del sentido de la marcha que en tan breves años se está produciendo, y que llena de inseguridad a quienes precisamente han de dispensar seguridad a los demás:

— El continuo deslizamiento hacia la funcionarización, nuestro *Camino de servidumbre* para utilizar el título de la obra de HAYEK, tuvo su último intento de consumación en la Ley 8/1988, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que pretendió considerar como tasa el dinero pagado al notario por los requirentes de la función notarial. La función notarial hubiera sido una pura función pública, y no se sabe bien cómo aquel dinero público hubiera podido transformarse en retribución del notario. El proyecto no triunfó, pero tampoco fracasó del todo; la Ley, fuera ya del texto legal propiamente dicho, pero en una Disposición Adicional al mismo, la Tercera, bajo la rúbrica de “Aranceles de funcionarios

(3) Puede verse la última posición de MEZQUITA en *La Notaría*, 6 de junio de 1996, pp. 36-61: “Sobre la determinación del marco jurídico propio de la Mutualidad Notarial y aspectos adyacentes”: “todas las funciones que como notario se ejercen son sin excepción de naturaleza pública —como las de los funcionarios— y no privada: desde la fe pública, pasando por el control de la legalidad, hasta la información y el asesoramiento equilibradores” (p. 45).

públicos” que más adelante repite –parece que sólo ve en el notario un funcionario público–, contiene un número 7 que dice: “El importe de los Aranceles queda afectado a la cobertura directa de los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como su retribución profesional”; esta “afectación” es jurídicamente ininteligible; pero constituye el eslabón perdido de aquella funcionarización intentada vía Ley de Tasas.

156

— En junio de 1992 –no habían pasado tres años– se publica el “Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones” redactado, a petición del Gobierno, por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Quedan excluidos de este Informe, entre otros, los notarios, pero no “porque su actividad no tenga aspectos cuestionables desde el punto de vista de la competencia”, sino porque “el tratamiento que debe darse a una reforma de estas profesiones debe ser distinto”. El Informe es todo él un canto a la libre competencia, al mercado de bienes y de servicios, y a sus beneficiosos efectos en los precios, en la variedad y calidad de los productos y en la asignación de los recursos disponibles; con lo que la sociedad va a ser más rica, va a tener una tasa de crecimiento mayor y una tasa de ocupación mayor.

Aquellos aspectos notariales “cuestionables desde el punto de vista de la competencia” serían sin duda, sobre todo, las “restricciones relacionadas con los precios”, esto es, el arancel. Pero también podrían añadirse, en alguna medida, las “restricciones a la competencia no relacionadas directamente con los precios” (territoriales, de publicidad, etc.), y hasta las “barreras de entrada”, ya que de unas y de otras se trata, en general, respecto de las profesiones incluidas en el Informe.

Han pasado sólo tres años, y parece que se intenta que sea el mercado –la oferta y la demanda– el que fije el importe de aquello que se quería considerar una tasa; el notario ya no recaudaría una tasa del Estado por unos ser-

vicios públicos prestados por un funcionario público, sino que vendería en el mercado, y al precio del mercado, sus servicios profesionales privados; en un mercado libre, en el que él no sería libre.

El Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras, entre otras, de los Colegios Profesionales –pendiente de trámite parlamentario–, siguiendo en parte, y más moderadamente, ideas de ese Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (ya modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre), y donde su artículo 5.º) atribuía a los Colegios la facultad de “regular los honorarios mínimos de las profesiones”, ahora dirá “establecer baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo”. Pero esta modificación no comprende, en absoluto, a los Colegios Notariales, porque nunca tuvieron la facultad de regular los honorarios de los notarios, que se fijan por Real Decreto del Gobierno.

157

No olvidemos, sin embargo, que también se modifica el artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales, introduciendo un párrafo del siguiente tenor: “El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y, sin perjuicio de la legislación general y específica aplicable en la ordenación sustantiva propia de cada profesión, estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal”. La “legislación general y específica” propia de la profesión notarial, se encuentra en el Reglamento Notarial que, según su artículo 314.4, “tendrá el carácter de regulador de la actividad pública notarial y de Estatuto General de la profesión”; tendremos que volver sobre ello.

Evidentemente, no estamos ante problemas exclusivamente nuestros, sino frente a un movimiento neoliberal de alcance mundial. En Argentina, el 31 de octubre de 1991, se dictó el Decreto n.º 2284, de desregulación económica, re-

forma preparada por el Dr. Cavallo y dictada por el Presidente Menem; artículo 8.º: “Déjanse sin efecto las declaraciones de orden público establecidas en materia de aranceles, escalas o tarifas que fijen honorarios, comisiones o cualquier otra forma de retribución de servicios profesionales...”; artículo 12: “Déjanse sin efecto en todo el territorio de la Nación todas las limitaciones al ejercicio de las profesiones universitarias o no universitarias, incluyendo las limitaciones cuantitativas de cualquier índole, que se manifiesten a través de prohibiciones u otras formas de restricciones de la entrada a la actividad de profesionales legalmente habilitados para el ejercicio de su profesión”. Y por si hubiera alguna duda de que en estas normas estaban incluidos los escribanos argentinos, el mismo artículo 12 añade: “Déjanse sin efecto las restricciones cuantitativas establecidas por la Ley n.º 12.990”, esto es, la Ley de 1947, con sus modificaciones, que rige la función notarial en la capital federal argentina. “El Ministerio de Justicia —termina el artículo 12— deberá dictar dentro de los treinta días las normas reglamentarias pertinentes”. ¿Ha quedado suprimido el *numerus clausus* o la territorialidad de la competencia notarial?; ¿podrá ejercer como “escribano de registro” cualquiera que tenga el título académico de escribano, o el de abogado?

En Méjico, por su parte, los notarios tienen derecho a cobrar de los intereses “los honorarios que se devenguen en cada caso, conforme al arancel correspondiente” “que al efecto expida el Presidente de la República” (arts. 7 y 153 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal de 30 de diciembre de 1979); pero el 18 de diciembre de 1992, bajo la presidencia de Carlos Salinas de Gortari, se ha dictado una Ley Federal de Competencia Económica que “tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios” (art. 2.º,1), Ley a la que “están sujetos... todos los agentes económicos,

sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas (de profesionales)..." (art. 3.º). Y el siguiente día 19 se dictó otra Ley Federal de Correduría Pública que también afecta al Notariado mejicano y que en parte está inspirada en la misma corriente liberalizadora.

C) Los textos comunitarios.

Dejando a un lado aquellos coletazos de funcionarización, y esta fiebre liberalizadora que no sé hasta qué punto habrá podido arraigar en Argentina y Méjico en lo que a la función notarial respecta, la concurrencia de elementos publicísticos y profesionales continúa proclamándose en los textos legales y en la doctrina jurídica de los países de Notariado latino de la Unión Europea. Dejando a un lado las leyes notariales nacionales, bien conocidas, me voy a limitar a un repaso de los textos comunitarios.

— Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 1987, que declara sujetos al IVA a los notarios de los Países Bajos. La argumentación de esta Sentencia no se funda en la vieja Ley holandesa del Notariado de 1842, sino en la naturaleza misma del Notariado Latino, por lo que igual podría utilizarse para nosotros.

La profesionalidad de los notarios aparece continuamente resaltada: los notarios ejercen sus actividades "a título independiente", "por su propia cuenta, bajo su responsabilidad personal, y no se encuentran en una relación de subordinación respecto de un empleador" (núm. 13); las desenvuelven "no bajo la forma de un organismo de derecho público, no estando integrados en la organización de la administración pública, sino bajo la forma de una actividad económica independiente, ejercida en el marco de una profesión liberal" (núm. 22).

Esta insistencia en la profesionalidad del notario es consecuencia obligada del tema planteado, ya que sólo son su-

jetos pasivos de IVA quienes realizan “de modo independiente una actividad económica”, incluidas “todas las actividades de las profesiones liberales o asimiladas” (Sexta Directiva, art. 4). Pero ello no implica desconocimiento de la función pública del notario, porque la sentencia se limita a examinar si están sujetas a IVA “las funciones públicas ejercidas por los notarios” (núm. 1), de manera que toda aquella profesionalidad está referida precisamente al ámbito de la función pública.

— Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 1994; es el texto comunitario más importante, objeto de una cuidada elaboración durante cuatro años “la profesión de notario se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal... pero sometida al control del Estado... en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión o a la organización de la misma...” (núm. 3).

— Pregunta del diputado europeo Sr. Robles Piquer. El 23 de mayo de 1996 Don Carlos Robles Piquer presentó ante el Parlamento Europeo, del que forma parte (grupo Partido Popular Europeo), una pregunta escrita, E-1458/96, sobre “libre circulación de actos notariales”, en cuya parte final mezcla la libre circulación de los documentos con la que encabezaba la pregunta, y la libre circulación de los notarios, que nada tiene que ver con ella: “¿podría la Comisión indicar cuál es el estado actual de la Regulación Comunitaria sobre la libre circulación de los actos notariales y cuál es su opinión sobre la posible restricción que pudiera suscitar la libre circulación de los notarios en el perímetro de la Unión Europea, teniendo en cuenta que el principio

de la libre circulación de los profesionales liberales, en todo el territorio de la Unión, debería también afectar a los notarios en tanto en cuanto son profesionales liberales?”.

La pregunta es tendenciosa, en cuanto que adelanta la respuesta, intentando prejuzgarla: “la libre circulación... debería también afectar a los notarios”; pero la Comisión, en su respuesta 1458/96, de 22 de julio (Sr. Montí), no entró en el juego, centrando su contestación en el requisito de la nacionalidad, de que no podemos ocuparnos. En cuanto al punto de que ahora tratamos, es evidente que la pregunta desconoce o infravalora la función pública del notario, aunque hábilmente parezca dejar la puerta abierta: “en tanto en cuanto” son profesionales liberales.

—Declaración de Madrid. Terminemos con esta declaración, aprobada por la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea en sesión celebrada en Madrid el 23 de marzo de 1990, con el voto unánime de los Presidentes de los Notariados de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Luxemburgo, y que por este ámbito territorial conviene añadir, aunque no constituya texto comunitario: “El Notario, oficial público, ejerce, sin embargo, su función bajo la forma de una profesión liberal” (núm. 4), “en el marco de una profesión liberal” (núm. 1).

161

II. La inescindibilidad de los elementos públicos y privados

A) Fundamentos de la inescindibilidad.

Hay un punto, sin embargo, en el que algún texto comunitario parece no estar muy de acuerdo con lo que yo sostenía en mi anterior conferencia, y que además era lo que podía considerarse mi aportación más interesante; la inescindibilidad entre las funciones públicas y las actuaciones privadas del notario; lo que verdaderamente caracteriza a la

función notarial, según este punto de vista, consiste en que sus elementos públicos y privados son inescindibles, porque se han fundido en una realidad nueva; aunque el artículo 1.º del Reglamento Notarial –sobre el que ya volveremos–, parezca yuxtaponer la misión de los notarios como profesionales del Derecho y su ejercicio, como funcionarios, de la fe pública notarial.

162 La fe pública, en efecto, sin dejar de ser una y la misma, tiene que modalizarse según la naturaleza de aquellas realidades a que se aplica. Una cosa es la realidad física, y otra muy distinta son los actos humanos y, sobre todo, las declaraciones negociales. Si esta realidad jurídica se llevase al documento como mera realidad física no quedaría recogida con exactitud, como el mismo concepto de fe pública exige; porque la “voluntad” que los otorgantes traen al notario, es muchas veces una voluntad deformada, errónea, incompleta, imprevisionista, ilegal; y el notario, con sus informaciones, sus consejos, su labor de adecuación, ayuda a formar la “verdadera voluntad”, única de la que el notario puede dar fe.

El control de legalidad, por su parte, adopta la forma de calificación en cuanto a todos los antecedentes que los otorgantes aportan al notario, como títulos, certificaciones, poderes o minutas. Pero en la labor propiamente profesional del notario, en la elección del tipo, en la estructuración del negocio, en la redacción del documento, la consecución de la legalidad tiene que superar el carácter negativo de todo control para colaborar, positivamente, en el hallazgo del medio jurídico más adecuado y en la redacción más atinada; incluso para sustituir el medio ilegal ideado por las partes, por el medio jurídico lícito propuesto por el notario; y el fin ilegal pretendido, por otro fin que, dentro de la ley, pueda llenar, al menos en parte, los resultados empíricos que los interesados buscaban.

Las funciones públicas del notario vienen, por tanto, modalizadas por sus actividades privadas, de jurista, potencián-

dolas. Y lo mismo sucede al contrario; su actuación privada también resulta afectada por su función pública, recibiendo la impronta de la imparcialidad; porque el notario, un solo notario —a diferencia del abogado—, tiene que cuidar a la vez de los intereses de las dos partes, buscando su punto de equilibrio, su voluntad “común”; y por tanto el notario tiene que ser imparcial en virtud de la esencia misma de su profesión, y no sólo por razones de ética profesional.

Por ese íntimo entrecruzamiento no se pueden escindir dentro de la función notarial lo que teóricamente —he aquí una primera explicación de aquella yuxtaposición del artículo 1.º del Reglamento—, sólo teóricamente, cabría considerar como funciones públicas o como actuaciones profesionales privadas; un Notariado de pura función pública dejaría desatendidos los intereses privados y no pasaría de la corteza de los negocios jurídicos; y unos notarios privados, meramente profesionales, quedarían absorbidos por la abogacía, serían abogados y no notarios.

163

B) La separabilidad de actividades en la sentencia *Reyners*.

Pues bien, esta inescindibilidad no parece encajar con la doctrina mantenida por el Tribunal de Justicia en Sentencia de 21 de enero de 1974, en el conocido caso *Reyners*. Estamos ante una sentencia de gran importancia y que si no es bien entendida puede resultar gravemente peligrosa para nuestra función: aunque contemple solamente la no discriminación por razón de nacionalidad, que es el punto en que el Tratado de Roma se muestra lógicamente más radical (arts. 7.1 y 48.2); y aunque no se refiera a los notarios, sino a los abogados, ya que los argumentos que emplea son de índole general y se podría caer en la tentación de equiparar unas profesiones tan distintas. Vamos a ocuparnos un poco de ella, incluso saliéndonos de nuestro tema; sin entrar, claro es, en el caso concreto de los abogados, que no nos concierne.

Ya en el Tratado de Roma se pensó que un mercado común exigía “la libre circulación de personas, servicios y capitales” (art. 3.c), y por tanto el derecho de establecimiento para la actividades no asalariadas (arts. 52-58) y la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (arts. 59-65). Pero como excepción, la libertad de establecimiento no es aplicable, según su artículo 55.1, que sigue vigente, a las actividades que en el Estado receptor “estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”; de “l'autorité publique”, que dice el texto francés, mostrando su clara inspiración en el artículo 1.º de la Ley notarial de Ventoso; y esta excepción al derecho de establecimiento es aplicable a la libre prestación de servicios por la remisión del artículo 65.2. Los notarios no sólo están incluidos, por tanto, en la excepción del artículo 55 del Tratado de Roma, sino que el artículo 55 está dictado pensando precisamente en los notarios, aunque recibiera una redacción genérica para hacer posible su extensión a otras profesiones que, desde su punto de vista, fueran similares.

En esta situación normativa, y pasado el período transitorio de los doce años que el artículo 8 del Tratado de Roma había fijado para el establecimiento progresivo del mercado común (aspectos transitorios en que aquí no entraremos), se plantea ante el Tribunal de Justicia el caso *Reyners*.

Jean *Reyners* no era notario; era un abogado holandés que residía en Bélgica y tenía el título belga de Doctor en Derecho; de manera que le había sido denegado el establecimiento en Bélgica como abogado, que esta sentencia le reconoce, solamente por no tener la nacionalidad belga: “se trata de saber, más precisamente —concreta el Tribunal—, si en el seno de una profesión como la de abogado, están exceptuadas de la aplicación del capítulo relativo al derecho de establecimiento las solas actividades inherentes a esta profesión que participen en el ejercicio de la autoridad pública, o si esta profesión estaría exceptuada en su conjunto en

razón del hecho de que ella comprenda actividades que participan del ejercicio de esta autoridad” (núm. 34); y planteado en estos términos el tema a resolver, “una extensión de la excepción permitida por el artículo 55 a una profesión entera no sería admisible más que en el caso de que las actividades así caracterizadas se encontraran ligadas de tal manera que la liberalización del establecimiento tuviera por efecto el imponer al Estado miembro interesado la obligación de admitir el ejercicio, aun ocasional, por no nacionales, de funciones dependientes de la autoridad pública” (núm. 46); “no se podría, por el contrario, admitir esta extensión cuando, en el cuadro de una profesión independiente, las actividades que participan eventualmente en el ejercicio de la autoridad pública constituyen un elemento separable del conjunto de la actividad profesional en examen” (núm. 47); y el Tribunal falla: “la excepción a la libertad de establecimiento prevista por el artículo 55, párrafo 1, del Tratado CEE debe ser restringida a aquellas de las actividades previstas por el artículo 52 que, por sí mismas, comporten una participación directa y específica en el ejercicio de la autoridad pública; no se podría dar esta calificación, en el cuadro de una profesión liberal como la de abogado, a actividades tales como la consulta o la asistencia jurídica, o la representación y la defensa de las partes en juicio, incluso si el cumplimiento de estas actividades fuera objeto de una obligación o de una exclusividad establecidas por la ley” (4).

Ha afirmado CRAYENCOUR que la sentencia Reyners aplica la excepción del artículo 55 “de manera estricta, es decir, restrictiva” (5); y así resulta, en efecto, si solamente consideramos su fallo, que en su tenor literal declara que la excepción “debe ser restringida” (*doit être restreinte*), y sin

(4) He traducido del extracto publicado por el *Recueil* 1974 reproducido en pp. 115-19 de la Memoria de Clarisse MARTÍN, *La profession notariale dans la perspective du marché intérieur*, Universidad de Rennes, diciembre de 1988, p. 154.

(5) CRAYENCOUR, J. P. de: *Comunidad Europea y libre-circulación de profesiones liberales. Convalidación de diplomas*, Luxemburgo, 1982, p. 89.

apoyo alguno en el artículo 55 la restringe, en efecto, a aquellas actividades que “por sí mismas” comporten una participación “directa y específica” en el ejercicio de la autoridad; pero la restringe sobre todo porque el fallo parece utilizar como único el criterio de la separabilidad de actividades dentro de una misma profesión.

Este criterio de la separabilidad tiene su fundamento en el mismo tenor literal del artículo 55.1 del Tratado de Roma, que habla de “actividades”, y no de “profesiones”; y en sí mismo considerado debe estimarse correcto. Pero lo que no cabe, como parecería hacer el fallo, es elevarlo a criterio único y exclusivo, y por tanto a principio absoluto, porque no lo es. Y así resulta de los mismos fundamentos de la sentencia, que se cuidan muy bien de señalar cómo esas actividades del abogado de “consulta y asistencia jurídica” y aun “la representación y la defensa de las partes en juicio” que, según ella, no participan de la autoridad pública, y por tanto pueden ser objeto de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, son “las actividades más típicas de la profesión de abogado” (núm. 52); con lo que a la mera separabilidad se une este segundo criterio, de índole cualitativa aunque pueda tener una base cuantitativa, el de si la profesión viene tipificada por las actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública, o si son precisamente aquellas otras actividades que no participan de esa autoridad las que tipifican la profesión en examen.

También recogen los fundamentos de la sentencia, aunque no el fallo, otro elemento de la máxima importancia, que se presenta como de índole competencial, pero que está basado en la realidad sustancial de los distintos Notariados: la aplicación eventual de las restricciones a la libertad de establecimiento “debe ser apreciada separadamente por cada Estado miembro, a la vista de las disposiciones nacionales aplicables a la organización y al ejercicio de esta profesión” (núm. 49). Se está refiriendo a la profesión de abogado;

pero también respecto de nosotros hay en la Comunidad diversos tipos de Notariado; e incluso entre los países predominantes de Notariado Latino se encuentran diferencias importantes, aunque siempre haya conmixti3n de elementos p3blicos y privados, y es por tanto l3gico que se atribuya a cada Estado la competencia respectiva.

El fallo no puede recoger, claro es, toda la riqueza de la sentencia, sino solamente su s3ntesis; y por ello ha de ser interpretado tomando en cuenta los hechos y fundamentos que la misma sentencia ha consignado. A la mera separabilidad de actividades hay pues que a3adir con toda raz3n ese segundo criterio del "tipo" de la profesi3n; de los dos grupos de actividades en que la hayamos podido dividir, ¿cu3l es el que constituye el n3cleo, la esencia de la profesi3n?; porque pudiera haber supuestos en que ambos sean igualmente significativos, y habr3 otros en los que uno s3lo de esos grupos nos d3 el tipo de la profesi3n, el que la identifica legal y socialmente, aunque se le hayan a3adido otras actividades no significativas a tales efectos, que incluso puede compartir con otras profesiones distintas.

167

En conclusi3n: s3lo pueden, en principio, quedar completamente exceptuadas del libre establecimiento aquellas profesiones consistentes en actividades que en su totalidad participan del ejercicio de la autoridad p3blica; porque lo mismo que en una profesi3n independiente puede haber un "3l3ment d3tachable de l'ensemble", un elemento separable del conjunto, que participe del ejercicio de la autoridad p3blica, como en el caso del abogado la de completar el Tribunal, que le imponen algunas legislaciones europeas, tambi3n en una profesi3n normalmente part3cipe del ejercicio de tal autoridad p3blica podr3a existir alguna actividad "separable" del conjunto que no participe de ella, y a esa actividad o actividades les ser3a aplicable el principio de libertad de establecimiento, siempre que no se hallaran ligadas a aquel ejercicio de la autoridad p3blica de tal manera —"trouveraient li3es de telle mani3re"— que la liberalizaci3n del esta-

blecimiento tuviera como efecto imponer al Estado miembro interesado el ejercicio de esa autoridad por no nacionales, aunque fuera ocasionalmente. Mas a pesar de que no ocurra así, aunque esas actividades separables fueran totalmente independientes de cualquier ejercicio de la autoridad pública, según la interpretación que hemos dado tampoco podrían ser objeto de establecimiento separado, cuando la profesión de que se trate no viniera tipificada por ellas, sino precisamente por aquellas otras actividades que sí participan del ejercicio de esta autoridad.

¿Qué ocurre en el caso del notario?; porque al contrario de lo que sucede con el abogado, que en principio es una actividad libre, el notario desempeña una función pública y, por tanto, participa del ejercicio de la autoridad pública. Pero ¿en todo caso?; o bien ¿existen actividades que no participen de tal ejercicio?; ¿cabe, en este caso, una separabilidad de unas y otras actividades que pueda fundamentar un derecho de establecimiento del notario en cuanto a aquellas actividades que no participan del ejercicio de la autoridad pública? En la doctrina, por citar algunos ejemplos, esta separabilidad ha sido negada, en cuanto a los notarios, por COLIN; y la han afirmado MARTÍN y, entre nosotros, ROLDÁN. En respuesta de 19 de mayo de 1989 hecha por BANGEMANN en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas a pregunta escrita de un parlamentario europeo, se concluye que las normas dictadas por los Estados miembros para limitar a sus nacionales el acceso a la profesión de notario “no es justificable más que para las actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública” (6); pero, además de que, como tal respuesta, no tiene carácter normativo, a mi parecer los argumentos proporcionados por la sentencia Reyners no han sido utilizados en su totalidad, sino sólo en parte.

(6) COLIN, Thierry: *Le Notaire français et le Notaire suisse face à l'Europe*, París, 1993, en cuya p. 69 se refiere a la respuesta BANGEMANN; MARTÍN, *op. cit.* en nota (4); ROLDÁN RODRÍGUEZ, Antonio: “La profesión notarial y la Comunidad Europea”, *La Notaría*, enero 1991, pp. 33-55.

C) Ámbito de la inescindibilidad.

Esta doctrina de la separabilidad parece chocar de frente con aquella inescindibilidad de funciones que yo sostenía y que actualmente sigo manteniendo.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la inescindibilidad se refiere solamente, pero nada menos, que a la función notarial típica, a la adecuación necesaria; las actuaciones privadas del notario se desarrollan entonces al mismo tiempo que sus actuaciones públicas, y sobre los mismos asuntos, que culminan en la autorización del correspondiente instrumento público; con independencia de que éste sea exigido por la ley, con mayor o menor vigor, o de que se haya otorgado libremente por las partes; tal es, y no otro, el campo en que, como hemos intentado demostrar, se funden de modo inescindible las funciones públicas y las funciones privadas del notario. La misma sentencia Reyners admite que las actividades de una y otra naturaleza pueden estar “ligadas de tal manera” que excluyan la libertad de establecimiento (núm. 46); y en nuestro ámbito, la inescindibilidad está expresamente reconocida por la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 1994: “Estimando que la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de libre establecimiento y de realización del mercado interior repercuten sobre la actividad del Notario, cuyas funciones incluyen asimismo actividades indisociables de asesoría y de legalización” (letra C).

169

Fuera de este ámbito se encuentra la adecuación facultativa (redacción de cuadernos particionales o estatutos de sociedades; redacción de documentos privados; depósitos, gestiones, etc.), y más lejos todavía está el asesoramiento autónomo, ajeno a la documentación pública propia, y en general la asistencia jurídica (consejos, dictámenes, documentos privados, minutas de escrituras que no van a ser autorizadas por él, etc.). Estas actividades profesionales están amparadas por el artículo 1.º del Reglamento Notarial, y aquí está la

razón definitiva por la que éste yuxtapone o, si se prefiere, separa en sus párrafos 2 y 3 la actuación de los notarios como profesionales del Derecho y su actuación como funcionarios que, por el contrario, en cuanto a la documentación pública se funden en inescindible unidad. Y es que la función notarial, inicialmente limitada a las escrituras públicas, se ha visto ampliada documentalmente a otras formas instrumentales, y se ha incrementado también, profesionalmente, a otras actuaciones jurídicas, incluso ajenas a sus propios documentos.

D) Las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

170

En esa esfera privada, o en determinados sectores de ella, compiten con los notarios los profesionales más variados (abogados, expertos fiscales o de otro tipo, gestores administrativos, etc.), y parece que no habría inconveniente alguno para que los notarios de los otros países de la Unión Europea participaran también en esta libre concurrencia. Pero recordemos el segundo de los criterios señalados; porque el notario es definido por Ley por su actuación pública (art. 1.º) y también socialmente la imagen del notario entre nosotros viene dada por la documentación pública; esas actividades puramente privadas son muy minoritarias, cuando no esporádicas, y en manera alguna son significativas para formar entre nosotros el "tipo" de la profesión de notario; no es admisible su realización en España por notarios extranjeros, establecidos con el nombre de notarios cuando no podrían autorizar aquí instrumentos públicos, que es lo que tipifica la profesión de notario; sólo daría lugar a una inmensa confusión, lo más contrario a un mercado libre. Se trata más bien de actividades que tipifican otras profesiones, con las que el notario concurre tangencialmente, y no habría ningún inconveniente en que concurriera también un notario extranjero al que su ley se lo permita, siem-

pre que lo hiciera bajo la denominación de la profesión que correspondiese, y no bajo el nombre de notario.

Y lo mismo sucede en los demás países comunitarios de Notariado Latino, porque la afirmación de MARTÍN de que “las actividades liberadas representan en general las dos terceras partes de la práctica notarial” (p. 88), lo que podría hacer que socialmente tipificaran la profesión de notario, carece de toda proximidad a la realidad; no puede sostenerse en absoluto ni respecto a Francia o Bélgica, en que efectivamente las actividades privadas están más desarrolladas que entre nosotros; y menos se sostiene tal afirmación si solamente se citan el consejo y el arbitraje como actividades libres, según hace MARTÍN, omitiendo por ejemplo la administración de patrimonios, las subastas voluntarias o la negociación inmobiliaria.

No tendría inconveniente si, por el contrario, la libre prestación de tales servicios profesionales sin establecimiento en el otro país, porque no existiría confusión alguna. Me parece perfectamente admisible el que un notario francés, por ejemplo, aconseje a quienes van a otorgar un instrumento público ante un notario español, o viceversa; aunque ello suponga la “noción del notario itinerante” de que habla COLIN (p. 62), lo que, por otra parte, con los medios técnicos actuales tampoco ocurrirá siempre. Pero si nos atenemos a la realidad de las cosas, y no a su apariencia, no sé hasta qué punto tal actuación sería propiamente “notarial”; porque el notario extranjero, aunque esté presente en el acto del otorgamiento, nunca podrá verificar en él ningún tipo de autorización, ni siquiera como notario “en second”, figura que nos es totalmente desconocida; tendrá que limitarse a las actuaciones privadas: asesoramiento, consejo, dictámenes, minutas, documentos privados, etc., que serían “notariales” en cuanto que eran ejercitadas por un notario dentro de su competencia, pero que no se diferenciarían, o apenas se diferenciarían, de las que podría efectuar cualquier consejero jurídico no notario.

Un riesgo permanece en esta libre prestación de servicios; el de que, por este camino, se desvirtúe, en fraude a la ley, aquella excepción a la libertad de establecimiento. Por ello nuestro Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, dictado como consecuencia de lo dispuesto en la Directiva de 22 de marzo de 1977 sobre prestación de servicios de los abogados, fija a los abogados de la CE un máximo de cinco actuaciones anuales ante Tribunales colegiados españoles o diez ante órganos unipersonales y órganos administrativos, a no ser que se sometan a las normas que regulan el derecho de establecimiento. Desde otro punto de vista, este Real Decreto excluye de la libre prestación de servicios objeto de su regulación, aquellos que “entrañen el ejercicio de una función pública” (art. 3.º, 2); y no sólo se recoge así la excepción del artículo 55 del Tratado de Roma, sino que al sustituir su expresión de “autoridad pública” por “función pública” se pone mucho mejor de relieve la esencia de la función notarial, a la que evidentemente se refieren la indicada previsión y el artículo 55 del Tratado.

III. Generalización de la doctrina expuesta

Aunque mi conferencia se centraba en la complejidad de la función notarial, ya advertía que, debido a aquella permanente actuación de factores públicos y de factores privados, la misma complejidad tienen “la institución notarial, el contenido de la función, la figura del notario que la desempeña y, en una palabra, toda la organización notarial” (p. 259). No dejará de tener algún interés, a mi parecer, desarrollar ahora un poco estas ideas.

A) El notario.

La concurrencia de elementos públicos y privados se da también en el portador de la función notarial, en el notario;

con la aparente particularidad de que no parece oportuno hablar aquí de una verdadera fusión entre ellos, pues la figura unitaria resultante no sería otra que la del notario; algo evidentemente cierto, pero que nada explica; y llamo aparente a esta particularidad, porque en el fondo lo mismo ocurre con la función notarial, que en virtud de esa concurrencia deviene una función “típica”, ni pública ni privada. Nos referiremos, pues, más bien a una yuxtaposición o superposición de cualidades; pero no de carácter mecánico, porque cada una de ellas interfiere y matiza necesariamente la otra.

No estamos, al referirnos ahora específicamente al notario, ante el planteamiento más radical, porque al fin y al cabo, es la naturaleza de su función, de la función notarial, la que tiene que decidir qué ha de ser el notario. Pero sí se trata de la manifestación más patente, de la consecuencia más llamativa. Nada tiene, pues, de particular la variedad de las posiciones formuladas al respecto; y no sólo por la diversa manera en que los autores entienden y explican, en su libertad intelectual, el Derecho que estudian, sino porque a veces las legislaciones son distintas, y la realidad sociológica de la figura del notario, de las personas de los notarios, en los diversos países también resulta diferente. El Notariado Latino tiene, en efecto, una unidad esencial, de la que forma parte constituyente, como ya hemos dicho, este entrecruzamiento de elementos públicos y privados; pero no se trata de una unidad monolítica, sino que esos elementos o factores tienen distinta preponderancia, o se entrecruzan en distinta manera. Y lo mismo que hay documentos notariales en que prepondera un aspecto profesional que en otros no tiene especial relevancia; o que hay notarios de talante funcional y otros de temperamento más profesional; también hay familias de legislaciones y países individuales dentro del Notariado Latino que presentan peculiaridades incluso en este punto fundamental de las proporciones y maneras de combinar los ingredientes publicísticos y privatísticos del notario.

Me limitaré, claro es, a señalar las direcciones fundamentales en esta materia, bien conocida.

Un primer grupo de posiciones arranca del carácter profesional del notario. Y a él agregan el publicista. Para citar solamente un texto de autoridad, recordemos el concepto de notario del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948: "El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".

Un segundo grupo coloca en primer término el elemento publicístico. Al cual se une el profesional, con frecuencia formulado imperfectamente.

174 Así ocurrió en la Ley francesa de Ventoso, que definía a los notarios sólo como "funcionarios publicos" y tuvo que ser la jurisprudencia francesa la que, a través de la doctrina del consejo, completara el concepto de notario. También para nuestra Ley del Notariado de 1862, "el notario es el funcionario público...", que dice su artículo 1.º, aunque contiene referencias más expresas a la función notarial como "profesión" (art. 13), e incluso dibuja su contenido, "el notario redactará escrituras matrices" (art. 17).

Esta dirección ha chocado con el moderno concepto de la función pública, como conjunto de los funcionarios que forman parte de la Administración; y para señalar la diferencia se ha acudido al antiguo concepto de "oficial público", proclamado actualmente por la Ordenanza francesa de 1945 en el artículo 1.º de la Ley del Notariado, y seguido por la Ley luxemburguesa de 1976; de manera semejante, el Código griego del Notariado de 1977 nos habla de "funcionarios no asalariados", y la Ordenanza alemana de 1961 de "titular independiente de una función pública", "unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes".

Lo que no parece posible, sin convertir al notario en abogado y hacerle así desaparecer, es prescindir del elemento público; o minimizarle hasta el punto de aquellas doctrinas de la función privada de interés público aireadas en nuestro Notarial 83. En Francia se prefiere ahora por muchos la expresión de “profesión reglamentada”, con la misma amplitud de contenido que la de “oficial público”, que a mi manera de ver tiende también a desdibujar el elemento publicístico, porque en el Estado moderno casi no hay nada que no esté reglamentado.

Existe también la posición intermedia, “la indecisión o empate” que decía NÚÑEZ-LAGOS (7), seguida por nuestro Reglamento Notarial, “los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos”. En esta situación intermedia, pero en la versión de rechazo de la expresión de funcionario público, podemos colocar también a la legislación italiana; ya el Codice de 1865 se había referido varias veces al “notario u otro público oficial” (conf. arts. 1.315 y 1.317), y la Ley Notarial de 1913 en su artículo primero conserva esta terminología: “I notai sono ufficiali pubblici”; la misión profesional alcanza conocida expresión en el artículo 47.3: “Corresponde solamente al notario indagar la voluntad de las partes y dirigir personalmente la compilación íntegra del acto”.

A esta dirección intermedia se ha sumado, quizá, la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea en la ya citada Declaración de Madrid de 1990: “El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario

(7) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “El Derecho Notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, V-VI, Julio-Diciembre 1954, p. 248; *Estudios*, I-33.

ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas”.

Este concepto oficial, o al menos oficioso, de los Notariados europeos toma como punto de partida la función pública, en la versión de “oficial público”; y la articula en esa fórmula tan difundida como equivocada de la “delegación” de la autoridad del Estado; se trata de una mera reliquia de la delegación por el juez en el escribano del *praeceptum de solvendo* en que se basó, en una de sus versiones, la eficacia ejecutiva del documento notarial, y no ya el documento todo como a veces se dice; el notario está “autorizado” para dar fe, dice el artículo 1.º de nuestra Ley, de manera más sencilla, que fluye naturalmente del carácter público del notario.

176

La profesionalidad del notario parece quedar relegada, en la fórmula de la Declaración de Madrid que comentamos, a medio de consecución de su independencia funcional. El artículo 1.º,4 de nuestro Reglamento Notarial dispone también que “el Notariado –el notario– disfrutará de plena autonomía e independencia en su función”, ineludible consecuencia de las que tiene el documento notarial, que por su fe pública está sólo sujeto a la Ley y a los Tribunales de Justicia, únicos que pueden declarar su falsedad o su nulidad. La independencia funcional del notario respecto de la Administración, antes asegurada por la propiedad del oficio, se consigue ahora, precisamente, por el carácter de profesional del notario. No podemos compartir, por tanto, alguna resolución de la Dirección General que, en recursos de queja, somete a examen esta actuación profesional, aunque sea para aprobarla; ejemplo, la Resolución de 5 de agosto de 1988 que declara correctos los consejos del notario de demorar el otorgamiento de una compraventa hasta que esté ultimada la herencia previa, o en su defecto se garantice el pago de sus gastos, cuyo cálculo también juzga prudente.

En esta profesión liberal se encuadra aquella función pública. Ya el III Congreso Internacional, París, 1954, había

declarado: “El notario está investido de una función pública, que ejerce en el marco de una profesión liberal”. Ahora se añade con razón, según veíamos al tratar del caso Reyners, que la profesión liberal en que se encuadra la función pública tiene una amplitud mayor que la de ésta, pues “abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas”; pero esta fórmula nos parece un tanto exagerada.

En consecuencia, la Declaración de Madrid, a pesar del relieve que inicialmente da a la función pública, termina por buscar una postura equilibrada entre la función pública y la profesión privada; si es que no se pronuncia decididamente a favor de esta última.

En nuestro Derecho tiene toda la razón ESTEVE PARDO al afirmar que la expresión “funcionario público” no tenía, cuando fue utilizada por la Ley de 1862, el sentido técnico que actualmente posee (8); pero evidentemente ya lo tenía, para no remontarnos más lejos, en el Reglamento Notarial de 1944, y en muchas leyes actuales, por lo que no parece posible despojar al notario español de su condición de funcionario público, junto con la de profesional. Ello hace imprescindible que se establezca bien el sentido en que el notario es funcionario; la misma distinción que el artículo 1.216 del Código civil hace entre “Notario o empleado público” al definir el concepto de documento público, pone bien de relieve que el notario, aun siendo funcionario público, se distingue esencialmente de los funcionarios de la Administración. Al igual que es un profesional que se diferencia de los profesionales liberales.

En todo caso, ello nos haría salir de nuestro tema, al que basta señalar los dos ingredientes, el publicístico y el privatístico, el funcional y el profesional, del concepto de notario.

(8) ESTEVE PARDO, José: “El concepto de funcionario público en la Ley Orgánica del Notariado de 1862 (Notariado y burocracia en la España del siglo XIX)”, en *Simposio Notarial* 83, Junta de Decanos, pp. 1063-1130.

B) El instrumento público.

La conmixción de elementos públicos y privados es patente en la generalidad de los instrumentos públicos y, sobre todo, en la escritura pública, el instrumento público para el que fundamentalmente surgieron el notario y su función; porque la escritura pública ha de contener, al menos, una declaración de voluntad del requirente de la función notarial, en general, de un particular; una declaración de voluntad privada.

El primer problema que esta estructura documental nos plantea consiste en determinar si ella afecta a la naturaleza misma de la escritura pública. En este sentido, algún sector de nuestra doctrina ha encontrado en el contenido privado de la escritura pública un obstáculo insuperable para su reconocimiento como documento público; recordemos que, según GUASP, los documentos notariales debieran considerarse documentos privados “por el tipo jurídico de realidad que documentan”, si bien con una eficacia “perfectamente equiparable al documento público” (9); y que para GONZÁLEZ PALOMINO, “el instrumento público propiamente dicho es un documento que hace el notario, que lleva dentro uno o varios documentos privados que hacen las partes” (10); el instrumento público sería un documento mixto, público y privado, y en él tendríamos materializada esa confluencia de elementos públicos y privados de que venimos tratando, pero en mera yuxtaposición.

Hagamos notar que este contenido de Derecho privado no había sido obstáculo en Derecho postclásico respecto de

(9) GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, 2.^a impresión de la 3.^a ed., 1977, p. 376; mi conf. “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, núm. 20 (*Revista de Derecho Notarial*, 41-42, Julio-Diciembre 1963, p. 145; y *Escritos Jurídicos*, III, pp. 199-200).

(10) GONZÁLEZ PALOMINO, José: “Negocio jurídico y documento”, en *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, III, pp. 191 y ss.; mi conf. “Naturaleza jurídica...”, cit. en la nota anterior, núm. 21.

los actos que habían sido transcritos en los documentos públicos (CI, 7.52.6) ni en el Derecho justinianeo en cuanto a los alegados o insinuados (Novela 73,7.3). El documento tabelional, por el contrario, no fue considerado documento público, sino públicamente confeccionado (*publice confectum*), al que había que imponerle la fe (*impositio fidei*) para que alcanzara valor probatorio (CI, 4.21.18, 20, 21; Nov. 73, pr.); pero ello ocurrió por una razón distinta; porque el tabelio no tenía carácter público, y un imperio absoluto, autocrático, sacro, no podía reconocer fe pública a personas ajenas a la burocracia imperial. Resultaría así relativamente fácil para los glosadores, a través de la consideración del tabelio como “persona pública”, el convertir el *instrumentum publice confectum* en *instrumentum publicum* (Nov. 73,5, glosa *Instrumenta*); aunque no fueran tan fáciles las innovaciones precisas para que el cambio no resultara puramente nominal.

Tampoco existe problema en nuestro Derecho vigente; para el Código civil la escritura pública es pura y simplemente un documento público; artículo 1.216: “Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley”.

La dicción legal, “notario o empleado público”, está llena de significados:

—Viene a indicarnos que, históricamente, la teoría toda del documento público surgió en torno a los documentos notariales, y se fue luego extendiendo a los restantes documentos públicos.

—Que, sistemáticamente, por ese origen histórico y por su inclusión en un Código civil, los artículos que van a seguirle sólo serán aplicables, de manera directa y completa, a los documentos notariales, según muchas veces resulta de su misma letra; y que precisan para los demás documentos públicos de algunas adaptaciones, o les son totalmente ajenos.

—Nos dice también, según ya hemos anticipado, que el notario no es empleado público, en la terminología de la época; no es funcionario público, que decimos hoy; o mejor

quizá, que siendo funcionario público, se separa de los otros funcionarios públicos por tener además otro ser, y reunir unas características que el precepto no considera sea el momento de perfilar, ya que su tema es el documento público y no su autor; el documento notarial y no el notario.

Pero precisamente porque su tema es el documento público, al distribuir mediante aquella dicción –“notario o empleado público”–, en dos grupos a sus posibles autores, ¿no nos estará indicando el artículo 1.216 que también los documentos notariales se distinguen en algo de los otros documentos públicos?

Tradicionalmente la cuestión no se había presentado en el terreno del ser, sino en el de la eficacia documental; de la eficacia probatoria, según entonces se concebía. Y siguiendo a DUMOULIN y a POTHIER, para quienes el documento prueba contra tercero *rem ipsam*, JOUBERT, en su Discurso al Tribunado, en una de las fases preparatorias del Código de Napoleón, distinguió “lo material y lo moral del acto”, de manera que sólo “en cuanto a lo material, es decir, la fecha y los hechos físicos atestiguados por el oficial público, los terceros no pueden discutir la prueba que resulta de la autenticidad del documento” (11); en una y otra forma, la distinción arraigó en la doctrina y la jurisprudencia de los diversos países, y también llegó al artículo 993 del Código civil argentino: “El instrumento público hace plena fe, hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia”.

También entre nosotros una constante jurisprudencia ha venido declarando que la “fe pública”, la “fe notarial”, la “fehaciencia” o “el valor o eficacia probatoria del documen-

(11) Conf. FENET, A.: *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, XIII, París, 1836, pp. 111-13, y mi conferencia “Escrituras, contraescrituras y terceros”, núm. 11 (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII-II y *Escritos Jurídicos*, III).

to público” no alcanzan o no se extienden a cubrir la “veracidad”, la “veracidad intrínseca” o bien, aludiendo expresamente al supuesto más general, el de la simulación, no se extienden a la “veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen” (12).

Pero igual que no estábamos ante un problema de naturaleza, la distinción entre la escritura pública y los demás documentos públicos tampoco es una cuestión de eficacia, ni siquiera de eficacia respecto de terceros. Nos encontramos, por el contrario, ante el gran tema de la ineficacia del documento público; y en este sentido, a diferencia de muchos de los documentos públicos, las escrituras públicas pueden ser impugnadas, conforme a las normas del Derecho civil, por vicios de ese consentimiento privado que mediante ellas se declara o por discordancia entre esa voluntad privada declarada y la interna, especialmente en razón de su simulación o disimulación.

181

Pensemos, por otra parte, en la vida extrajudicial, en que las escrituras públicas reciben su normal aplicación. ¿De qué servirían las escrituras públicas si sólo probaran lo “material” del texto, y no su contenido volitivo?; serían pura corteza; no valdrían absolutamente para nada. Y es que las escrituras públicas producen todos sus efectos mientras no sean impugnadas con éxito, y las correspondientes impugnaciones tienen que ejercitarse en vía judicial, y precisamente en juicio declarativo; ni siquiera el registrador puede calificar de simulada la declaración de voluntad contenida en una escritura pública; sólo el juez puede declarar la simulación, y también la falsedad de la escritura, en su materialidad misma, o en cuanto a la narración de los hechos sensibles percibidos por el notario.

(12) Conf. mi comentario al artículo 1.218 C.c., especialmente XI, la tacha de insinceridad, en el *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II-338; y *Escritos Jurídicos*, III, 241-42.

Aparte de esta especialidad, que por otra parte no es exclusiva de las escrituras públicas –pensemos en las inscripciones que se verifican en virtud de escritura pública; o en las inscripciones del Registro Civil–, ¿no habrá algún punto esencial que separe a las escrituras de los otros documentos públicos? Porque la distribución de competencias entre los notarios y los diversos funcionarios públicos a que se refiere el artículo 1.216 no puede basarse fundamentalmente en criterios de organización, cuando no de mero oportunismo, ya que el artículo 1.218 delimita nada menos que la eficacia de los documentos públicos respecto de terceros precisamente en razón del “hecho que motiva su otorgamiento”, del hecho que motiva la autorización de cada tipo de documento público.

Los hechos que motivan el otorgamiento de los instrumentos públicos no son otros que los “contratos y demás actos extrajudiciales” que dice el artículo 1.º de la Ley del Notariado y, en cuanto a las escrituras públicas, los negocios jurídicos. Y se atribuyen a la competencia notarial porque el notario es el único funcionario que, por ser a la vez profesional del Derecho, tiene la misión, no sólo de informar, asesorar y aconsejar a los otorgantes y controlar la legalidad de sus negocios, sino la de investigar la verdadera voluntad de sus otorgantes y adecuarla al Ordenamiento jurídico.

Quienes ponen el efecto capital de las escrituras públicas en la dación de fe, en una autenticidad entendida solamente como autenticidad formal, están abocados al indiferentismo documental, porque todos los documentos públicos son documentos auténticos; y no podrán explicarse, por ejemplo, por qué no son títulos inscribibles las certificaciones de los actos de conciliación (R. 25.7.1880); o por poner el ejemplo contrario, aquella exaltación de la autenticidad y consiguiendo indiferentismo originan la admisión como título inscribible del testimonio judicial acreditativo del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial en los supuestos de separación y divorcio (Rs. 25.2 y 9 y 10.3.1988), con infracción a mi parecer del artículo 3.º de la Ley Hipo-

tecaria; porque el juez no tiene la función de determinar la voluntad de las partes y adecuarla al Ordenamiento, ni siquiera de asesorarlas en Derecho, sino que tiene que aprobar tales convenios “salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 C.c.); aprobación judicial que no altera la naturaleza del documento en que el convenio se ha formulado.

La especialidad de la escritura pública, frente a los demás documentos públicos, aunque no siempre sea bien comprendida, radica por tanto en la actuación profesional, privada, del notario. O si se prefiere conservar el término de autenticidad, en una autenticidad compleja, que incluya la autenticidad de fondo conseguida en la medida posible por aquella actuación profesional, que es imprescindible para cualquier eficacia de la escritura, extrajudicial, registral o procesal. De nuevo nos hemos encontrado, ahora en la escritura pública, con aquella inescindibilidad de los elementos públicos y privados.

183

C) El protocolo y su comunicación.

La especial estructura de los instrumentos públicos, con sus elementos públicos y sus elementos privados, no puede quedar alterada por el hecho de que los instrumentos se coleccionen formando protocolos.

El Título IV de la Ley del Notariado tiene por rúbrica “De la propiedad y custodia de los protocolos...”; pero al comenzar su articulado, que es el que tiene eficacia normativa, abandona el término de “propiedad” para sustituirlo por el más suave de pertenencia; artículo 36: “Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán, con arreglo a las leyes, como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad”.

Este precepto nos dice ante todo, negativamente, que los protocolos no pertenecen al notario autorizante, aunque siempre sea su autor en sentido jurídico, e incluso muchas veces su autor material; el Derecho común había entendido que,

en consecuencia, los protocolos eran propiedad del notario, quien los podía transmitir, acabado su oficio, por cualquiera de los modos admitidos en Derecho; no sucedió así entre nosotros, y ya desde las Partidas (3.18.55) los protocolos tenían que entregarse al notario sucesor; pero lo cierto es que en la doctrina hubo opiniones contrarias, y de hecho al tiempo de la Ley Orgánica existían protocolos en poder de particulares según demuestra su Disposición Transitoria 2.^a (13).

No sobraba, pues, la insistencia y, como base de toda la ordenación de los Archivos Notariales, atribuir los protocolos al Estado, porque atribuir cada matriz a los otorgantes respectivos hubiera supuesto la voladura del sistema. Pero esta atribución al Estado no puede hacer olvidar el contenido privado de las escrituras públicas; y por ello la doctrina entiende que no se trata de una verdadera "propiedad" del Estado, sino de una pertenencia dirigida a hacer posible la debida conservación de los protocolos, que ni siquiera se explica completamente con la doctrina del dominio público de ESTEVE PARDO (14).

Esta conservación de los protocolos es, en efecto, indispensable para que, aparte de otras finalidades, como las históricas, los protocolos puedan seguir cumpliendo en el tiempo una función "notarial", mediante su comunicación, sobre todo mediante la expedición de copias. Y aquí nos encontramos de nuevo con el entrecruzamiento de intereses públicos y privados; recordemos la distinción de Joaquín DE PRADA "entre el protocolo como cosa... y el protocolo como contenido de pensamientos documentales"; "el protocolo no es, por lo tanto, un archivo administrativo, sino un archivo privado en manos públicas" (15).

(13) Mi conf. "La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado", VI-6; *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VII-723 y ss., y *Escri-
tos Jurídicos*, I-123 y ss.

(14) ESTEVE PARDO, José: *op. cit.* en nota 8, pp. 1107-11.

(15) PRADA GONZÁLEZ, Joaquín de: "Función notarial y protocolo", *Revista de
Derecho Notarial*, 139, Enero-Marzo 1988, p. 212.

A nuestros fines baste señalar que si sólo se tuvieran en cuenta los intereses públicos podría sostenerse que los protocolos deberían ser públicos, como ocurre en algunas legislaciones; y que si se contemplaran solamente los intereses privados, los otorgantes y sus herederos serían las únicas personas con derecho a copia. Nuestro Derecho sigue también aquí una vía intermedia, basada en el criterio del interés legítimo, sometido al ponderado juicio del notario sobre todas las circunstancias concurrentes, y la primera de ellas, la naturaleza misma de cada documento, su grado de privacidad, su incidencia en la *intimidad personal y familiar* y en la propia imagen, garantizadas por la Constitución (art. 18).

D) La responsabilidad civil del notario.

Punto de vista de especial interés es el de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que los particulares –partes y terceros– puedan sufrir a causa de los actos culpables de los notarios. De especial interés y de especial dificultad, por la continua evolución expansiva de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil del notario fue establecida para sus supuestos concretos por el artículo 22 de la Ley Hipotecaria, ya desde 1861; el artículo 2.º de la Ley del Notariado; los artículos 705, 712 y 715 del Código civil; y en general por el artículo 146 del Reglamento Notarial, en su redacción vigente de 1984: “El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable”. Era el sistema de nuestro Derecho histórico, ya desde el Fuero Real (1.8.2: “péchelo el escribano todo”) y la Pragmática de Alcalá (I, “e sea obligado a pagar a la parte el interesse”) que, incorporada a la Novísima Recopilación (10.23.1) rigió hasta la entrada en vigor del Código civil. Y es también el sistema de todos los países de Derecho latino.

Esta responsabilidad civil del notario supone la aplicación del principio profesional, su triunfo sobre el carácter público, e incluso funcional, que el notario pueda tener. En su aplicación positiva, el notario, como todo profesional, responde. Y en el aspecto negativo que nos interesa especialmente resaltar; el Estado no es civilmente responsable de los daños causados por los notarios; ni responsable directo, ni responsable subsidiario para el caso de insolvencia del notario. No era responsable al tiempo de la publicación del Código civil, pues el notario no podía confundirse con el “agente especial” de que hablaba el artículo 1.903. Y tampoco es hoy responsable el Estado, a pesar de la amplísima formulación adoptada a partir de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (art. 121), y actualmente recogida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 139.1: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Aquí no hay ninguna Administración correspondiente, porque el notario no está integrado en ninguna Administración Pública; no es funcionario de la Administración, aunque sea funcionario u oficial público; es un profesional, libremente elegido por el particular, e independiente de la Administración en su actuación, sometida sólo a la Ley y a los Tribunales de Justicia, únicos que pueden declarar la nulidad del instrumento público y la responsabilidad civil del notario según constante doctrina de la Dirección General.

Pero esto no quiere decir que en materia de responsabilidad civil rija exclusivamente el principio profesional. También tiene incidencia el principio publicista, que determina la naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil del notario. La responsabilidad civil del notario sólo puede ser

extracontractual, en efecto, respecto a los terceros, como aquellos que hubieran sido perjudicados por la nulidad del testamento por defecto de forma según los artículos 705 y 715 del Código, que ninguna relación tuvieron con el notario, ni contractual ni no contractual. Pero también tiene naturaleza extracontractual, según declaró la STS de 3.7.1965, la responsabilidad civil del notario respecto a los propios otorgantes, porque es directamente la Ley la que determina las obligaciones del notario, cuya infracción dañosa y culpable originará su responsabilidad civil.

Dentro de esta esfera de dominio publicista, el principio profesional volverá a abrirse un cierto espacio en la medida en que el esquema legal pueda ser modificado por la voluntad de las partes; por la voluntad de los requirentes aceptada por el notario. Entonces, y en ese concreto ámbito, estaremos ante una responsabilidad contractual. Cabe, en efecto, una ampliación voluntaria del esquema legal, sobre todo en materia de adecuación facultativa; la doctrina de la Dirección es abundantísima en tema de gestión de documentos, pero también hay supuestos de trabajos jurídicos excepcionales, aunque guarden relación con la posible autorización de documentos; y tal ampliación debe llevar consigo una ampliada responsabilidad civil del notario, ahora de naturaleza contractual. Y también es posible, en mi opinión, en alguna medida, un requerimiento restrictivo de las actuaciones del notario en el ámbito de su función notarial típica, aunque el artículo 147.2 del Reglamento disponga la aplicación íntegra del esquema legal “incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”; y ciertamente en tales y otros supuestos el notario tendrá que investigar, como siempre, la voluntad común de los otorgantes y efectuar su control de legalidad; pero si el camino elegido es o no el más adecuado, y las particularidades de la redacción del documento, son extremos que le vienen dados, y las omisiones del notario al respecto no pueden generar su responsabilidad civil.

También en tema de responsabilidad civil tenemos, pues, el entrecruzamiento de elementos privatísticos y publicísticos.

E) Los Colegios Notariales.

Los elementos públicos y los elementos privados se entremezclan también en los Colegios Notariales. Y no podía ocurrir de otra manera, porque los Colegios constituyen elemento fundamental de la organización notarial, en la que tiene que reflejarse la compleja naturaleza del notario y de su función.

188

La historia y el Derecho comparado nos muestran: que sin Colegios; o con Colegios aislados, de carácter local, con escasos colegiados, y que no cubran la totalidad del país; o con Colegios de contenido extranotarial, solamente religioso o asistencial, por ejemplo; o bien con Colegios de tipo gremialista, dedicados a defender intereses profesionales, en general de corto alcance; de ninguna de estas maneras ni la función notarial ni el instrumento público pueden arraigar. El Notariado se consolida, por el contrario, cuando los Colegios participan en la formación y en la selección de los notarios, en la disciplina notarial y en el aseguramiento de la prestación de la función.

Uno de los grandes méritos de la Ley francesa de Ventoso es haberlo comprendido así; haber pasado tan sólo en una docena de años desde la Ley de Le Chapelier de la Asamblea Constituyente, prohibitiva de toda asociación profesional, también las de los notarios, hasta instituir Cámaras de disciplina formadas por los mismos notarios, como pieza clave de la organización notarial. Y es también uno de los méritos de nuestra Ley de 1862, con un Título, el V, "Del gobierno y disciplina de los Notarios", que arranca con el artículo 41: "Habrá Colegios de notarios en los puntos que el Gobierno designe. A cada Colegio pertenecerán todos los notarios del territorio señalado al mismo".

El desarrollo natural de este precepto y de los tres siguientes no pudo ser efectuado, claro es, por la Ley del Notariado por la falta de preexistencia de Colegios en buena parte del territorio nacional. Tenía que ser obra de los Reglamentos Notariales. Ya el primero de ellos, el del mismo año 1862, les cambia casi imperceptiblemente de denominación; “se establece Colegio de Notarios en cada una de las poblaciones en que reside la Audiencia, y se titulará Colegio Notarial del territorio de ...” (art. 110); los “Colegios de Notarios” han pasado a llamarse “Colegios Notariales”, con lo que se resalta el elemento público, frente al meramente profesional o privado; camino por el que marchan decididamente el Reglamento de 1874 y los Reglamentos posteriores.

En nuestro Derecho vigente, el artículo 307 del Reglamento Notarial dispone que “los notarios, en su organización jerárquica, dependen del Ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales”; y los artículos 314, 327, 328, etc., redacción del RD 1209/1984, de 8 de junio, consideran que los Colegios Notariales son corporaciones de Derecho Público que tienen entre sus fines y funciones esenciales la ordenación del ejercicio de la profesión, asegurando su prestación y velando porque ese ejercicio sea correcto; colaborar con la Administración; y ejercer la facultad disciplinaria en el ámbito de su competencia. Pero lo mismo que no todo es función pública en el notario, tampoco todo son funciones públicas en los Colegios, a los que corresponde, por ejemplo, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados o la adopción de las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional.

Este carácter profesional de los notarios imponía una agrupación en colegios profesionales, que también venía exigida como garantía de su independencia en el ejercicio de la función pública; pero con todas las características que de esta función pública derivaran. Ya la Ley de Colegios Pro-

fesionales (2/1974, de 13 de febrero), había previsto, de una manera general, la existencia de colegios profesionales de funcionarios, y en su Disposición Adicional Segunda dice: “Los Estatutos y las demás disposiciones que regulan los colegios de funcionarios actualmente existentes se adaptarán en cuanto sea posible a lo establecido en la presente Ley, recogiendo las peculiaridades exigidas por la función pública que ejerzan sus miembros. = Estos Estatutos, cualquiera que sea el ámbito de los Colegios, y de los Consejos Generales, serán aprobados en todo caso por el Gobierno, a través del Ministerio correspondiente”. Y en lo que a nosotros respecta, el artículo 314 del Reglamento Notarial dispone: “Los Colegios Notariales se regirán por la Legislación Notarial y por la de Colegios Profesionales en lo que no constituya especialidad establecida por aquélla. El Reglamento Notarial tendrá el carácter de regulador de la actividad pública notarial y de Estatuto General de la profesión”.

Resulta, pues, que los Colegios Notariales son colegios profesionales que, como los demás colegios profesionales, son corporaciones de Derecho público y forman parte de la Administración; la llamada Administración corporativa; ya tienen, en consecuencia, un ingrediente publicístico. Pero es que, además, son colegios de unos profesionales que a la vez son funcionarios públicos, o colegios de unos funcionarios que al mismo tiempo son profesionales, por lo que el elemento jurídico público se incrementa. De aquí que, según hemos visto, el artículo 314 del Reglamento disponga que “los Colegios Notariales se regirán por la Legislación Notarial” y que “el Reglamento Notarial tendrá el carácter de regulador de la actividad pública notarial y de Estatuto General de la profesión”; pero sin que ello suponga desconocer su condición de colegios profesionales, que incluso parece primar en el artículo 314, en cuanto que “los Colegios Notariales se regirán por la Legislación ... de Colegios Profesionales en lo que no constituya especialidad establecida por aquélla”, esto es, especialidad establecida por la Legis-

lación Notarial. Esta especialidad deberá, lógicamente, ser tomada en cuenta por la Ley resultante de la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, ya citado, de medidas liberalizadoras, entre otros aspectos, de los Colegios Profesionales (art. 5.º), que como dijimos se encuentra en trámite parlamentario.

La situación, un tanto compleja, que de todo ello deriva ha sido aclarada de manera suficiente, por lo que aquí respecta, por la STC 87/1989, de 11 de mayo. Según ya hemos indicado, el RD 1209/1984 modificó profundamente, entre otras cosas, muchos de los preceptos contenidos bajo los epígrafes “De los Colegios Notariales” y “De las Juntas Directivas” del Reglamento Notarial: la Generalidad de Cataluña promovió conflicto positivo de competencia frente al Gobierno de la Nación por estimar que ese Real Decreto vulneraba la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, reconocida por la Constitución y el Estatuto de Autonomía; entre otros extremos, vulneraba la competencia exclusiva de la Generalidad sobre los colegios profesionales (art. 9.23 EAC); el Tribunal Constitucional rechazó la impugnación.

191

Los colegios profesionales, según ya había declarado con anterioridad el Tribunal Constitucional (STC 20/1988, de 18 de febrero) “son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador”. “Pues bien –dice la STC 87/1989– si con arreglo a la doctrina expuesta los colegios profesionales responden a una finalidad que sólo parcialmente puede calificarse de pública, los intereses públicos que predominan en los Colegios Notariales y la regulación de una profesión de naturaleza funcio-

narial que en ellos se incardina, invierten los términos de aquel planteamiento, no sólo en el sentido de robustecer la competencia estatal, sino en el de que ésta no viene limitada por el artículo 149.1.18 de la Constitución a las bases de su organización y competencia, sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal que, en su mayor parte y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios”; lo que “ha de proyectarse necesariamente en el orden competencial de su regulación en términos tales que a estos Colegios (los Colegios Notariales) no les alcanza la competencia exclusiva que para los Colegios Profesionales han asumido algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña”. “Ahora bien –nos dice igualmente la STC– la no equiparación a efectos competenciales entre unos y otros Colegios no impide que se pueda aplicar a los Colegios Notariales la normativa reguladora de los Colegios Profesionales en general”, según reconoce el artículo 314 del Reglamento Notarial, esto es, la Ley de Colegios Profesionales de 1974, modificada en 1978, y en Cataluña la Ley 13/1982 que ha dictado la Generalidad en uso de su competencia sobre la materia.

La cuestión de principio está aclarada; los elementos publicísticos y los privatísticos se entrecruzan constantemente en la naturaleza y en la reglamentación de los Colegios Notariales.

F) Otros aspectos concretos.

Podríamos seguir indefinidamente, señalando otros aspectos en que lo público y lo privado se entrecruzan, o en que uno de estos principios modera la aplicación prevalente del otro. A manera de ejemplos:

— Libre competencia. Limitada al distrito notarial; y luego restringida respecto al término municipal correspondiente al lugar del domicilio o a la zona de otro notario. Limita-

ciones todas ellas que sólo operan respecto del notario, y para nada afectan a los otorgantes; lo que pone a cada notario en libre concurrencia con todos los notarios de España y del extranjero. Y libre competencia con los abogados y asesores de toda clase en las funciones de consejo jurídico.

— Competencia funcional. Libre elección de notario, con la excepción de los documentos sujetos a turno, excesivamente restringida en virtud de la Ley de Presupuestos de 1987, que podrá traer consecuencias incalculables para el Notariado; recordemos a Joaquín COSTA, en este 150 aniversario de su nacimiento (16). Competencia también con corredores de comercio y funcionarios en determinados sectores.

— Libertad de instalación y de organización del despacho, con todos sus elementos personales y materiales; y limitaciones consiguientes.

— Unión de despachos notariales, y sus limitaciones.

— Retribución por arancel, ya aludida; ni la libertad de honorarios del profesional, ni el sueldo del funcionario.

— Mutualidad Notarial; es una “Mutualidad especial”, según expresión literal de la Ley 29/1983, de 12 de diciembre, artículo 3.º, y antes de la Ley de 13 de julio de 1935, artículo 1.º; y si no fuera por esta especialidad no se comprendería que esas leyes jubilaran a los notarios e impusieran a la Mutualidad Notarial, que es un tercero, el pago de sus haberes.

Esta generalización no tiene, por otra parte, nada de original. El artículo 1.º.2 del Reglamento Notarial ya nos lo dice: “Los notarios son a vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado”.

(16) Conf., especialmente, *Reforma de la fe pública*, capítulo 7: “Si el poder público debe a los particulares la libertad de elegir Notario fuera de límite en que pueden elegir Juez”.

A diferencia de la saturación ocurrida en el Derecho Hipotecario, el estudio de los principios notariales ha sido descuidado por la doctrina, aunque haya breves páginas de Rafael NÚÑEZ-LAGOS, José María de PRADA y Augusto GÓMEZ-MARTINHO (17); la determinación de tales principios depende de las concepciones personales de cada autor y, claro es, del lugar y tiempo en que escribe; pero a mi parecer, este continuo entrecruzamiento de factores públicos y privados es el primer principio, sin el cual no se puede entender nada de nuestro Notariado.

(17) Conf. NÚÑEZ-LAGOS, *op. cit.* en nota 7, pp. 221-25; PRADA GONZÁLEZ, José M.^a de: "La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica", en *Seminario sobre "Seguridad Jurídica"*, Santander, 28 agosto-1 septiembre 1989, especialmente pp. 107-117; y *Principios que rigen la función notarial*, tema 42, 10 p., del Master de Derecho Documental, Colegio Notarial de Madrid, 1992, inédito; y GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, Augusto: "La situación y la organización del Notariado en los países miembros de la Unión Europea", *La Ley*, 9 de mayo de 1995, pp. 2-3.

EL 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 SUS EXCEPCIONES

195

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades: sentencias de 25 de octubre de 1988 en el asunto 312/86, Comisión/Francia y de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke.

MARÍA ISABEL ROFES I PUJOL (1)

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

(1) Este texto sirvió de base para la ponencia presentada en septiembre de 1996 en el Curso de Derecho Comunitario dirigido a la formación de jueces y magistrados, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno del País Vasco, que tuvo lugar en Oñate. Las opiniones expresadas por la autora son estrictamente personales y en ningún caso vinculantes para la institución en la que presta sus servicios.

El principio de igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral vienen regulados en la Directiva 76/207/CEE (2) (en lo sucesivo, "Directiva 76/207"). El Tratado de Roma (3) sólo estableció, en su artículo 119, el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. El Tratado de Maastricht (4), por su parte, incorpora al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, "Tratado CE") el Protocolo n.º 14 que contiene el Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros a excepción del Reino Unido, cuyo artículo 1 define como objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones, y cuyo artículo 2 afirma que, para la consecución de dichos objetivos, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en varios ámbitos, entre los que figura la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres.

Una directiva, según dispone el artículo 189 del Tratado CE, obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La Directiva 76/207, en su artículo 9, concedió a los Estados miembros un plazo de 30 meses a contar desde su notificación, para adoptar las disposiciones legales, reglamen-

(2) Directiva 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 (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).

(3) Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

(4) Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

tarias y administrativas para adaptar su legislación interna a sus disposiciones, plazo que expiró en 1978, estando además obligados a notificar el texto de la normativa a la Comisión. Los Estados miembros han ido adaptando su legislación interna a las disposiciones de esta Directiva con mejor o peor fortuna, como se comprueba analizando la interpretación que de ella ha dado el Tribunal en las aproximadamente treinta sentencias dictadas en esta materia (5).

En su artículo 2, la Directiva 76/207 establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. En el artículo 3 se especifica que ese principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional. En el artículo 4 se establece el principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, de formación, de perfeccionamiento y de reciclaje profesionales. El artículo 5 dispone que la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo. El artículo 6 obliga a los Estados miembros a que introduzcan en su ordenamiento interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales.

(5) De éstas, cinco corresponden a recursos directos interpuestos por la Comisión contra los Estados miembros por incumplimiento y el resto a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

El artículo 2 contiene, sin embargo, tres excepciones al principio general que enuncia en su apartado 1, que consisten, en primer lugar, en la facultad que reconoce a los Estados miembros para excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, en su caso, las formaciones que a ellas conducen, para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio (6) (apartado 2); en segundo lugar, los Estados miembros pueden legislar en materia de protección de la mujer, en especial en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad (7) (apartado 3) y, por último, la Directiva no obsta a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1 (8), es decir, el acceso al empleo, incluida la promoción, la formación profesional, y las condiciones de trabajo (apartado 4).

Ahora bien, la práctica demuestra que la forma en que está redactada esta disposición no ha contribuido precisamente a clarificar cuáles son esas medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mu-

(6) Esta excepción fue objeto de interpretación por parte del Tribunal en sus sentencias de 8 de noviembre de 1983, *Comisión/Reino Unido* (165/82, Rec. p. 3431) en la que la Comisión reprochaba a ese Estado miembro que el acceso a la profesión de matrona estuviera reservado a las mujeres y de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, Rec. p. 1651) en la que, entre otros, se trataba de apreciar si el sexo constituye una condición determinante para la actividad profesional de policía en razón de las condiciones de su ejercicio, y si un Estado miembro puede tener en cuenta las exigencias de protección de la seguridad pública para reservar las tareas generales de policía, en una situación interna caracterizada por frecuentes atentados, concretamente, Irlanda del Norte, a hombres provistos de armas de fuego.

(7) Excepción examinada en las sentencias de 26 de octubre de 1983, *Comisión/Italia* (163/82, Rec. p. 3273), de 12 de julio de 1984, *Hofmann* (184/83, Rec. p. 3047) y de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann* (C-421/92, Rec. pp. 1-1657).

(8) Excepción que ha sido interpretada en las sentencias de 25 de octubre de 1988, *Comisión/Francia* (312/86, Rec. p. 6315) y de 17 de octubre de 1995, *Kalanke* (C-450/93, Rec. p. I-3051).

jeros y que los Estados miembros pueden adoptar sin infringir las disposiciones de la Directiva 76/207.

La Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (9) basada, según consta en su exposición de motivos, en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 resulta bastante más esclarecedora aunque, al tratarse de una recomendación, carece de toda fuerza vinculante. En ese texto, se recomienda a los Estados miembros que adopten, entre otros, una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, al objeto de eliminar o compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres que trabajan, o que buscan empleo, de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de una distribución tradicional de funciones entre hombres y mujeres en la sociedad así como de estimular la participación de la mujer en las distintas actividades de los sectores de la vida profesional en los que se encuentran infrarrepresentadas, en particular, los sectores de futuro, y en los niveles superiores de responsabilidad, con el fin de lograr una mejor utilización de todos los recursos humanos.

La sentencia Kalanke (10) vino a dar respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia, a título prejudicial, por el Bundesarbeitsgericht alemán, sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, cuestiones que se suscitaron en el marco de un litigio entre el Sr. Kalanke y la ciudad alemana de Bremen.

La ley del Estado de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública dispone que al efectuar la selección, tanto para el ingreso como

(9) DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124.

(10) Citada en la nota 8 *supra*.

para proveer un puesto por promoción, se concederá preferencia a las mujeres frente a los hombres con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios de las categorías de personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos.

Los hechos que suscitaron el procedimiento principal son los siguientes: la ciudad de Bremen organizó un procedimiento de selección destinado a cubrir un puesto de jefe de sección en el Servicio de parques y jardines. En la última fase del procedimiento resultó que había que optar entre dos candidatos clasificados ambos en el mismo nivel retributivo a saber, el Sr. Kalanke, demandante en el litigio principal, ingeniero superior de jardines y paisajes, que trabajaba desde 1973 como técnico de planificación de jardines en dicho servicio y ejercía en él las funciones de adjunto permanente del jefe de sección y, la Sra. Glissmann, ingeniero superior paisajista desde 1983 y que trabajaba desde 1975 en el mismo servicio, también como técnico de planificación de jardines.

Al ser propuesta la promoción del Sr. Kalanke, el Comité de personal no dio su acuerdo. En el procedimiento de mediación que se siguió se recomendó el nombramiento del Sr. Kalanke, a lo que continuó oponiéndose el Comité de personal, solicitando que se pronunciara el Comité de Conciliación el cual, mediante decisión vinculante para el empleador, consideró que los candidatos poseían la misma capacitación y que debía darse preferencia al candidato de sexo femenino.

En su demanda ante la jurisdicción laboral, el Sr. Kalanke alegó que poseía una capacitación superior a la de la Sra. Glissmann, extremo que había sido ignorado por el Comité de conciliación, añadiendo que el régimen de cuotas establecido por la ley del Estado de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pú-

blica era contraria a la Ley Fundamental y al artículo 611 del Código civil alemán. Esta demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación.

El Bundesarbeitsgericht, jurisdicción que debe resolver el recurso de casación, considera que la solución del litigio depende, fundamentalmente, de la aplicabilidad de esta ley del Estado de Bremen. Entiende que si el Comité de conciliación aplicó indebidamente esa ley, su decisión es ilegal por haber favorecido, únicamente por razón de sexo, a una candidata que tenía la misma capacitación. El órgano jurisdiccional remitente acepta la declaración de hechos probados hecha por el tribunal que resolvió la apelación, conforme a la cual, los dos candidatos poseían la misma capacitación para cubrir el puesto y las mujeres se encontraban efectivamente infrarrepresentadas en el sector en cuestión (11). En el razonamiento que figura en el auto de remisión, concluye que el Comité de conciliación actuó legalmente al negarse a dar su acuerdo al nombramiento del demandante para cubrir el puesto vacante.

201

El órgano jurisdiccional precisa además que no se trata de un régimen de cuotas rígidas, que reserve a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación sino que, por el contrario, este régimen depende de la aptitud de los candidatos, gozando de preferencia los candidatos de sexo femenino, únicamente si tienen la misma capacitación que los masculinos. Añade que un tal régimen de cuotas es compatible con las disposiciones nacionales de rango constitucional y legal, debiendo la disposición litigiosa ser interpretada en el sentido

(11) Según recoge el abogado general Sr. Tesauo en sus conclusiones en este asunto, de acuerdo con los datos suministrados por el juez nacional, la Administración de la ciudad de Bremen ocupa, en total, 49% de hombres y 51% de mujeres. Sin embargo, considerado el reparto de ambos sexos por cuerpos se ve que en las categorías más bajas, un 75% de los empleados son mujeres, un 52% se sitúa en las categorías medias, un 50% en niveles superiores y sólo un 30% en puestos directivos.

de que, aunque en principio se debe conceder preferencia a la mujer en caso de promoción, la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren, una excepción a ese privilegio.

Señala, por último, en su auto que un régimen de cuotas como el controvertido puede contribuir a superar, en el futuro, las desventajas que sufren en la actualidad las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que acostumbran a que las mujeres desempeñen también ciertas funciones más prestigiosas. La atribución tradicional de determinadas actividades a las mujeres y la concentración del empleo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional son contrarios a los criterios de igualdad de derechos aplicables actualmente.

A pesar de eso, el Bundesarbeitsgericht estimó oportuno examinar la legalidad de la disposición litigiosa a la luz del principio de igualdad de trato consagrado por el derecho comunitario y, en particular, de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 y para ello, planteó las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) ¿Debe interpretarse el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, en el sentido de que también es aplicable a disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un nivel retributivo superior hay que dar preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, entendiéndose que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama?

2) En caso de respuesta negativa, si, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva se opone a la aplicación de una disposición nacional como la descrita.”

Las disposiciones de la Directiva 76/207 cuya interpretación se solicita son los apartados 1 y 4 del artículo 2 que disponen, respectivamente:

“1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

[...]

4. La presente Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.” (acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional, así como las condiciones de trabajo).

A la vista de que ambas cuestiones tienen por objeto que se precise el contenido de la excepción al principio de igualdad de trato establecida por el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, el Tribunal de Justicia procede a reformularlas y a examinarlas conjuntamente, entendiendo que el juez nacional pregunta si las disposiciones de Derecho comunitario se oponen a una normativa nacional que, como la descrita, en caso de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas de sexo femenino en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

El Tribunal señala, en primer lugar, que el objetivo de la Directiva 76/207 es la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, principio que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente y que una disposición nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que están infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.

Se trataba de ver, pues, si una disposición nacional de ese tenor estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la excepción contenida en el apartado 4 del artículo 2 que dispone que la Directiva “no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”.

Ahora bien, el Tribunal recuerda que, tal y como ya había interpretado en una sentencia de 1988, esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (12) y añade que, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo y de la promoción que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y de desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (13).

(12) Citada en la nota 8 *supra*, apartado 15.

(13) Según consta en el tercer considerando de la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa al fomento de acciones positivas en favor de la mujer, citada en la nota 9 *supra*, “las normas jurídicas existentes

Al igual que el abogado general Sr. Tesauero en el apartado 6 de sus conclusiones, el Tribunal precisa en la sentencia (14) que, desde el momento en que el apartado 1 del artículo 2 establece, de manera general y perentoria, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y que el apartado 4 del mismo artículo constituye una excepción a ese principio, la interpretación de esta última disposición no puede llevarse a cabo haciendo abstracción del principio general: en la medida en que constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe ser interpretado de forma restrictiva.

El Tribunal de Justicia declara a continuación que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, añadiendo que un sistema de esa naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye el fomento de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podrá alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia responde al Bundesarbeitsgericht que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 se oponen a una normativa nacional que, como sucedía en este asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las can-

sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad”.

(14) Citada en la nota 8 *supra*, apartado 21.

didatas de sexo femenino en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

Las reacciones a la sentencia Kalanke

206

No resulta frecuente que una sentencia del Tribunal de Justicia produzca una reacción contraria tan violenta a las pocas horas de su pronunciamiento. Los medios feministas fueron, desde luego, los primeros en opinar, pero no fueron los únicos. La polvareda levantada por comentarios realizados a los medios de comunicación después de una lectura superficial de la sentencia o de un resumen de agencia tardó semanas en desaparecer. Como no podía ser menos, se observa una evolución entre las declaraciones realizadas por políticos irritados en un primer momento y el análisis de la sentencia que llevaron a cabo unos meses después, a lo cual, creo, contribuyó en gran medida la posición de la Comisión que pasó de mostrar perplejidad inicial a buscar la forma de interpretar la sentencia de forma favorable a los programas de acciones positivas ya en marcha.

El 5 de marzo de 1996, el Bundesarbeitsgericht dictó sentencia en el asunto principal, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia. En ella, declara que la ley del Estado de Bremen cuya aplicación había permitido el nombramiento de la Sra. Glissmann para el puesto de jefe de sección es contraria al derecho comunitario. Por esa razón, las autoridades administrativas deberán adoptar un nuevo acto haciendo caso omiso de las disposiciones de dicha ley. Parece que deberá celebrarse de nuevo el concurso sin que pueda ya aplicarse la normativa que concede prioridad automática a las mujeres para acceder a un puesto por promoción, en

caso de estar en igualdad de méritos con los varones, si en esa categoría las mujeres están infrarrepresentadas.

La Comisión, por su parte, una vez superado el impacto que produjo la primera lectura de la sentencia, ha dedicado grandes esfuerzos a presentarla de forma positiva. En este sentido dirigió una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación que, en su opinión, había que dar a la sentencia Kalanke (15) en la que afirma que la respuesta que da el Tribunal puede interpretarse de dos formas, a saber:

—que el Tribunal excluye la posibilidad de justificar cualquier régimen de cuotas, incluso si disponen de cláusulas de salvaguardia que permitan tomar en cuenta circunstancias particulares, o bien,

—que las únicas cuotas proscritas son las de tipo rígido que se aplican de forma automática, como las previstas en la ley de Bremen cuya aplicación perjudicó al Sr. Kalanke.

207

Y se inclina por la segunda interpretación, llegando a la conclusión de que los sistemas de cuotas que no adolecen de ese grado de rigidez y automatismo no han sido condenados por esta sentencia del Tribunal debiendo, por lo tanto, ser consideradas conformes con el Derecho comunitario. En este contexto, propone algunos ejemplos de acciones compatibles con la interpretación dada por el Tribunal del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 en la tan citada sentencia:

—cuotas ligadas a la cualificación requerida para ocupar un puesto, siempre que permitan tomar en cuenta circunstancias particulares que, llegado el caso, justifiquen una excepción al principio de conceder la prioridad al sexo que esté infrarrepresentado;

(15) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93 Kalanke/Freie Hansestadt Bremen. Bruselas, 27.03.1996, COM (96) 88 final.

— programas de promoción de mujeres, que indiquen la proporción y el plazo en los que el número de mujeres debería verse aumentado, pero sin imponer una regla de prioridad automática en las decisiones individuales sobre selección y promoción;

— obligación de principio para el empleador, a la hora de seleccionar o de promover, de dar prioridad a una persona del sexo infrarrepresentado;

— reducción de cotizaciones sociales a las empresas que contraten a mujeres que se reincorporan al mercado de trabajo para ejercer actividades en sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas;

— concesión de subvenciones por parte del Estado a las empresas que contraten a mujeres en sectores en los que están infrarrepresentadas,

— otras medidas de acción positiva centradas en la formación, la orientación profesional, la reorganización del horario de trabajo, guarderías, etc.

La Comisión expresa su deseo de que la polémica a que ha dado lugar la sentencia *Kalanke* se dé por cerrada. Con esta intención presentó al Consejo, el 2 de mayo de 1996, una propuesta para modificar la Directiva 76/207 (16). Esta modificación consistiría en dar nueva redacción al apartado 4 del artículo 2 en los siguientes términos:

“4. La presente Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades del sexo infrarrepresentado en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. Entre las posibles medidas se incluirá

(16) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE 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 COM (96) 93 final - 96/0095 (CNS). DO C179, p. 8.

la concesión de una preferencia, en lo que se refiere al acceso al empleo o a la promoción, a un miembro del sexo infrarrepresentado, siempre que tales medidas no impidan la evaluación de las circunstancias particulares en un caso determinado”.

Como se ve, se trata de un texto bastante más explícito que el actual y no señala ya a las mujeres como las únicas beneficiarias de acciones positivas. Queda por ver cuál va a ser la reacción del Consejo y la rapidez de que va a hacer gala a la hora de aprobar este texto, teniendo en cuenta que encuentra su base legal en el artículo 235 del Tratado, que exige la unanimidad.

La doctrina, por su parte, tampoco ha tardado en reaccionar, siendo la apreciación de los autores bastante negativa en general. Así, Lucía RUANO (17) opina que el Tribunal de Justicia, al enfrentarse al problema de la discriminación positiva o inversa, lo ha resuelto a través de una interpretación restrictiva y errónea. En su razonamiento expone que el Tribunal, por una parte, considera que la discriminación positiva es una excepción al principio de igualdad, razón por la cual debe recibir una interpretación restrictiva, cuando desde una noción de la igualdad como igualdad sustancial, efectiva y real, la discriminación positiva como forma de acción positiva especialmente incisiva y radical, debe conceptuarse como simple especificación de la igualdad y no como su excepción. Por otra parte, reprocha al Tribunal que califique la preferencia en favor de la mujer, prevista en la legislación del Estado de Bremen como absoluta e incondicionada, lo que, en su opinión, no es cierto, porque esa preferencia operaba bajo las condiciones de mérito y capacidad de los aspirantes, a los que se había declarado igualmente capacitados profesionalmente y comprobación de que en el sector correspondiente existe infrarrepresentación de mujeres porque

(17) Lucía RUANO. “Acciones positivas y discriminación positiva”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 227, 28 de diciembre de 1995, pp. 1 y ss.

éstas ocupen menos de la mitad de los puestos. Añade que “a pesar de que si se profundiza en el análisis de la sentencia se comprueba fácilmente la pobreza de su fundamentación jurídica [...] no debe desconocerse y ocultarse que efectivamente existen algunos problemas de justificación jurídica de la discriminación positiva –no de la acción positiva en su conjunto–, que son los que probablemente hayan estado en la mente del Tribunal, a los que, sin embargo, se ha optado por no hacer frente”.

210

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA (18) pone de manifiesto la decepción que le produce la restrictiva posición adoptada por el Tribunal en su sentencia ya que el concepto de medidas de fomento de la igualdad que maneja no parece ir mucho más allá de los cursos de formación y las campañas publicitarias de sensibilización y pregunta al Tribunal si cree que de esta forma se pueden eliminar las desigualdades de hecho presentes en la sociedad, cuya existencia ya reconoció en su sentencia de 25 de octubre de 1988. Afirma que una decisión de tanta trascendencia “es justificada con razonamientos tan lacónicos que en realidad son meras afirmaciones sin sostén argumental”. Termina su comentario diciendo que “desde la perspectiva de la igualdad de la mujer, el asunto Kalanke muestra el aspecto perverso de un principio, el de igualdad de trato, que seguramente debería haber sido construido desde el [inicio] con esa orientación y no sobre bases asépticas, habida cuenta de la innegable disparidad desde la que se partía. La igualdad indiscriminada sólo se puede propugnar para posiciones de igualdad real y, en esa dirección, el criterio de la preferencia automática para deshacer el empate parece mucho más razonable que otros a los que se acude usualmente como la mayor o menor edad, la antigüedad o el sorteo, y respecto

(18) Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. “Un paso atrás en la búsqueda de la igualdad entre hombres y mujeres: el asunto Kalanke. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995”. *La Ley*, n.º 3934, 18 de diciembre de 1995, pp. 1 y 2.

de los cuales nunca se han oído quejas. Para admitir este criterio, al Tribunal le hubiera bastado con invocar el interés general en asegurar la paridad en la representación, teniendo en cuenta que, como ha señalado la Comisión, la presencia de las mujeres en las instituciones y organismos decisorios supondría una renovación de valores, ideas y formas de comportamiento provechosas para la sociedad en su conjunto. En cambio, al optar por una aplicación estricta del principio sin atender a las desigualdades fácticas reales, el Tribunal ha olvidado la sabia máxima según la cual *summum ius, summa iniuria*.”

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO (19) pone de relieve un aspecto interesante de este asunto al exponer que el Bundesarbeitsgericht se encontraba vinculado por la declaración de hechos probados efectuada por el órgano jurisdiccional de apelación, tanto en lo que se refiere a la existencia de infrarrepresentación de mujeres en el servicio como respecto a que ambos candidatos tenían la misma capacitación, circunstancia esta última que puede haber jugado un papel decisivo en el desarrollo posterior del procedimiento. El Sr. Kallanke no se queja de que habiendo habido empate se haya elegido a la mujer sino que ha mantenido desde el inicio que tenía más méritos que la candidata designada, que no lo hubiera sido de no existir la ley que le concede preferencia. Posiblemente esto fuera cierto ya que tenía más antigüedad en el servicio y ejercía funciones de adjunto permanente al jefe de sección, mientras que la antigüedad de la Sra. Glissmann era menor, obtuvo su titulación superior bastante más tarde y no había desarrollado la función de adjunto permanente al cargo al que aspiraba.

Este autor critica que el Tribunal haya dado una respuesta conjunta a las dos cuestiones formuladas por el Bundesarbeitsgericht ya que, afirma, si las hubiera contestado de

(19) Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”. *Relaciones Laborales*, núm. 22/95, Editorial.

forma sucesiva ello hubiera facilitado una solución más matizada y le reprocha haber dado solución al caso planteado con una fundamentación escasísima que ofrece muy pocos datos para determinar el alcance general del precepto interpretado y no haber aprovechado la ocasión para sentar una doctrina general al respecto. Afirma que el Tribunal, en esta sentencia, hubiera debido realizar una labor de interpretación del alcance del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, que no hizo, en lugar de convertir el resultado en motivación. Concluye su comentario diciendo que “lo verdaderamente criticable de la sentencia no es su fallo, al que podría haberse llegado con una fundamentación algo convincente dada la radicalidad de la norma alemana (que no es seguro que hubiera pasado un test de razonabilidad y de proporcionalidad), sino la práctica falta de fundamentación que no ha permitido esclarecer las fronteras de lo que es o no compatible con la Directiva, de cuál sea el espacio legítimo de las medidas de acción positiva”.

Sionaidh DOUGLAS-SCOTT (20) opina que la sentencia Kalanke marca un hito en la interpretación de la legislación anti-discriminación y pone en tela de juicio numerosos programas en marcha en Europa destinados a fomentar las acciones positivas dirigidas a incrementar las oportunidades de trabajo de las mujeres.

Sarah MOORE (21), uno de los pocos autores que, acertadamente, ha tenido en cuenta las conclusiones del abogado general Sr. Tesauero presentadas en este asunto, afirma que la sentencia Kalanke está llamada a producir una fuerte controversia ya que los sistemas de cuotas existen en varios países de la Unión. Considera aceptable la solución a la que llegó el Tribunal pero opina que el texto del aparta-

(20) Sionaidh DOUGLAS-SCOTT. “Ruling out affirmative action”. *New Law Journal*, October 27 1995, p. 1586.

(21) Sarah MOORE. “Nothing positive from the Court of Justice”. *European Law Review*, 1996, pp. 156 y ss.

do 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 podría igualmente haber servido de base para llegar a la solución opuesta. Por esta razón es muy crítica con la fundamentación de la sentencia a la que reprocha una falta casi total de razonamiento, sin que la conclusión a la que llega se encuentre justificada. Apunta que la razón probable de la brevedad y concisión del razonamiento puede deberse a divergencias de opinión aparecidas en el seno del Tribunal y a la necesidad de llegar a redactar un texto común. Añade que, a pesar de que el sistema colegial con el que funciona el Tribunal tiene mucho de positivo, la sentencia Kalanke es un buen ejemplo de que la posibilidad de emitir votos particulares podría servir mejor al interés de la jurisprudencia y de las partes.

O. DE SCHUTTER y B. RENAULD (22) opinan que, teniendo en cuenta los intereses en juego en ese asunto, la motivación de la sentencia resulta particularmente pobre y que se apoya en una argumentación cuando menos discutible. El Tribunal ha hecho referencia a algunas de sus sentencias en las que se trataba de legislaciones nacionales distintas a la de Bremen, cuya asimilación a esta última no resulta nada evidente. Además, la sentencia se basa en una definición de la igualdad de oportunidades tan limitadora que acaba por vaciar el concepto de todo significado. Critican tanto la conclusión a la que llega el abogado general Sr. Tesouro como su razonamiento, que constituye el telón de fondo implícito de la sentencia misma.

Estos autores proponen una vía de solución bastante original que consiste en considerar que, si se da igualdad total de méritos entre un candidato femenino y uno masculino, esa situación se asemeja mucho a aquella en la que una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, en cuyo caso recae sobre el

(22) O. DE SCHUTTER y B. RENAULD. "Egalité de traitement. L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt «Kalanke» du 17 octobre 1995". *Journal des tribunaux du travail*, 1996, pp. 125 y ss.

empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos han demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos (23). Así pues, si la igualdad de méritos es perfecta y el empresario promueve al candidato masculino en lugar del escoger a la mujer, la decisión debe haber tenido en cuenta, necesariamente, criterios subjetivos que constituyen una presunción *iuris tantum* de discriminación. Dado que en general, la mujer que no ha obtenido la promoción no podrá aportar la prueba de la existencia de discriminación en su contra, habría que invertir la carga de la prueba con el fin de que el empresario demostrara que su decisión reposa sobre criterios objetivos que nada tienen que ver con el sexo de los aspirantes. Consideran que la ley alemana, al exigir que, para dar prioridad a la mujer, ésta debe estar en situación de igualdad de méritos con sus oponentes masculinos y que las mujeres estén infrarrepresentadas en el sector de que se trate, es defendible ya que se ha limitado a sacar las consecuencias lógicas que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal en materia de inversión de la carga de la prueba.

M. T. LANQUETIN (24) indica que la subordinación de la igualdad de oportunidades al principio de igualdad de trato que realiza el Tribunal en su sentencia no es la única interpretación posible del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 ya que, en su opinión, se trata de dos componentes complementarios e indisolubles de la igualdad. Desde su punto de vista, las acciones positivas constituyen medidas de aplicación efectiva del principio de igualdad de trato pero para que estas acciones puedan considerarse compatibles con

(23) Sentencia de 17 de octubre de 1989, Danfoss (109/88, Rec. p. 3199).

(24) M. T. LANQUETIN. "De l'égalité des chances. À propos de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995". *Droit social*, 1996, pp. 494 y ss.

dicho principio, es necesario que estén limitadas en el tiempo y sometidas al principio de proporcionalidad. En su opinión, si las medidas de acción positiva tienen como finalidad conseguir la igualdad concreta, el Tribunal, al negarse a aceptar que, a igualdad de méritos, se conceda prioridad a una mujer para acceder a un nivel de empleo en el que las mujeres están infrarrepresentadas demuestra mucha tibieza a la hora de enjuiciar la falta de igualdad que se compagina mal con la audacia de la que ha dado prueba en el pasado.

J.-G. HUGLO (25) opina que en Kalanke el Tribunal se aparta de la jurisprudencia sentada en su sentencia de 25 de octubre de 1988 (26), única en la que se había pronunciado hasta la fecha sobre el alcance del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 y considera correcta la interpretación que da del concepto de igualdad de oportunidades, a la luz del texto normativo el cual se refiere a las medidas destinadas a “promover” dicha igualdad.

P.-H. ANTONMATTEI (27) se muestra de acuerdo con el contenido de la sentencia y considera demasiado rígido el sistema de la ley de Bremen, al estar basado en apreciaciones puramente estadísticas. Afirma que no se debe luchar contra las desigualdades de hecho creando otras en su lugar, que el caso del Sr. Kalanke pone de manifiesto que los sistemas de cuotas producen efectos perversos y que la sentencia del Tribunal censura no sólo la ley alemana sino cualquier regulación nacional que cree un sistema de cuotas en favor de las mujeres.

I. COUSTET (28) pone de relieve que ésta ha sido la primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia ha debido

(25) J.-G. HUGLO. *Gazette du Palais*, 1996, n.º 143-144 I Jur., pp. 25 y ss.

(26) Citada en la nota 8 *supra*.

(27) P.-H. ANTONMATTEI. “Egalité entre hommes et femmes. Promotion. Candidats féminins. Priorité”. *La Semaine Juridique* [JCP], 1996 Éd. E, n.º 23, pp. 250 y ss.

(28) I. COUSTET. “Arrêt «Kalanke»”. *Revue du marché unique européen*, 1996, n.º 1, pp. 191 y ss.

pronunciarse sobre la interpretación de una directiva que aplica el principio de no discriminación por razón de sexo en relación con un régimen de cuotas y, en general, en relación con acciones positivas y que, tal como le había sugerido el abogado general Sr. Tesouro en sus conclusiones, el Tribunal resistió a la tentación de seguir la corriente (29). Opina que la posición del Tribunal continúa en la línea de una jurisprudencia extremadamente prudente respecto al concepto de discriminación positiva permitida por el Derecho comunitario, prudencia que ya tuvo como consecuencia el excluir del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 algunas medidas concretas vigentes en Francia destinadas a permitir una más fácil conciliación de los deberes familiares con los derivados del desempeño de una profesión (30). A la vista de la jurisprudencia del Tribunal, cree que es de temer que el contenido real del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, que permite a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en cuanto al acceso al empleo, incluida la promoción, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo, quede reducido a nada.

(29) Punto 27 de las conclusiones: «... considero que puedo y debo resistir a la tentación de seguir la corriente puesto que estoy firmemente convencido de que sólo debería seguirla y proponer el Tribunal de Justicia hacer lo propio si estuviera de acuerdo con esa dirección.»

(30) Sentencia citada en la nota 8 *supra*.

Sobre la compatibilidad de las acciones positivas para paliar situaciones de discriminación con las disposiciones de la Directiva 76/207

La sentencia Kalanke ha sido la primera en la que el Tribunal de Justicia ha debido interpretar la Directiva 76/207 en relación con un régimen de cuotas establecido en favor de las mujeres y, en general, en relación con acciones positivas (31). Lo que estaba en juego en este asunto era el significado del principio de igualdad, la oposición entre la igualdad formal, entendida como igualdad de trato entre individuos que pertenecen a grupos diferentes y la igualdad substancial, entendida como igualdad entre grupos. Se trataba en definitiva de decidir si el derecho individual a no ser discriminado por razón de sexo, derecho que ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia como derecho fundamental (32), debe ceder ante los derechos de un grupo desfavorecido, en especial las mujeres, con el fin de compensar las discriminaciones padecidas por ese grupo en el pasado (33).

217

Me parece esencial para entender la sentencia —que en mi opinión, adolece de una motivación demasiado sucinta—,

(31) Se halla todavía pendiente ante el Tribunal de Justicia el asunto C-409/95, Marshall, en el que el Verwaltungsgericht Gelsenkirchen ha planteado una cuestión prejudicial para saber si los apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207 se oponen a una *normativa nacional que obliga a las administraciones públicas a promover prioritariamente a las mujeres en aquellos sectores de actividad en los que sean menos numerosas que los hombres*, en el supuesto de que los candidatos masculinos y femeninos tengan igual capacitación en lo que se refiere a la aptitud, competencia y prestaciones profesionales, a no ser que deba darse preferencia a un candidato masculino por concurrir en él motivos particulares. El abogado general Sr. Jacobs presentó sus conclusiones sobre este asunto el 15 de mayo de 1997 y, en ellas, recomienda al Tribunal que, confirmando su jurisprudencia Kalanke, dé al órgano jurisdiccional nacional una respuesta afirmativa.

(32) Sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne II (149/77, Rec. p. 1365), apartado 27 y de 28 de enero de 1992, Speybrouck (T-45/90, Rec. p. II-33), apartado 47.

(33) Conclusiones del abogado general Sr. Tesouro presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia Kalanke, citada en la nota 8 *supra*, punto 7.

seguir la exposición que, sobre el concepto de acción positiva, figura en las conclusiones. Según recoge el abogado general, las acciones positivas se proponían en su origen, eliminar los obstáculos de hecho a los que se enfrentan determinadas categorías o grupos de personas en materia de empleo. Se trata de uno de los instrumentos utilizados para conseguir la igualdad de oportunidades de grupos minoritarios u otros grupos desfavorecidos y que consiste, por regla general, en concederles un trato preferencial (34). Al tomar en consideración el grupo como tal, las acciones positivas significan el paso de una visión individual a una visión colectiva de la igualdad (35).

La acción positiva puede adoptar diversas formas:

1) Puede estar destinada a poner remedio, no a una discriminación en sentido jurídico sino a una situación de desventaja que caracteriza a la presencia femenina en el mercado de trabajo. El objetivo consistirá en eliminar las causas de que el trabajo femenino tenga, todavía hoy, menos oportunidades en cuanto al empleo y a la carrera profesional, mediante acciones que incidan en la orientación y la formación profesionales.

2) Puede tratarse de acciones destinadas a favorecer el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales así como un mejor reparto de estas responsabilidades

(34) La acción positiva tiene su origen en los Estados Unidos en la década de los 60. Una de las acciones positivas típicas consistió en la imposición por la Administración, a las empresas adjudicatarias de contratos públicos, de la obligación de poner en marcha programas de acción en favor de la población de color, so pena de perder esos contratos. Se pasó a continuación a acciones positivas en favor de otras etnias minoritarias y de otros grupos vulnerables. Así, en nombre del principio de igualdad, se concibieron y pusieron en práctica programas de trato preferencial en particular, en el ámbito del acceso a la enseñanza superior y al empleo.

(35) No todos están de acuerdo en utilizar el concepto de grupo. A este respecto, existe una tendencia a afirmar que el trato preferencial en favor de ciertos grupos puede acabar aumentando su sentimiento de inferioridad respecto a la mayoría y llevar aparejado la marginalización definitiva de los beneficiarios, dentro de compartimentos sociales rígidos. Se acusa también al trato preferencial en favor de grupos desfavorecidos de disminuir la eficacia del sistema, poniendo en peligro la afirmación social de los mejores.

entre ambos sexos. En este caso se da prioridad a las medidas relativas al horario de trabajo, al desarrollo de facilidades para la infancia, a la reinserción profesional de las mujeres que se hayan dedicado al cuidado de sus hijos, así como a las políticas de seguridad social y de compensaciones fiscales que tengan en cuenta las cargas familiares.

En ambos casos, la acción positiva, a pesar de comportar la adopción de medidas específicas en beneficio exclusivo de la mujer, destinadas en particular a favorecer su situación con respecto al mercado de trabajo, tiene por objeto conseguir una igualdad de oportunidades y, en definitiva, alcanzar la igualdad substancial. Sin embargo, los resultados no se traducirán, de forma inmediata en un aumento cuantitativo del trabajo femenino.

3) Puede tratarse de una acción positiva concebida como remedio a los efectos, que todavía perduran, de discriminaciones históricas. En este caso, la acción positiva reviste un carácter compensatorio y ello tiene como consecuencia la legitimación de tratos preferenciales en favor de categorías desfavorecidas en particular, mediante sistemas de cuotas o de *goals* (36). Este es el modelo que ha prevalecido o, por lo menos, es el que se considera como la panacea para eliminar las desigualdades de hecho que existen en la realidad social.

(36) Mediante los sistemas de cuotas y de *goals*, los Estados Unidos han intentado, desde la década de los 60, eliminar las desigualdades de hecho. Las cuotas consisten en reservar un determinado número de puestos a los grupos más desfavorecidos, con el fin de reequilibrar su representación. Por el contrario, con el sistema de *goals*, se conceden más puntos a los integrantes de un grupo determinado, pero no se cuestiona el derecho de cada candidato a presentarse a todos los puestos disponibles. La jurisprudencia del Tribunal Supremo americano se muestra particularmente hostil al sistema de cuotas rígidas y ha precisado las formas y condiciones del sistema de *goals*. Europa se hizo eco de las acciones positivas en el momento en que éstas entraban en crisis en el país que las había visto nacer. En efecto, actualmente, en los Estados Unidos se utiliza el criterio llamado de *strict scrutiny*, en virtud del cual, las normas que inciden sobre un derecho fundamental sólo pueden justificarse si responden a un interés público imperativo.

La imposición de cuotas es una medida muy controvertida, sobre todo en el plano constitucional: si bien es cierto que se trata de un instrumento capaz de aumentar cuantitativamente el empleo femenino, no es menos cierto que también es el que tiene mayor incidencia sobre el principio de igualdad entre individuos, principio protegido a nivel constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

De los cinco Estados miembros cuya legislación contempla la realización de acciones positivas consistentes en otorgar preferencia a la mujer en cuanto al acceso al empleo y a la promoción profesional a saber, Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos y Suecia, en ninguno de ellos está prevista la posibilidad de tales acciones en disposiciones de rango constitucional.

220

Concretamente en Alemania (37), todavía no está nada claro si las disposiciones de rango legal de los diferentes Estados federados, que obligan a los poderes públicos a otorgar un trato preferencial a las mujeres a igual capacitación que los hombres, son compatibles con la Ley Fundamental. Esta cuestión es objeto de debate tanto a nivel político como doctrinal y jurisprudencial, sin que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado todavía respecto al problema que se plantea relativo, por una parte, al apartado 2 del artículo 33 —que garantiza la igualdad de acceso a la función pública de acuerdo con criterios de mérito y capacidad— y, por otra, en relación con el principio de igualdad entre hombres y mujeres consagrado en los apartados 2 —que proclama que los hombres y las mujeres gozan de los mismos derechos—, y 3 —que prohíbe la discriminación por razón de sexo, ascendencia, raza, lengua, patria y origen, creencias religiosas y opiniones políticas—, del artículo 3 de la Ley Fundamental.

(37) Agradezco a mi compañera Sabine Hackspiel, administrador principal de formación jurídica alemana en la división de estudios del Tribunal de Justicia, la ayuda prestada para la preparación de este comentario.

Con efecto 15 de noviembre de 1994, el apartado 2 del artículo 3 fue completado con la siguiente frase: El Estado está llamado a promover la realización efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres y procura que las desventajas existentes sean abolidas. Ni que decir tiene que la fórmula aprobada fue el resultado de un compromiso al que se llegó después de un vivo debate.

Lo que sí está claro, en todo caso, es que las leyes de los distintos Estados federados deben igualmente respetar la ley marco de fuente federal sobre la función pública, cuyo artículo 7 dispone que:

“Los nombramientos deben tener lugar según la aptitud, capacidad y calificaciones personales, sin consideración de sexo, ascendencia, raza, creencias, fe religiosa o credo político, del origen ni de las influencias.”

En la actualidad, a partir de un estudio preparado en 1986 por el antiguo presidente del Tribunal Constitucional y antiguo ministro del interior, Sr. Benda, para el Gobierno del Estado de Hamburgo, la opinión predominante considera que la Ley Fundamental permite al legislador la introducción, en el régimen de la función pública, de reglas de preferencia en favor de las mujeres, a condición de respetar ciertas condiciones. Así, un régimen de cuotas fijas, que reservara una parte de los puestos a las mujeres, en presencia de candidatos masculinos mejor cualificados, resultaría incompatible con la norma constitucional.

Por el contrario, una vez que se ha comprobado que varios candidatos poseen la misma capacitación, este criterio ya no juega y la preferencia entre los candidatos se deja al poder discrecional de la administración. Ciertamente que este poder discrecional debe ejercerse respetando el principio de igualdad entre los sexos y que las normas que otorgan preferencia a las mujeres en caso de igual capacitación no respetan dicho principio. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, el alcance de la prohibición de trato distinto debe apreciarse a la luz del apartado 2 del artículo 3 el cual,

además del derecho fundamental individual al respeto de la igualdad, contiene una “decisión objetiva” del legislador constitucional en favor de la igualdad entre los sexos que permite otorgar un trato diferenciado para compensar las desventajas de hecho que existen en contra de las mujeres, a condición de que se lleve a cabo mediante disposiciones legales de vigencia limitada en el tiempo y que respeten el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, hay una parte de la doctrina y algunos órganos jurisdiccionales que estiman que la violación del principio de no discriminación que comportan esos regímenes no puede justificarse. Se le ha pedido al Tribunal Constitucional en varias ocasiones que se pronuncie, a título prejudicial, sobre la validez del régimen establecido por el Estado de Nordrhein-Westfalen (38): los tribunales administrativos competentes opinaban que la norma que obliga a los poderes públicos a preferir, en materia de promoción, a las mujeres cuya capacitación fuera igual a la de sus contrincantes masculinos, era contraria a la ley marco sobre la función pública y a la Ley Fundamental. La mayor parte de estos procedimientos terminó en un auto de archivo, al haber sido promovidos los candidatos masculinos autores de los recursos.

Queda por ver cuál va a ser la incidencia que tendrá la reciente modificación de la Ley Fundamental sobre esta polémica. En todo caso, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a esa disposición de la Directiva en la sentencia Kalanke, además de vincular al juez nacional respecto a la resolución del litigio concreto, produce efecto como precedente para el resto de los jueces que conozcan de litigios semejantes y deberá ser tenida en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de aplicar su legislación en materia de acciones positivas en favor de la mujer (39).

(38) Se trata de un reenvío admisible sólo en caso de que el juez esté convencido de que la ley que debe aplicar es inválida. No basta con que tenga dudas respecto a su compatibilidad con una norma de rango superior.

(39) Auto de 5 de marzo de 1986, Wunsche (69/85, Rec. p. 947), apartado 13.

Está claro que las acciones positivas como la descrita no pueden acogerse a la derogación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 que sólo permite a los Estados miembros la adopción de aquellas medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en el ámbito del empleo, pero seguimos sin saber exactamente en qué puedan consistir esas medidas.

Para averiguarlo, el abogado general considera necesario definir el concepto de "igualdad de oportunidades" y, en concreto, decidir si esta expresión se refiere a la igualdad en el punto de partida o a la igualdad en el punto de llegada. En su opinión, la igualdad de oportunidades sólo puede significar "poner en situación de obtener una igualdad en cuanto al resultado" es decir, restablecer las condiciones de igualdad entre los sexos en el punto de partida (40).

223

Ahora bien, la igualdad en el punto de partida no puede, por sí sola, garantizar resultados iguales, ya que éstos no dependen únicamente de los méritos y del esfuerzo individual de los distintos interesados, sino que pueden también ser influenciados por la estructura social que penaliza a la mujer, tanto por su doble papel como por razón de discriminaciones sufridas en el pasado que hacen que la presencia femenina sea todavía marginal en ciertos sectores, sobre todo, en puestos de responsabilidad.

Estas dificultades no pueden resolverse, en su opinión, mediante regímenes de cuotas ni sistemas similares. Lo que hace falta son, en primer lugar, medidas relativas a la organización del trabajo y, concretamente, al horario de trabajo,

(40) La disposición nacional objeto del debate no tiene como finalidad garantizar la igualdad en cuanto al punto de partida. En efecto, la circunstancia de que los dos candidatos de distinto sexo poseyeran méritos equivalentes implica, por definición, que estaban ambos en igualdad de condiciones en el punto de partida. Al conceder la prioridad a las mujeres, esa disposición se propone un reparto igual de los puestos de trabajo entre hombres y mujeres desde un punto de vista numérico.

a las facilidades para la infancia y otras medidas que permitan conciliar las obligaciones familiares y profesionales. Hasta ahora el Tribunal se había pronunciado directamente sobre esta cuestión únicamente en la sentencia de 25 de octubre de 1988 (41). En ella consideró que no estaban amparadas por la excepción del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, determinadas medidas especiales establecidas en favor de las mujeres en Francia tales como:

- la reducción del horario de trabajo en favor de mujeres mayores de 59 años,
- la jubilación anticipada,
- la obtención de permisos por enfermedad de los hijos,
- la concesión de días suplementarios de vacaciones anuales por hijo,
- la concesión de un día de permiso al comienzo del curso escolar,
- la concesión de horas de permiso el día de la madre,
- descansos diarios para las mujeres que trabajen con material mecanográfico o que estén empleadas como dactilógrafas o telefonistas,
- la concesión de bonificaciones para el cálculo de la jubilación a partir del segundo hijo, y
- el pago de primas a las madres de familia que soporten gastos de guardería o de custodia.

224

El abogado general opina que el Tribunal dio muestras, en esa sentencia, de una severidad excesiva, al interpretar que ninguna de esas medidas era compatible con el principio de igualdad de trato.

En segundo lugar, es indudable que las discriminaciones sufridas por las mujeres en el pasado están todavía produciendo efectos. La existencia de una condición social y cultural tradicionalmente distinta, con diferencias apreciables en cuanto al nivel de escolarización y de formación profesional

(41) Citada en la nota 8 *supra*.

continúa marginalizando a la mujer en el mercado de trabajo. Una tal situación de desigualdad de hecho debe ser eliminada. Para ello, sabemos que la Directiva permite que los Estados miembros intervengan mediante acciones positivas, pero únicamente para elevar el umbral de partida del grupo en desventaja, con el fin de asegurar una situación efectiva de igualdad de oportunidades. Estas acciones positivas deberán, pues, orientarse a eliminar los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades de las mujeres, interviniendo, por ejemplo, al nivel de la orientación escolar y de la formación profesional. Por el contrario, las acciones positivas no podrán ir dirigidas a garantizar a las mujeres una igualdad de resultados a nivel de la ocupación de los puestos de trabajo, es decir, en el punto de llegada, como compensación a las discriminaciones sufridas a lo largo del tiempo.

En conclusión, las acciones positivas no pueden ser consideradas y, aún menos utilizadas como un medio para restablecer, por medio de medidas discriminatorias, una situación de igualdad destruida en el pasado y las medidas fundadas sobre el sexo que no vayan destinadas a eliminar un obstáculo ni a suprimir una situación de desventaja son tan ilegales hoy, aunque se utilicen con fines de promover la igualdad como lo eran ayer, cuando cumplían una función discriminatoria.

EXAMEN DEL ARTÍCULO 128 DE LA LSRL: LA CONTRATACIÓN DEL SOCIO ÚNICO CON LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

*Profesora Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Jaén*

227

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL AUTOCONTRATO A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. 3. EXAMEN DEL ARTÍCULO 128 DE LA LSRL. 4. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, introduce la regulación de la sociedad unipersonal en nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento de la unipersonalidad, se verifica por la ineludible influencia del Derecho comunitario (1). La positivación de la sociedad unipersonal pretende evitar el recurso a personas ficticias, como medio usualmente empleado en la práctica, para cumplir con la exigencia legal de un sustrato pluripersonal. Desde una perspectiva histórica, el contrato de sociedad ha sido inseparable de la existencia de una pluralidad de sujetos. La configuración doctrinal de la persona jurídica ha dificultado la admisibilidad de la sociedad unipersonal. Los celos que despierta este tipo social han contribuido a retrasar su incorporación en la legislación societaria (2). El riesgo de abusos se intensifica en este tipo de

228

(1) El artículo 5 de la Duodécima Directiva señala que cuando la sociedad representada por el socio único y éste, actúan como partes de un mismo contrato, su celebración se hará constar en acta, o se consignará por escrito. Se exceptúan las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales. Según esta Directiva comunitaria, si estos negocios constan por escrito se logra mayor transparencia y habrá más garantía para terceros.

La concreción jurídica de esta norma ha conducido a una uniformidad legislativa en el Derecho europeo. Así, en el Derecho alemán para evitar los problemas de autocontratación, se exige que se autorice o prevea en el negocio fundacional, la posibilidad de contratos consigo mismo.

En el parágrafo 35 GmbH se dispone la aplicación del par. 181 del BGB, debiendo constar por escrito este tipo de negocios. En Italia, el artículo 6 de Decreto legislativo de 3 de marzo de 1993, alude a la transcripción en libro de los contratos o relaciones económicas entre el socio único y la sociedad, con independencia de que nazcan de una relación contractual o de un negocio unilateral. En Francia, se exige la constancia escrita de estos negocios y la aprobación posterior de la Junta. La falta de aprobación limita la eficacia de los mismos al gerente. También esta contratación socio único-sociedad requiere un informe del comisario de cuentas o del propio socio.

El derecho belga obliga a la rendición de cuentas como mecanismo de protección del patrimonio social y de los acreedores. En Reino Unido y Luxemburgo, se impone la transcripción escrita de estos negocios autocontractuales.

(2) En este sentido, *vid.*, BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*, Madrid, 1990, pág. 90, quien manifiesta que el único accionista que utiliza la empresa en su beneficio no debe

sociedades, por la posibilidad que ostenta el socio, de disponer simultáneamente de su propio patrimonio y del patrimonio perteneciente a la sociedad (3). La tenue barrera que separa las esferas de la sociedad y de su único miembro social, conducen al establecimiento de ciertas cautelas jurídicas (4).

considerársele empresario oculto, sino aplicársele el principio de abuso de la personalidad jurídica. El empresario es la sociedad y aunque el socio único abuse de su posición, y consiga que su voluntad sea la de la sociedad, la sociedad es la que ejerce el comercio y los negocios son de ésta. En la misma línea SERICK, R. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, trad. de Puig Brutau, Barcelona, 1959, pág. 125, al afirmar que el hecho de que sea más frecuente que los tribunales se refieran al socio único, que se halla detrás de la persona jurídica, tratándose de sociedades de un socio único, se explica porque el socio único tiene más posibilidades que una mayoría de accionistas, de hacer un mal uso de la persona jurídica para fines contrarios a la razón de ser de la sociedad.

(3) Al respecto *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "La duodécima directiva del Consejo (89/67/CEE), de 21 de diciembre de 1989, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Estudios homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, pág. 248, quien afirma que la separación del patrimonio de la empresa y del patrimonio empresarial, va a crear una barrera que "contribuirá a potenciar la resistencia a la tentación de confundir la caja de la empresa y el bolso personal del empresario"; SANTAOLALLA LÓPEZ, M.^a Cristina, "La sociedad unipersonal", *RJN* octubre-diciembre 1995, págs. 173 y 185, ha sostenido que la situación de unipersonalidad llevaría al reconocimiento extralegal de patrimonios separados, y la consiguiente limitación de responsabilidad, en contra del principio del artículo 1.911 C.c. "¿puede admitirse que un socio único mantenga dos patrimonios separados y por tanto limite su responsabilidad en contradicción con el artículo 1.911 C.c.?" También *vid.* HERRERO MORO, G.-FERNÁNDEZ DEL POZO, L.-GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J., "El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas, soluciones", *RCDI*, 1990, pág. 17, al mencionar la separación de dos masas patrimoniales: el patrimonio personal y el patrimonio de afectación; BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario individual de responsabilidad limitada", en *Estudios de Derecho mercantil* en homenaje a Manuel Broseta Pont, Valencia, 1995, tomo I, págs. 283 y sigs., reconoce que hay quienes admiten la tesis de la persona jurídica y no el patrimonio separado o de afectación, por el principio de inescindibilidad del patrimonio del deudor. Cita a Ischer quien afirma la inescindibilidad del patrimonio de la persona física y la contradicción de que una misma persona titre dos patrimonios al mismo tiempo.

(4) En esta línea, *vid.*, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "La duodécima directiva...", cit., pág. 264, al señalar que lo que ha de discutirse es si la ley puede habilitar a los particulares para crear un patrimonio separado del general; ALONSO UREBA, Alberto, "La 12.^a Directiva Comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española,

El examen de las mismas y su efectividad se realiza a continuación, profundizando en el artículo 128 de la LSRL, destinado en la reciente normativa a regular estas cuestiones.

2. Dificultades en la aplicación de la doctrina del autocontrato a la sociedad unipersonal

La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de referencias legales sobre el autocontrato, han tratado de delimitarlo conceptualmente. Al margen de disensiones sobre su naturaleza jurídica, se considera como un acto jurídico unilateral que permite a un sujeto la disponibilidad simultánea de varios patrimonios, creando relaciones jurídicas entre ellos. La unilateralidad del acto contrasta en los casos de autocontratación, con los efectos contractuales que produce, al incidir sobre varias esferas patrimoniales. La admisibilidad del autocontrato ha sido enlazada tradicionalmente, a la ausencia de conflicto de intereses o bien a la autorización o ratificación del mismo. Sin embargo, estos mecanismos convalidadores de la autocontratación se muestran inoperantes

230

con particular consideración de la DGRN de 21 de julio de 1990", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Estudios en Homenaje a José Girón Tena, Madrid, 1991, pág. 115, la existencia de personalidad jurídica explica la separación patrimonial entre la sociedad y los socios, basándose en la protección del tráfico"; IGLESIAS PRADA, J. L., "La sociedad unipersonal y el proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada", en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, pág. 930, mantiene que "por lo demás, tampoco parece que las reservas que pudiera suscitar la eventual formación de cadenas de sociedades, difícilmente identificables y escasamente transparentes, tanto mediante la interposición de socios únicos-personas jurídicas, como a través de una pluralidad de sociedades unipersonales constituidas por la misma persona física, justifiquen suficientemente una política más restrictiva en la configuración de las condiciones de acceso a la unipersonalidad originaria." Por su parte, la RDGRN de 21 de junio de 1990 mantuvo que la sociedad unipersonal permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales, facilitando su transmisión, y ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades.

en la sociedad unipersonal (5). La falta de ajenidad que subyace en este tipo de entes sociales, hace quebrar la efectividad de los criterios clásicos de validez del autocontrato. Por una parte, respecto del conflicto de intereses, se difumina cualquier posible contraposición entre el interés de la sociedad y el del socio único, en el supuesto de autocontratación (6). La primacía de las teorías contractualistas, que identifican el interés social con el común de los socios, impedirían en la sociedad unipersonal una bifurcación de ambos intereses. La coincidencia del interés del socio único con el interés social eliminarían, en principio, toda posibili-

(5) *Vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., *La concentración de acciones...*, cit., pág. 91, quien sostenía antes de la actual LSRL que si se autorizaba el autocontrato y no lesionaba o perjudicaba el interés del representado, se eliminaba el conflicto. En esta misma línea, la RDGRN de 11 de abril de 1945 mantuvo ante un supuesto de recurso gubernativo por no inscripción de escritura de adquisición de todas las acciones, que la reforma de escritura social no implicaba autocontratación, al no apreciarse conflicto de intereses. Consideramos que la traslación de este presupuesto a la sociedad unipersonal, conduciría a la plena validez de todos los autocontratos.

(6) En este sentido, *vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., *La concentración de acciones...*, cit., pág. 91, al manifestar que en la concentración de acciones, existe un conflicto de intereses, pues el socio domina la sociedad y en ocasiones es el representante de la misma. Por ello, puede suceder que contrate en nombre de la sociedad aunque en su propio interés o beneficio, aunque esto puede ocurrir también en las sociedades pluripersonales. Mantiene que los intereses del socio y los de la sociedad son diferentes y por tanto, cabe la celebración de contratos entre el socio único y la sociedad; SANTAOLALLA, M.^a Cristina, "La sociedad unipersonal", cit., pág. 200 "¿Puede la Junta concederle a un socio único todos estos anticipos, préstamos, etc., vulnerando así el artículo 52 que le impide votar en estos casos? La respuesta entiendo que debe ser afirmativa en los casos en que existen suficientes garantías de transparencia por el artículo 128"; SERICK, R. *Apariencia y...*, cit., págs. 237 y 238, cita el supuesto de demanda desestimada en que el socio único y administrador había prestado a la sociedad dinero de su patrimonio particular, contabilizándose en los libros de la sociedad como préstamo mutuo. La sociedad cayó en concurso. El socio único demandó al administrador para que se reconociera la existencia del crédito. El demandado invocó el parágrafo 181, para que se reconociera la ineficacia del negocio jurídico de préstamo. El Tribunal desestimó la demanda porque el socio único no podía contratar consigo mismo como gerente de la sociedad. SERICK afirma que en el caso de mediar una identidad económica de las partes interesadas en el contrato, el parágrafo 181 no sería aplicable por faltar la contraposición de intereses. Cita a SCHREIBER quien considera la sentencia insostenible porque falta la contraposición de intereses que presupone el parágrafo 181, por lo que no cabe oponer reparos al negocio de préstamo.

dad de conflicto, obligando a admitir jurídicamente cualquier autocontrato que se celebre en el seno de la sociedad unipersonal (7). Sin embargo, en este tipo de sociedades, se exterioriza a nuestro entender, una de las fisuras de la teoría contractualista. Si el interés de la sociedad unipersonal se conforma por la voluntad del socio único, en ocasiones este último puede tratar de anteponer su propio interés al de la sociedad a la que pertenece. El autocontrato resulta un instrumento eficaz para hacer prevalecer el interés del socio, aun a costa del sacrificio del patrimonio social. En estos casos, siguiendo las tesis mayoritarias sobre el concepto de "interés social", se estaría ante un acto lesivo del patrimonio social que, sin embargo, debería entenderse conforme con el interés de la sociedad unipersonal. Así pues, se estaría ante un concepto de interés social incompatible con la idea de lucro o ganancia. Ello, obliga a plantear la admisibilidad de un interés social, susceptible de producir un perjuicio al ente unipersonal a través de la autocontratación. La ausencia de conflicto de intereses obligaría, según la construcción dogmática del autocontrato, a reconocer la eficacia jurídica de actos que resultan perniciosos para la sociedad. Las graves consecuencias que se pueden derivar, permiten cuestionar la inexistencia de conflicto de intereses como presupuesto clásico de validez del autocontrato, al menos del modo en que ha sido tradicionalmente configurado y sobre el que incidiremos posteriormente.

Por otra parte, la autorización o ratificación del representado o titular del patrimonio afectado, carecen de la efectividad que pueden tener en caso de sociedades pluri-

(7) Así, *vid.* MASNATTA, H., *La autocontratación*, Buenos Aires, 1965, pág. 74, respecto del fallo anteriormente referido por SERICK, en el que el socio único resta una suma de su patrimonio particular a la sociedad de responsabilidad limitada. La autocontratación no encuentra aquí objeción psicológica ni ética alguna. "Sin embargo, la aplicación formalista de una jurisprudencia conceptual lleva a un resultado injusto, opuesto al que se lograría mediante una aplicación de la ley fundada en la valoración de intereses que merecen protección jurídica".

personales. Ningún obstáculo u oposición encontraría el socio único para conseguir la licencia de la sociedad a los contratos que celebre con ésta. La voluntad de la sociedad expresada a través de sus órganos sociales, que, con toda probabilidad, controlará el socio único, convierte el asentimiento de la sociedad en un trámite estéril y reiterativo de la voluntad del autocontratante. La autorización o ratificación del *dominus*, no estaría garantizando una tutela efectiva de la sociedad unipersonal. La licencia anterior o posterior al acto de autocontratación, quedaría reducida a una mera pantomima jurídica, conducente a la validez de todo tipo de actos abusivos y perjudiciales a la sociedad.

El artículo 128 de la LSRL, que seguidamente analizamos, ha pretendido dar una respuesta jurídica al autocontrato en la sociedad unipersonal, aunque introduciendo una regulación no demasiado acertada.

233

3. Examen del artículo 128 de la LSRL

EL artículo 128 de la LSRL, se erige en la única referencia legal directa sobre el autocontrato (8). Los artículos 52 de la LSRL y el 63 de la LGC, de un modo más amplio, regulan el conflicto de intereses, aunque enumerando auténticos supuestos de autocontratación. El artículo 5 de la Duodécima Directiva establece que los contratos celebrados entre la sociedad y su socio único constarán en acta o se consignarán por escrito, salvo que se trate de opera-

(8) En este sentido, *vid.* GARCÍA COLLANTES, José Manuel, "Comentario de los artículos 125 a 129", en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Consejo General del Notariado, T. I, Madrid, 1995, pág. 549, quien afirma que es acertado el cambio de epígrafe relativo a la autocontratación porque el posible perjudicado "no es como en la autocontratación, llamémosle normal, el contratante representado, aunque más acertado y realista hubiera sido hablar de traspasos entre patrimonios del socio y la sociedad"; BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario individual...", *cit.*, pág. 287, citando a VICENTE Y GELLA, reconoce que plantea problemas de autocontratación, el interrogante sobre posibles contratos entre socio y sociedad.

ciones corrientes celebradas en condiciones normales. Por su parte, el párrafo primero del artículo 128 de la actual LSRL, influido por la normativa comunitaria, exige la constancia escrita o documental, la transcripción en un libro-registro legalizado, así como la referencia en la memoria anual, de los contratos entre el socio y la sociedad unipersonal (9). Con esta disposición se introducen unos requisitos publicitarios (10), con la finalidad de aportar una mayor transparencia a los autocontratos celebrados en el seno de la sociedad unipersonal (11). Con la exteriorización formal de los contratos entre el socio y la sociedad unipersonal, se pretende hacer cognoscibles las relaciones jurídicas entre el

(9) En esta línea, *vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario a ...", cit., pág. 550, quien admite la publicidad como medida preventiva que permite controlar los abusos. Ella permite desde el primer momento y con claridad, dejar constancia de la existencia del contrato para juzgar *a posteriori* la extensión y naturaleza del posible perjuicio si llega a existir.

(10) Sobre esta cuestión, *vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario de los artículos...", pág. 548, quien afirma que siempre deberán cumplirse las formalidades previstas con carácter general en el artículo 127 de la LSRL, exigiendo la consignación en acta de la declaración unilateral de voluntad del socio único; ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, Madrid, 1996, págs. 1031 y sigs., establece que todos los contratos deberán constar por escrito y, los contratos formales a que se refiere el 1.280 C.c. deberán constar en documento público, especialmente los relativos a derechos reales sobre inmuebles; también los poderes concedidos por la sociedad al socio o viceversa cuando se trate de poder para administrar los bienes. La transcripción en el libro-registro implica copia total de los contratos en el libro, lo que no supone gran dificultad si se tiene en cuenta la precaución de legalizar un libro de hojas móviles. "... pero quizás es exigencia excesiva para los contratos, que estén formalizados en escritura pública, en los que hubiera bastado la reseña de la escritura y el archivo de la copia". Los efectos plenos de estos contratos no se producirán hasta su inclusión en la memoria anual que se depositará en el RM, después de transcurrido el plazo en que hubiera tenido que legalizarse el libro. Reconoce que la inclusión en la memoria "... no se trata de una transcripción total, pero tampoco de una mera reseña".

(11) Al respecto, *vid.*, SANTAOLALLA, M.^a Cristina, "La sociedad...", cit., pág. 205, para quien el régimen de publicidad está destinado a velar por la preservación de la garantía que representa el capital social. "Esta cifra de capital social puede verse amenazada mediante la detracción de fondos subrepticamente, p. ej. vía la concesión al socio de créditos y garantías favorables al socio y perjudiciales para la sociedad, contratos con el socio en que la sociedad paga precios superiores a los del mercado, etc..."

patrimonio social y el particular del socio (12). Éste, consideramos, no es un hecho intrascendente. En efecto, la publicidad formal exigida para la autocontratación en la LSRL confirma que el interés en estos contratos exceden del círculo de intervinientes en los mismos (13). Implícitamente, se reconoce por la ley, que la autocontratación tiene una repercusión en los terceros o acreedores. Ello contribuye a distorsionar la clásica visión del conflicto de intereses en el autocontrato como un conflicto entre representante y representado. Desde la perspectiva legal, se induce la necesidad de tutelar los intereses de quienes pueden verse afectados por los trasvases patrimoniales que conlleva la autocontratación. Las relaciones jurídicas entre el patrimonio social y el personal del socio trasciende a los acreedores, bien sean de la sociedad o del propio socio. La regulación del autocontrato en la sociedad unipersonal obliga a un replanteamiento de las bases dogmáticas sobre las que la doctrina ha venido configurándolo.

235

Ahora bien, la actual normativa presenta claras deficiencias que se ponen de manifiesto al interpretar literalmente el artículo 128 de la LSRL. En este sentido, la referencia a los contratos socio-sociedad, adolece de una visión estrecha del fenómeno de la autocontratación (14).

(12) En relación con este tema, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La sociedad limitada*, cit., pág. 1031, para evitar fingir los contratos entre la sociedad y el socio único, se sujetan estos contratos a determinadas exigencias formales y de publicidad (forma legal, libro-registro, inclusión en la memoria).

(13) Al respecto, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La sociedad limitada*, cit., pág. 1031, quien señala que los contratos entre la sociedad y el socio único, fáciles de hacer, son también fáciles de fingir cuando les sea conveniente, en perjuicio de la sociedad, de socios posteriores y de terceros.

(14) *Vid.*, GARCÍA COLLANTES, José Manuel, "Comentario de los...", cit., pág. 549, quien reconoce que ha triunfado una fórmula mucho más amplia que la del Anteproyecto, y por tanto el artículo 128 puede aplicarse a los casos en que el contrato se celebra entre el socio único y su sociedad, como a los supuestos en que la sociedad actúa representada por el socio único. Afirma que la casuística en esta cuestión es variada: las ventas a plazos hechas por el socio a la sociedad con reserva de garantía real, la utilización por parte de la sociedad de sus sedes o de sus medios de producción en régimen de arrendamiento, siendo la propiedad del socio.

El empleo de este término por el legislador presupone el desconocimiento de aquellos actos o negocios jurídicos unilaterales, mediante los que se puede autocontratar. De hecho, como hemos expuesto con anterioridad, la doctrina concibe el autocontrato como un acto jurídico unilateral, aunque con eficacia contractual, al poner en relación distintos patrimonios. Se llega incluso a considerar por algunos autores como más exacta la expresión autoacto. Sin embargo, la terminología legal parece desconocer la suficiencia de un simple acto jurídico, para producir el resultado de la autocontratación (15).

Por otra parte, el párrafo primero del artículo 128, únicamente se refiere a las relaciones contractuales entre el socio y la sociedad. Se circunscribe la aplicabilidad de este precepto a los autocontratos celebrados por los sujetos cuyos patrimonios se afectan (16). Pero el legislador no ha te-

(15) También la doctrina desconoce la posibilidad del autoacto. Así, *vid.*, SERICK, R., *Apariencia y...*, cit., págs. 73 y 74, quien considera como una posibilidad de perjudicar de manera ilícita a los terceros, con ayuda de la forma de la persona jurídica, la figura del préstamo mutuo a favor de la sociedad cuando ésta es de un solo socio: se comienza con la fundación de una persona jurídica cuyo capital es demasiado pequeño para los negocios planeados. El prestamista es en realidad titular y dominador de la empresa, entra el capital que la sociedad necesita a título de préstamo, con lo que se atribuye el papel de acreedor y tiene derecho a hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores. Así, el préstamo mutuo en perjuicio de los verdaderos acreedores puede quedar calificado como la encubierta inversión de un socio sin que permita exigir la devolución. La sentencia del Tribunal del Reich de 16 de octubre de 1937 resuelve un supuesto de infracapitalización. Mantiene que el socio único no puede hacer valer ningún crédito en el concurso en perjuicio de los acreedores, cuando creó la sociedad con un capital bajo con intención de atender a más capital con préstamos propios o ajenos; también *vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario a los ...", cit., pág. 549, cita una relación contractual: el préstamo concedido por el socio a la sociedad o la sociedad con dos deudas en las que una de ellas teniendo un interés superior está afianzada por el socio único, como supuestos que deshacen la inicial posición de igualdad que todo acreedor debe ostentar, en beneficio del propio socio.

(16) En el mismo sentido, *vid.*, ÁVILA, P., *La sociedad limitada*, cit., págs. 523 y 524, quien afirma que si se trata de sociedad unipersonal, el contrato con el administrador puede ser otorgado por el socio único, y si el socio único es administrador podrá contratar consigo mismo sin más salvedades, porque no se da el peligro de

nido presente que, en numerosas ocasiones, el autocontrato se celebra no por quien va a ser favorecido por el mismo, sino por testaferros o personas interpuestas, que tratan de simular su realización. Por lo tanto, sería suficiente para escapar a las exigencias de publicidad previstas en la norma y eludir su contenido, que el contrato no se celebrase formalmente entre el socio y la sociedad.

A diferencia de otras legislaciones, el artículo 128 de la LSRL no exceptona de publicidad las operaciones corrientes realizadas en condiciones normales entre el socio y la sociedad. Resulta acertada esta decisión legislativa especialmente para evitar dejar al arbitrio del socio la interpretación de lo que sean "operaciones corrientes", suprimiendo la peligrosidad que encierra este concepto jurídico indeterminado.

No obstante, este precepto plantea interrogantes relacionados con su efectividad y la legitimidad de los contratos entre el socio y la sociedad unipersonal.

Respecto de la primera cuestión, la subordinación del autocontrato a requisitos meramente formales obliga a plantear las dificultades que se derivan (17). Si como hemos aludido anteriormente, la publicidad formal del autocontrato tiene como objetivo la protección de terceros, hay que profundizar sobre su eficacia desde este punto de vista. En este sentido, estimamos inconciliable la tutela de los terceros con la publicidad prescrita en el artículo 128.1 de la LSRL (18). El carácter privado y secreto de la documentación en la que se reflejan los autocontratos, impide en la práctica el acceso

lesión a que se refería la DGRN. "El socio asume el papel de todos los órganos sociales simultáneamente". Por tanto, se desconoce la posibilidad de autocontratación indirecta.

(17) *Vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad ...*, cit., pág. 1033, quien afirma que "este libro de contratos es tal vez el que más suspicacias ha despertado entre las sociedades unipersonales, por la transparencia que da a estos contratos con el socio único y no sólo en el ámbito civil sino también fiscal".

(18) Al respecto, *vid.*, BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario...", cit., pág. 285, quien establece que la publicidad puede ser ineficaz ante la ignorancia del contenido del RM por tercero en muchas ocasiones.

de los acreedores al libro-registro y a la memoria anual (19). Únicamente se podría obligar a la sociedad a hacer pública la documentación sobre los autocontratos celebrados, a través de procedimientos judiciales (20). Desde luego, la tutela concedida a los terceros no se puede calificar de preventiva, sino circunscrita a proporcionar un medio de prueba en situaciones litigiosas.

Por lo que se refiere a la eficacia del artículo 128 de la LSRL, hay que analizarla desde el punto de vista de las consecuencias, tanto en el caso de cumplimiento como de inobservancia del mismo.

El cumplimiento del párrafo primero de dicho precepto lleva en última instancia a consolidar la validez del autocontrato, y a dificultar la oposición de los terceros (21). En efecto, la legitimidad que la ley concede a los autocontratos documentados obstaculiza el ejercicio de acciones por los acreedores o terceros. La licitud de los autocontratos *secundum legem*, relega la posibilidad de reacción por quienes vean lesionados sus intereses, en virtud de abusos cometidos

(19) En relación a esta cuestión, *vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, pág. 145, quien sostiene que la exigencia de publicidad en la memoria anual de esos contratos, puede dar lugar a que no se celebren, o a que no se recurra a la sociedad unipersonal, puesto que no estarán dispuestas a que sus competidores puedan tener conocimiento de estos actos mediante el estudio de sus cuentas anuales. Incluso puede conducir a que se opte por abandonar la unipersonalidad, buscando un socio minoritario o testaferro para evitar dicha publicidad. Con ello, se produciría un efecto inverso al pretendido con la regulación, que era evitar la simulación; ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1034, señala que el artículo 128 LSRL remite a los artículos 1.218 y 1.227 C.c.

(20) *Vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1035, quien afirma que es preciso atajar el fraude que supondría la celebración de un contrato entre el socio y la sociedad, que se guardase en la clandestinidad, para manifestarlos y exigir su eficacia, si interesa más tarde al socio, o para mantenerlos definitivamente ocultos en caso contrario; estos contratos clandestinos, aunque estén formalizados en documento público o aunque se haya logrado fecha fehaciente del documento privado, pueden causar un grave perjuicio a la sociedad y a los posteriores socios.

(21) *Vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1035, quien sostiene que los contratos celebrados entre la sociedad y el socio, a precios de mercado, obtienen su reconocimiento mediante los requisitos de publicidad.

en la sociedad unipersonal (22). El recurso a instrumentos tales como la buena fe, el abuso del derecho, la acción pauliana o subrogatoria, la acción de simulación o incluso la rescisoria, no siempre garantizaría a los acreedores una tutela satisfactoria, si el autocontrato aparece reflejado en la forma prevista por la ley (23). Por su parte, si bien la observancia del precepto disminuye la tutela de los terceros, el incumplimiento del mismo no encuentra una específica sanción en la LSRL. Habría que acudir a las normas generales sobre ineficacia de los contratos previstas en el Código civil. Únicamente el párrafo segundo del artículo 128 de la LSRL prevé una consecuencia concreta en el caso de falta de transcripción de los contratos entre el socio y la sociedad en el libro-registro, ausencia de referencia en la memoria anual, o no depósito de la misma, pero circunscrita a los casos de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad.

239

(22) A propósito, *vid.*, BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario individual de responsabilidad limitada", *cit.*, pág. 28, quien mantiene que como los acreedores por deudas del tráfico sólo pueden dirigirse contra el patrimonio afecto, debe procurarse por diversos medios la integridad: "mediante ... la prohibición de disponer de fondos empresariales afectos para atenciones personales o familiares, incluso tipificando conductas de apropiación indebida, ... la prohibición de insinuar en la masa de la quiebra, créditos del empresario o de su familia o de sociedades dominadas por aquél".

(23) La doctrina cita soluciones jurídicas alternativas. *Vid.*, al respecto BOLDÓ RODA, Carmen, "El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles", Madrid, 1993, pág. 18, quien reconoce que la técnica del levantamiento del velo tendría carácter supletorio y subsidiario; por su parte PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, "Sobre infracapitalización de sociedades", *ADC*, 1983, pág. 1595, afirma que dado que la unipersonalidad puede acentuar el peligro de infracapitalización, se justificaría por esta causa un régimen de publicidad frente a terceros; ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, *cit.*, pág. 1035, señala que si el socio utiliza estos contratos en beneficio propio para atribuirse ventajas especiales (arrendamiento de un bien social a bajo precio, préstamo sin interés de la sociedad al socio, compra de bienes sociales en precio vil), la sociedad una vez cesada la unipersonalidad o antes en situaciones concursales, podrá reclamar del socio los valores reales de estos contratos. Siempre que lo haga en el plazo de dos años desde la celebración. El plazo según este autor, es lo criticable del precepto porque algunos de aquellos contratos pueden ser a largo plazo o de tracto sucesivo, como el préstamo o el arrendamiento y la sociedad se verá obligada a pasar por ellos cuando ya sus participaciones no pertenecen al socio contratante.

En efecto, el artículo 128.2 establece la inoponibilidad a la masa de los autocontratos en la sociedad unipersonal, pero en los casos de insolvencia provisional o definitiva del socio o de la sociedad. Este párrafo confirma, a nuestro entender, la transcendencia de la autocontratación respecto a terceros (24). Se deduce del mismo, la repercusión que los contratos socio-sociedad pueden tener frente a los acreedores sociales y personales del socio. La inoponibilidad de estos contratos frente a terceros en determinadas circunstancias, corrobora implícitamente la existencia de un conflicto de intereses. En realidad, este conflicto no se circunscribe a las relaciones intrasocietarias, sino que se amplía a los terceros (25). Con esta previsión legal, se está reconociendo que la autocontratación no es indiferente a los acreedores o terceros. La inoponibilidad sólo adquiere sentido en el Derecho, cuando un acto o negocio jurídico origina un conflicto que enfrenta los intereses en juego. El efecto de la inoponibilidad es permitir que los acreedores puedan considerar irrelevantes en su esfera jurídica determinadas actuaciones (26). La Ley, en este caso, la LSRL, concede al ter-

(24) *Vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario...", cit., págs. 549 y 550, quien afirma que el posible perjudicado no es como en la autocontratación normal el contratante representado. Los posibles perjudicados son los terceros. *A priori*, se desconocerá si el contrato en cuestión celebrado entre el socio y la sociedad va a producir efectos negativos, pues los posibles perjudicados son terceros, ajenos en principio a esa relación, a diferencia de lo que sucede en la autocontratación normal, en la que ya desde el mismo momento de la conclusión del contrato, existen todos los elementos que permiten afirmar si ha habido o no perjuicio para el representado.

(25) En esta línea, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 524, al destacar que "el peligro que sí existe en los contratos entre la sociedad y su socio, es el de transferencias patrimoniales entre ambos, hechas o fingidas tardíamente en perjuicio de tercero; por eso el artículo 128 de la LSL sujeta estos contratos a especiales requisitos de forma, publicidad y fehaciencia"; BARRERA GRAF, Jorge, "La sociedad de un solo socio en el Derecho mexicano", *RDM*, núm. 152, abril-junio, 1979, págs. 254 y sigs., afirma la ilicitud de los pactos de limitación de responsabilidad cuando afecten a derechos de terceros, reconociendo la responsabilidad ilimitada del socio único por actos ilícitos que la misma sociedad cometa.

(26) Así, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La sociedad limitada*, cit., págs. 1033 y 1034, para quien los acreedores podrán desconocer esos contratos como si no se hubiesen celebrado en base al artículo 128 de la LSRL. Pero la inoponibilidad no

cero la facultad de considerar inexistentes los contratos entre el socio y la sociedad unipersonal. Se erige la inoponibilidad en una medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales para los acreedores (27). Ahora bien, el artículo 128.2 de la LSRL considera que la inoponibilidad debe estar sujeta a dos circunstancias: la falta de cumplimiento de los requisitos publicitarios y simultáneamente, un estado de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad (28). La exigencia de ambos requisitos para poner en marcha jurídicamente la tutela de los acreedores, sin duda constriñe la efectiva defensa de los intereses de éstos. Por una parte, limita la posibilidad de que los acreedores se opongan individualmente a los autocontratos que se celebren en la sociedad unipersonal. La referencia explícita a la “masa”, dificulta el ejercicio de acciones individuales por los acreedores, y les obliga a un procedimiento judicial colectivo. Sin embargo, este tratamiento unificado de los acreedores en la LSRL, resulta desacertado por varios motivos. De una parte, la inoponibilidad se enmarca en un

241

implica inexistencia frente a la masa; los acreedores podrán aceptar estos contratos en cuanto los conozcan y les sean favorables.

(27) En esta línea, *vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1035, quien mantiene que cuando se causa perjuicio a la sociedad y a los posteriores socios, parece de justicia no reconocer esos contratos o más exactamente considerarlos no oponibles a la sociedad, de manera que ésta si puede aceptarlos cuando los conozca; según los casos son varios los caminos que pueden conducir a ello: la rescisión en fraude de acreedores o bien la responsabilidad del socio único por culpa o negligencia del artículo 1.902 C.c. “Y el juez al entender del asunto, deberá calificar la falta de constancia en el libro-registro, según el artículo 31 C.co. (conforme a las reglas generales de Derecho). Añade que cuando la reclamación se pretenda por acreedores futuros de la sociedad siempre les cabe olvidar el artículo 128 LSRL y acudir a la acción de impugnación de contratos celebrados en fraude de acreedores (1.297 C.c. y 37 LH con un plazo de cuatro años).

(28) *Vid.*, ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, *La insolvencia*, Valencia, 1994, pág. 52, quien reconoce que insolvente es el que frustra la posible satisfacción del interés patrimonial del acreedor inherente al crédito, esto es, su efectividad; pág. 65, la tutela ante la lesión del crédito, determinada por la insolvencia del deudor, no tiene como objeto específico la satisfacción del acreedor respecto de la prestación debida, sino la satisfacción de su interés respecto a la conservación de la efectividad o valor de su derecho de crédito.

estado de insolvencia provisional o definitiva del socio o de la sociedad por lo que se está relegando la protección de los acreedores a una situación concursal (29). Es paradójico que para que un contrato perjudicial a éstos no les sea oponible, la Ley les obligue a esperar a un estado de insolvencia. Desde luego, como medida preventiva de tutela resulta insatisfactoria, pero su efectividad también puede cuestionarse. En este sentido, se puede afirmar en principio, que el ejercicio de la facultad de inoponibilidad no requiere la impugnación de la validez y eficacia de un acto jurídico. Se pretende a través de ella salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertos sujetos, en este caso, de los acreedores.

(29) *Vid.*, VICENT CHULIÀ, F., "Comentarios a la Ley General de Cooperativas", RDP, tomo XX, vol. I, pág. 200, al reconocer que la insolvencia tiene una acepción común como ausencia de bienes embargables, previa excusión del patrimonio social, que es la contemplada en el C.c. y puede producirse en sede de disolución y liquidación de la Cooperativa. También se puede entender como insolvencia concursal, en caso de quiebra y suspensión de pagos; SERICK, R., *Apariencia y ...*, cit., pág. 110, afirma que para poder extender la responsabilidad al patrimonio de la persona jurídica, no basta el hecho de que se oculte detrás de la misma la misma persona física que le ha transmitido el valor patrimonial. Pero, si el caso consiste en que una persona jurídica como la sociedad de un solo hombre que debe algo a un tercero, ha enajenado valores patrimoniales con intención fraudulenta y deja que la contraprestación se pague a sus socios en caso de insolvencia de la persona jurídica, el acreedor ha quedado perjudicado. El deudor no recibe la contrapartida del valor patrimonial transmitido; ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1034, la inoponibilidad actúa sin excepciones cualquiera que sea la fecha del contrato, de manera que el otorgado al principio de año puede no ser oponible a la masa de acreedores hasta que se deposite la memoria, lo que sucederán normalmente en julio del año siguiente. Es una larga espera, que deberá tenerse en cuenta para abstenerse de contratar en tiempos de crisis de la sociedad o del socio cuando se tema la suspensión o la quiebra antes de ese plazo; tal vez este era el efecto perseguido por la ley. Sin embargo, la aplicación literal de la ley no puede ser tan rigurosa que no reconozca los mismos efectos a la inclusión de los contratos en el informe de gestión de ese mismo año, como uno de los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio.

En nuestra opinión, hay un lapso de tiempo en el que se ignoran los efectos de estos contratos por la propia ley. Este autor limita la insolvencia a una situación concursal. No obstante, desde nuestro punto de vista y a pesar de que ésta parece ser la posición legal, al hablar de inoponibilidad a la masa, no resulta exacta. Así, *vid.*, ORDUÑA MORENO, F., *La insolvencia*, cit., pág. 51, quien admite que la insolvencia se determina como un perjuicio del derecho de crédito en orden a la responsabilidad patrimonial del deudor.

Así pues, frente a la doctrina jurisprudencial del autocontrato que viene cuestionando la eficacia del mismo en los supuestos de conflicto de intereses o de falta de autorización, en la sociedad unipersonal, la autocontratación no se plantea en términos de validez. En base al artículo 128.2 de la LSRL, los contratos socio único-sociedad son plenamente eficaces para las partes, aunque los acreedores pueden considerarlos como inexistentes para su esfera jurídica. No obstante, desde nuestro punto de vista, no resulta fácil para los terceros hacer valer la inoponibilidad de dichos contratos en un estado de insolvencia provisional o definitiva del socio o de la sociedad (30). En esta situación concursal, los intereses de estos acreedores pueden colisionar con los de otros acreedores preferentes, por lo que obtener la irrelevancia de ciertos contratos en esta fase de insolvencia puede ser complicado jurídicamente. La colisión con otros acreedores, preferentes incluso a quienes pretenden hacer valer la inoponibilidad, puede convertir a ésta en un mecanismo ilusorio de tutela. Además, la protección concedida mediante la inoponibilidad, se verifica en una situación en la que los acreedores cuentan con mecanismos específicos de defensa, concretamente las normas de concurso, quiebra o suspensión de pagos, recogidas en la legislación civil y mercantil (31).

(30) *Vid.*, ORDUÑA MORENO, F. J., *La insolvencia*, cit., págs. 52 y sigs., quien afirma que se puede establecer la constatación del perjuicio por la ejecución patrimonial del deudor y por la insuficiencia de la garantía patrimonial del deudor. La tutela, ante la lesión del crédito, determinada la insolvencia del deudor, no tiene como objeto específico la satisfacción del acreedor sino la satisfacción de su interés respecto a la conservación de la efectividad o valor de su derecho de crédito.

(31) *Vid.*, ÁVILA NAVARRO, P., *La sociedad limitada*, cit., pág. 1034, al afirmar que el reconocimiento del contrato implicará que los bienes y derechos que, como consecuencia de ellos, se hubiesen trasferido al quebrado, se integrarán en la masa; mientras que la exigencia de la otra parte sobre los bienes y derechos que el quebrado debía transmitir a cambio, deberá sujetarse a la concurrencia de acreedores (los esfuerzos doctrinales para admitir la compensación en la quiebra, ya de por sí dudoso, chocaría además en este caso concreto con la hostilidad legal y judicial hacia la confusión patrimonial entre el socio único y la sociedad. Los requisitos de forma son sólo requisitos de oponibilidad a la masa).

Sin embargo, también el artículo 128.2 de la LSRL resulta desacertado desde otro punto de vista, por la referencia literal a la "masa". En efecto, cuando esta norma circunscribe la inoponibilidad a una situación de insolvencia del socio o de la sociedad, pretende introducir una tutela conjunta de los acreedores sociales y personales del socio. Sin embargo, los intereses de unos y otros en la autocontratación no son unívocos (32). La dirección en que se produzca el trasvase patrimonial a través de la autocontratación, va a ser decisiva para determinar qué acreedores son los efectivamente perjudicados (33). Por esta razón, la pretensión legal de una tutela conjunta mediante la inoponibilidad no deriva en una defensa simultánea de los acreedores sociales y personales. Si los intereses de éstos pueden estar enfrentados, porque el autocontrato no les afecta en igual medida, no se comprende por qué la Ley los somete a una

(32) Al respecto, *vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal...*, cit., pág. 139; HERRERO MORO, G.-FERNÁNDEZ DEL POZO, L.-GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J., "El empresario individual de responsabilidad limitada...", cit., págs. 19 y sigs., "por lo demás debe evitarse a todo riesgo, la confusión en la gestión del patrimonio personal del empresario, con lo que está afecto a su actividad, por lo que es muy necesario una gestión financiera y contable que separe responsabilidades y débitos, y potencie la verificación y auditoría de cuentas". Manifiesta que los conflictos que subyacen entre masas patrimoniales separadas, para evitarlos, se pueden establecer una prohibición legal de que el empresario o familiares próximos contraigan deudas contra el patrimonio afecto a la explotación o utilicen éste para afianzar sus obligaciones personales, o prohibirse la insinuación de su crédito en la masa de acreedores, que se constituye en situaciones concursales, o bien puede restringirse la contratación entre las masas patrimoniales, o por fin impedir que el mismo empresario sea socio o empresario único de varias empresas unipersonales; SERICK, R., *Apariencia y ...*, cit., pág. 27 cita el parágrafo 892, en el caso de enajenación de un inmueble realizada por una persona jurídica a su único socio.

(33) En este sentido, *vid.*, HERRERO MORO, G.-FERNÁNDEZ DEL POZO, L.-GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J., "El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas, soluciones", cit., págs. 15 y sigs., el sistema de limitación de responsabilidad se caracteriza porque las deudas que sufren, se benefician de la limitación del poder de agresión patrimonial del acreedor, son sólo aquellas que resultan contraídas en el tráfico empresarial del deudor y los bienes que hacen frente al cumplimiento de las obligaciones, son los especialmente afectos. Esto implica la diferenciación de dos órdenes de actividad del sujeto pasivo: el tráfico empresarial y el no profesional o personal.

defensa uniforme basada en la inoponibilidad (34). En definitiva, una protección igualitaria para quienes ostentan intereses desiguales, circunscrita a un estado de insolvencia, e impeditiva de acciones individuales por los acreedores, además de injustificable, pone en entredicho la efectividad del artículo 128.2 de la LSRL.

Respecto del párrafo tercero de este precepto, introduce una responsabilidad del socio único frente a la sociedad, por las ventajas que haya obtenido directa o indirectamente en perjuicio de ésta, como consecuencia de los autocontratos realizados. Esta responsabilidad tiene un plazo de caducidad de dos años desde la fecha de celebración del autocontrato. Este plazo es inferior a los tres años a que se refiere el artículo 947 del C.co., respecto de las acciones de la sociedad contra el socio, y a los cuatro años previstos en el artículo 949 relativo a las acciones contra los socios gerentes o administradores. El cómputo se inicia en estos últimos casos desde la separación, exclusión del socio o separación del cargo de administrador. El plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad se limita en la LSRL respecto del C.co. Por tanto, la defensa del interés social también se ve restringida por el establecimiento de un tiempo menor para exigir responsabilidades (35).

A continuación, el análisis de este párrafo debe relacionarse con algunos aspectos anteriormente expuestos. Así, mientras el artículo 128.2 de la LSRL se centra en la defensa de los intereses de acreedores, en este párrafo exclu-

(34) *Vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario a ...", cit., pág. 550, quien mantiene que esta norma está inspirada en la legislación belga y plantea un hipotético conflicto de intereses entre socio y sociedad, que no es tal, sino un deseo de mantener la igualdad entre acreedores cuando se han alineado a la par socio y sociedad, como en los casos de socio acreedor de la sociedad.

(35) A propósito, *vid.*, GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario a ...", cit., pág. 550, quien considera incomprensible la limitación de esta sanción a sólo dos años siguientes a la celebración del contrato; BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal...*, cit., pág. 146, afirma que el plazo de dos años del artículo 128.3, es para paliar los posibles perjuicios de estos contratos a la sociedad, e indirectamente a los terceros acreedores.

sivamente se alude a la responsabilidad del socio frente a la sociedad. El ejercicio de la acción de responsabilidad se limita al ente unipersonal, ignorando que los efectivamente perjudicados, tal y como se desprende del párrafo segundo del citado precepto, son los acreedores o terceros. A ello, se añade el hecho poco probable de que la sociedad ejercite una acción para exigir responsabilidad al socio que la controla, puesto que esto equivaldría a una autoinculpación jurídica del socio. Uno de los recursos que ante la desidia de la sociedad para accionar contra el socio podrían utilizar los acreedores, es el de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del C.c.

Otra de las cuestiones criticables del párrafo último del artículo 128 de la LSRL, es la visión estrecha del fenómeno de la autocontratación, limitada a los autocontratos que ocasionan un perjuicio a la sociedad. Se ignoran los contratos celebrados entre el socio y la sociedad unipersonal que no perjudican a la sociedad, pero cuyas consecuencias deben tener una respuesta jurídica. Nos referimos a los préstamos realizados por el socio a la sociedad y que conducen a un estado de infracapitalización nominal (36). En estos casos, no suele producirse un daño a la sociedad, sin embargo, los acreedores de la sociedad o los personales del socio único podrían verse postergados en la relación prelativa de créditos. El socio, sin atentar aparentemente contra el interés social, pasa a través de un préstamo u operación equivalente, a ocupar una situación privilegiada en una situación concursal, en detrimento de los demás acreedores. Pero además, su posición tras el autocontrato, le permite influir y

(36) Sobre esta cuestión, *vid.*, SANTAOLALLA, M.^a Cristina, "La sociedad unipersonal", cit., pág. 206, al aludir a la infracapitalización de la sociedad cuando la sociedad se financia con créditos del socio, que en cualquier momento puede retirar sus créditos sin conocimiento de terceros, o bien asegurando sus créditos mediante garantías de tipo real. Se ha suprimido en el texto la referencia a la postergación legal de créditos de socios administradores y de sociedades pertenecientes al mismo grupo. Se manifiesta por un tratamiento de la infracapitalización similar al de las demás sociedades.

maniobrar fraudulentamente las decisiones y convenios de la masa de acreedores. En este supuesto, la legislación mercantil ha sido incapaz de proporcionar una respuesta jurídica satisfactoria.

4. Conclusiones

La actual regulación del autocontrato en la sociedad unipersonal no estimula la constitución de este tipo de entes sociales, ni en modo alguno elimina el riesgo de abusos. La sociedad unipersonal pretende como cualquier sociedad limitada o anónima, la limitación de la responsabilidad. Pero esta responsabilidad limitada, excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, no se circunscribe al ente social, sino que se pretende ampliar a las personas físicas que componen la sociedad, mediante la autocontratación (37).

247

Los trasvases de patrimonios entre socios y sociedad contribuyen a disminuir la garantía que, para los acreedores, constituye el patrimonio (38). Pero sin duda, la disponibili-

(37) Vid., BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal...*, cit., págs. 157 y 158, para los supuestos en principio no comprendidos en el artículo 128, porque una interpretación extensa de la autocontratación llevaría a un tratamiento similar a los demás autonegocios, con la consiguiente pérdida de la responsabilidad limitada, en estos supuestos. Añade que la sociedad unipersonal o la empresa individual de responsabilidad limitada no quebrantan un principio inmovible del ordenamiento, sino que añaden una excepción a las excepciones ya existentes; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., "La duodécima...", cit., págs. 129 y 262, citando a ASCARELLI, afirma que si el patrimonio de la sociedad ha sido confundido con el del administrador accionista o acreedor, no se podrá invocar una distinción patrimonial que ha sido de hecho violada.

(38) Vid., GARCÍA COLLANTES, J. M., "Comentario a...", cit., pág. 541; HERRERO MORO, G.-FERNÁNDEZ DEL POZO, L.-GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J., "EL empresario individual de responsabilidad limitada...", cit., pág. 27, al expresar que los acreedores sólo podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio adscrito, de suerte que si no fuera suficiente, no podrán dirigirse contra el personal del empresario, con "lo que se dará la curiosa circunstancia de un patrimonio posiblemente saneado, junto a otro insuficiente de un mismo titular. En esto consiste la limitación de responsabilidad: si el empresario ha obrado con dolo o culpa grave los acreedores podrán perseguir todos los bienes del deudor, que fraudulenta o negligentemente intentó la

dad conjunta de varios patrimonios con estos fines, es más cómoda en la sociedad unipersonal (39). Un solo sujeto, el socio único, puede llevar a cabo todo tipo de operaciones artificiosas o simuladas, sin obstáculo u oposición, desde la sociedad. Si desde un principio se pretende el abuso de la persona jurídica mediante la confusión de patrimonios, las exigencias de publicidad previstas para la autocontratación, puede hacer pensar que la constitución de una sociedad pluripersonal, recurriendo a personas ficticias, es menos arriesgado jurídicamente. En el caso de sociedades limitadas o anónimas compuestas por varios socios, además de no tener que cumplir con la transcripción en un libro-registro o en la memoria anual, gozarían de un vacío legal en materia de autocontratación que podría beneficiar a quienes autocontratan. De igual modo, no se elimina el riesgo de abusos en los autocontratos. Es cierto que por primera vez, en materia de autocontratación o conflicto de intereses, de un modo explícito se hace una referencia a los acreedores, como sujetos virtualmente perjudicables por esta clase de contratos. No obstante, la protección que se les concede dista mucho de ser eficaz. Por las razones expuestas, relativas a la limitación de la inoponibilidad a un estado de insolvencia y al requisito conjunto de inobservancia de requisitos formales, los acreedores no obtienen una tutela satisfactoria. Si se interpreta el artículo 128.2 a *sensu contrario*, se puede llegar

separación. Para algunos autores, la técnica de separación del patrimonio de la empresa y del personal permitiría una mejor gestión contable de los patrimonios separados, y al ser un solo sujeto el que maneja la fortuna comercial y la privada, se revela en esta situación una mayor energía y precisión en la adscripción del patrimonio mercantil a un fin determinado; BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario...", cit., pág. 290.

(39) Vid., SUÁREZ SANCHEZ-VENTURA, José María, "Las sociedades de un solo socio: ficción o realidad", *RJC*, 1987, pág. 27, quien sostiene que "sin que quede al libre arbitrio individual el temido paso de bienes de un patrimonio a otro"; CASTRO, F. de, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pág. 40.

En la STS de 3 de junio de 1991 se manifiesta que en la unipersonal, es más fácil perpetrar el abuso dada la confusión de esferas, pues el socio único tiende a comportarse sobre los bienes de la sociedad como si fueran propios.

a la peligrosa conclusión de que cumplidas las normas de publicidad del autocontrato, y en situación normal de solvencia, los contratos entre el socio único y la sociedad unipersonal son inexpugnables jurídicamente. Con la actual disposición, se legitima la autocontratación, pero simultáneamente, no se confieren instrumentos jurídicos de defensa de los intereses potencialmente lesionables por la misma. No obstante, el artículo 128 de la LSRL se erige en la única referencia legal del autocontrato en la sociedad anónima y en la sociedad limitada, a salvo en este último caso, del artículo 52 de la LSRL, referente al conflicto de intereses.

De la actual normativa se infiere la permisibilidad legal del autocontrato, aunque con ciertas cautelas relacionadas con el posible perjuicio a los acreedores. La configuración del autocontrato como una figura que trasciende a terceros, se consolida en base al artículo 128 de la LSRL. No obstante, el riesgo de lesión de los intereses de los acreedores o terceros, no es exclusivo de la sociedad unipersonal. En efecto, el control arbitrario y abusivo que se ejerce en algunas sociedades pluripersonales de capital, es similar al existente en la sociedad unipersonal. La posición privilegiada del socio único para autocontratar, es coincidente con la ostentada por uno o varios socios en los entes plurisubjetivos. Desde este punto de vista, no hay razones para considerar que los intereses tutelables en supuestos de autocontratación difieren según los tipos societarios. De este modo, la incorporación al autocontrato del interés de los terceros como directamente protegible, debe encontrar acomodo en las tesis doctrinales y jurisprudenciales sobre el autocontrato. Por ello, cabe afirmar que el texto de la LSRL ha contribuido a transformar el contrato consigo mismo, en un instrumento de tutela de los intereses en juego, abarcando indefectiblemente a los acreedores o terceros (40).

(40) Al respecto, *vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., *La concentración de acciones...*, cit., págs. 105 y 106, quien sostiene que cuando el socio único pretenda eludir el pago de una deuda valiéndose de la personalidad jurídica de la sociedad, los acree-

Bibliografía

ALONSO UREBA, Alberto.

— “La 12.^a Directiva comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en Homenaje a José Girón Tena. Madrid, 1991.

ÁVILA NAVARRO, Pedro.

— *La sociedad limitada*, tomo II, Madrid, 1996.

BALDÓ DEL CASTAÑO, V.

— “El empresario individual de responsabilidad limitada”. *Estudios de Derecho mercantil* en Homenaje a M. Broseta Pont, tomo I, Valencia, 1995.

BARRERA GRAF, Jorge.

— “La sociedad de un solo socio en el Derecho mexicano”. *RDM*, núm. 152, 1979.

BOLDÓ RODA, Carmen.

— *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Madrid, 1993.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina.

— *La concentración de acciones en un solo socio*. Madrid, 1990.

— *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Madrid, 1996.

CASTRO, Federico de.

— *La persona jurídica*. Madrid, 1981.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.

— La duodécima directiva del Consejo (89/67/CEE) de 21 de diciembre de 1989, sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada en el Derecho mercantil de la CEE. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. Estudios en Homenaje a José Girón Tena. Madrid, 1991.

dores podrán ejercitar acciones civiles y penales. “El socio único podrá ser acusado de abuso de la personalidad jurídica y de confusión de patrimonio. Los acreedores podrá vigilar que no haya trasvase de bienes de un patrimonio a otro. Utilizarán las acciones reguladas por los artículos 1.111 y 1.291,3 del C.c., para lograr que los bienes fraudulentamente transferidos, vuelvan al patrimonio correspondiente. También que por vía penal se condene por fraude o estafa al que realizó la operación”.

GARCÍA COLLANTES, José Manuel.

— “Comentario de los artículos 125 a 129” en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Consejo General del Notariado, T. I, Madrid, 1995.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis.

— “La sociedad unipersonal y el Proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994.

HERRERO MORO, G.-FERNÁNDEZ DEL POZO, L.-GONZÁLEZ DEL VALLE, F. J.

— “El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas, soluciones”. *RCDI*, 1990.

MASNATTA, H.

— *La autocontratación*. Buenos Aires, 1965.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier.

— *La insolvencia*. Valencia, 1994.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido.

— “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *ADC*, 1983.

SANTAOLALLA LÓPEZ, M.^a Cristina.

— “La sociedad unipersonal”. *RJN*, octubre-diciembre 1995.

SERICK, R.

— *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Trad. Puig Brutau. Barcelona, 1959.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María.

— “Las sociedades de un solo socio: ficción o realidad”. *RJC*, 1987.

VICENT CHULIÁ, Francisco.

— “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”. *RDP*, 1994, tomo XX, vol. I.

**DICTAMEN SOBRE LA VALIDEZ
DE UN TESTAMENTO OLÓGRAFO OTORGADO
EN ESPAÑA POR UN CIUDADANO NORUEGO,
EN IDIOMA INGLÉS, SOBRE UN TEXTO
PARCIALMENTE IMPRESO**

255

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ

Notario

SUMARIO: **I.** EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS. **II.** LA CUESTIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **III.** EL TESTAMENTO OLÓGRAFO DEL EXTRANJERO EN IDIOMA DISTINTO DEL SUYO PROPIO. **IV.** EL REQUISITO DE LA AUTOGRAFÍA TOTAL. **1.** Planteamiento del problema. **2.** Las razones en que se basa la necesidad de autografía total. **3.** El valor de los requisitos formales en el testamento ológrafo. **4.** La protocolización del testamento.

I. Exposición de los hechos

El Sr. T., funcionario internacional jubilado, de nacionalidad noruega, residió los últimos años de su vida en Almería, a donde probablemente acudió en busca del sol y la tranquilidad. Poco antes de fallecer, entregó a un vecino un sobre conteniendo su testamento, fechado en esta ciudad algunos años atrás. Por lo que se conoce, la herencia está constituida únicamente por bienes existentes en España.

Se encontraba redactado el aludido testamento en un pliego, todo él en idioma inglés, presentando como característica curiosa que, junto a la parte “dispositiva” manuscrita por el testador, lo que pudiéramos llamar parte “formularia” del mismo está impresa. El documento parece incluso comercializado, pues al dorso existe un pequeño sello que dice “Published by ... Group”. Nos recuerda aquellas “Escrituras privadas de compraventa” que se veían hace años en algunos pueblos españoles, en las que vendedor y comprador, en ocasiones con la ayuda de algún “aficionado”, rellenaban los huecos en blanco con los datos particulares de su contrato.

Concretamente la parte impresa del testamento es la siguiente: “Esta es la última voluntad y testamento de mí, ..., de ..., en el Condado de ... Por el presente revoco todos los testamentos que haya hecho hasta la fecha y nombro a ... para que sea el ejecutor/ejecutora de este Testamento y ordeno que todas las Deudas y los gastos de Funeral y Testamentaria que sean justificados se paguen tan pronto como sea conveniente tras mi muerte. Doy y lego a... En testimonio de lo cual y de mi puño y letra lo firmo, a ... de ... de mil novecientos ... Firma del testador o testadora. Firmado por el arriba mencionado testador o testadora como su última voluntad en nuestra presencia y, al mismo tiempo, nosotros, a su requerimiento y en su presencia y en la presencia de ambos dos, hemos suscrito aquí nuestros nombres como testigos. Testigo. Nombre ... Dirección ... Ocu-

pación ... Testigo. Nombre ... Dirección ... Ocupación ... (*).

Los espacios en blanco están ocupados por la letra del testador y la parte propiamente dispositiva (concretamente desde "Doy y lego a ..." hasta "En testimonio de lo cual ..." recoge cinco cláusulas (catorce renglones) íntegramente manuscritos por el Sr. T. Todo ello en idioma inglés. No hay duda alguna sobre la identidad de su letra y firma. También suscriben después del testador dos testigos.

II. La cuestión en el Derecho Internacional Privado

La primera cuestión que se nos plantea es determinar cuál será la ley aplicable a dicho testamento, que permita salvar su validez.

Como ha señalado la doctrina internacionalista (CALVO CARAVACA, MARÍN LÓPEZ), la normativa aplicable a las formalidades testamentarias, más que en el artículo 11 C.c., están contenidas en el Convenio de La Haya de 5 diciembre 1961, cuya eficacia es independiente de toda condición de reciprocidad y aunque la nacionalidad de los interesados o la ley declarada competente no sean las de un Estado contratante (art. 6).

El mencionado Convenio, inspirado en una amplísima concepción del principio del *favor testamenti*, establece una variada relación de puntos de conexión, que permite aplicar al testamento cualesquiera de las siguientes leyes:

(*) THIS IS THE LAST WILL AND TESTAMENT of me ... of ... in the County of ... I HEREBY revoke all wills heretofore made by me. I APPOINT ... to be executor/executrix of this my Will and I direct that all my just Debts and Funeral and Testamentary Expenses shall be paid as soon as conveniently may be after my decease. I GIVE AND BEQUEATH unto ... In witness whereof I have hereunto set my hand this ... day of ... one thousand nine hundred and ... Signature of Testator or Testatrix ... Signed by the above-named Testat ... as and for h ... last Will in the presence of us present at the same time who at h ... request and in h ... presence and in the presence of each other have hereunto subscribed our names as witnesses. Witness. Name ... Address ... Occupation ... Witness. Name ... Address ... occupation ...".

- a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o
- b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.

De las circunstancias fácticas concurrentes en el supuesto que se nos consulta, resulta que al testamento del Sr. T. sólo se le puede aplicar la ley noruega o la ley española.

258

Desconocemos si el repetido testamento puede ser considerado válido conforme a la ley noruega. En el caso de que así fuera, la aplicación de esta ley al presente caso sería problemática, no tanto por la dificultad de acreditar dicha ley cuanto por las formalidades de reconocimiento, averación o legalización por un Tribunal que normalmente necesitan estos testamentos y que pensamos, por tratarse de normas de procedimiento, deberían realizarse ante los Tribunales noruegos, lo cual dificultaría enormemente la efectividad de la sucesión.

Por tanto, desde el punto de vista práctico, parece de interés aplicar al supuesto la ley española, cuya única oportunidad para salvar la disposición del Sr. T. sería considerarla como testamento ológrafo. No nos preocupa que la legislación noruega pudiese prohibir el testamento ológrafo, pues, no habiendo hecho uso España de las reservas previstas en el artículo 11 del mencionado Convenio de La Haya, sería en todo caso aplicable al extranjero lo dispuesto en el artículo 688 C.c. (CALVO CARAVACA).

Sin embargo, la consideración como ológrafo del testamento del Sr. T. plantea dos importantes problemas desde la

óptica de la ley española: su redacción en idioma “no propio” del testador y, sobre todo, la utilización de un pliego parcialmente impreso, que hace cuestionar el cumplimiento del requisito de la autografía total.

III. El testamento ológrafo del extranjero en idioma distinto del suyo propio

Dice el último párrafo del artículo 688 C.c. que “los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”. Esta referencia expresa podría hacer pensar, a primera vista, que no están autorizados para hacerlo en otra lengua distinta.

Pero esta interpretación no sería correcta. Según observa TORRES GARCÍA, la referencia al idioma utilizado en la redacción del testamento ológrafo es introducida por el Proyecto de C.c. de 1882 (art. 685), no mencionándose en el artículo 684 del Anteproyecto. De hecho, los códigos francés e italiano, que son en cierto modo modelos utilizados por el nuestro, permiten el testamento ológrafo “en cualquier idioma”.

Probablemente, la razón de la existencia del equívoco párrafo final de nuestro actual artículo 688 sea resaltar la diferencia entre este tipo privado de testamento y el abierto o el cerrado, para los cuales el artículo 684 exige la presencia de un intérprete que traduzca el idioma en el que se expresa el testador al oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el notario.

Son pocos los autores que se plantean específicamente el problema del extranjero que redacta su testamento ológrafo en idioma distinto del suyo propio y todos ellos coinciden en admitir esta posibilidad. Así, TORRES GARCÍA, Díez-PICAZO Y GULLÓN, y RIVAS MARTÍNEZ. Las razones que se aducen son las mismas que llevaron a la D.G.R.N. a estimar válido el testamento ológrafo del español en lengua extran-

jera (supuesto sobre el que tampoco dice nada el art. 688 C.c.) en Resoluciones de 22 noviembre 1916 (española que lo escribe en inglés), 30 marzo 1931 (testamento en lengua portuguesa de un ciudadano español) y 11 mayo 1932 (redactado en italiano por una española).

Como dice la primera de dichas resoluciones, a la cual siguen las otras, "el testador puede poseer y preferir para redactar su testamento ológrafo cualquier otro idioma al suyo propio ... porque tratándose de un testamento que una sola persona escribe y firma, el idioma en que ha de redactarse no parece sea de esencial importancia ni que debe estimarse como una formalidad establecida por el Código, cuyo incumplimiento produzca su nulidad".

260

A esto podríamos añadir las dificultades que se encuentran a la hora de determinar cuál es el idioma "propio" de una persona. ¿La lengua materna? ¿La del Estado cuya nacionalidad ostenta el individuo? ¿La del país de su residencia o donde ha realizado sus estudios?

Todos conocemos casos de personas que han olvidado su lengua originaria y se expresan mejor en otra del país donde residen o de quienes han adquirido una nacionalidad sin dominar el idioma correspondiente a ésta. Así, por ejemplo, la consulta formulada por el cónsul en Alejandría, que dio lugar a la antes citada Resolución de 11 de mayo de 1932, acredita que la española que había otorgado testamento ológrafo no sabía nuestro idioma y solía utilizar en sus escritos el italiano.

Por todo ello pienso que, a los efectos del testamento ológrafo, debe de considerarse "idioma propio del testador" aquél que le permite expresar con claridad su voluntad y que ésta sea comprendida por los demás.

De tal modo que el testamento que aquí nos ocupa del Sr. T., funcionario internacional que probablemente utilizó el inglés durante la mayor parte de su vida profesional, aparece redactado tan correctamente que no suscita dudas para su validez, desde el punto de vista contemplado en este apartado.

IV. El requisito de la autografía total

1. Planteamiento del problema.

La necesidad de que el testamento ológrafo esté íntegramente escrito por el testador resulta tan consustancial a esta forma testamentaria que determina incluso su nombre: ológrafo significa "todo escrito" por el testador. En opinión de algunos tratadistas, si la necesidad de escritura se refiriese a una parte o a la firma del testador, el nombre adecuado debería ser "autógrafo".

Constituye objeto fundamental de este estudio averiguar el alcance de este requisito y las posibles fisuras que le puedan afectar.

Desde el principio conviene señalar que probablemente la conciencia de esta necesidad ológrafa se encuentra tan arraigada en la opinión jurídica que el supuesto de utilización de un texto parcialmente impreso, que aquí nos ocupa, no se plantea por la numerosa doctrina sobre la materia, ni siquiera como *casus dubius*. Es curioso que, analizándose ejemplos de testamento ológrafo tan pintorescos como la disposición del alpinista que en peligro de muerte escribe su última voluntad sobre la pared de la montaña de la que se encuentra colgado o la del prisionero condenado a muerte que utiliza el muro de su celda, haya pasado desapercibida la cuestión fáctica que aquí tratamos.

Todo lo más que se ha llegado a plantear es el supuesto de la fecha parcialmente impresa o estampillada: en el documento se encuentra escrito, por ejemplo "19..." o "199..." y el testador se limita a manuscibir las dos últimas o la última cifra. VÁZQUEZ DE HERMUA considera que la fecha en este caso es obra exclusivamente del testador al completarla; también lo admite RUIZ VADILLO, sin argumentarlo; para LACRUZ, el requisito de la autografía queda cumplimentado si el papel lleva impresas las dos primeras cifras del año y el testador completa las dos últimas y considera más discu-

tible el caso en que aquél escribe nada más una cifra del año, sin que se nos alcance la razón de tal distinción; por su parte, TORRES GARCÍA estima que “si lo que estaba estampillado eran las cifras que hacían referencia al siglo, habiendo puesto el testador de su mano la fecha correspondiente al año (...), este escrito es válido en cuanto a la fecha, pues el testador ha cumplido con el requisito tal y como está determinado legalmente; diferente sería el supuesto en el cual lo que estuviera estampillado fuera el día o mes, ya que, si bien se cumplirá con la fecha, no con la forma en que ésta está puesta, porque aquéllos no han sido puestos por la mano del testador”.

262

Fuera de este limitadísimo aspecto, la cuestión de la utilización de un texto parcialmente impreso no se ha suscitado ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, quizás, como apunté al principio, por estimar demasiado obvia una respuesta negativa. Por ello, si queremos defender esta posibilidad para salvar el testamento del Sr. T., deberemos examinar primeramente cuáles son los motivos que fundamentan el requisito de la autografía total.

Antes de hacerlo quizás fuera conveniente advertir que el requisito de la autografía padece de un cierto fundamentalismo en un buen sector doctrinal de dentro y de fuera de nuestro país. Un buen ejemplo de ello puede ser la autorizada opinión de PALAZZO, que critica la Sentencia del Tribunal de Casación italiano 7636/91, la cual consideró que falta la autografía cuando “el testador, a causa de su estado de salud o por carencia de instrucción, escribe el testamento ológrafo con la ayuda de otra persona, que le lleva la mano”.

A juicio del mencionado autor, puede considerarse autógrafo el testamento cuando la ayuda de un extraño no está dirigida a formar los caracteres, sino sólo a procurar que el testador lo escriba de modo más claro, aunque siempre autónomo. Ciertamente no se entiende demasiado bien qué grado de autonomía puede existir en una situación como ésta.

Frente a una posición tan formalista, sería preciso examinar qué busca verdaderamente el requisito de la autografía, intentando una valoración del fondo de la institución y superando la mera apariencia sacramental.

2. Las razones en que se basa la necesidad de autografía total.

Se ha dicho tradicionalmente que la justificación de este requisito estaba en su idoneidad para asegurar la identidad del testador y la autenticidad de todo su contenido, eliminando la posible introducción de algo escrito por otra persona.

Parecen menos convincentes otras razones que también se han utilizado, como el procurar una mayor reflexión al tener que escribirlo íntegramente o el evitar los riesgos de la captación de voluntad; obsérvese, sin embargo, en relación con éste último aspecto, que la S.T.S. 24 febrero 1961 admite la validez del testamento en que la testadora se limita a copiar en forma ológrafa el texto previamente escrito por otra persona.

Cabe pensar, por tanto, que lo verdaderamente perseguido por la exigencia que aquí se trata es facilitar la identificación del testador (siempre será más difícil falsificar todo el texto testamentario que la sola firma), garantizar que su contenido íntegro responde a la voluntad del autor y permitir el descubrimiento de posibles adiciones y correcciones de mano extraña.

Éstas son las razones que han llevado siempre a la negación del testamento privado mecanografiado.

Sentadas las anteriores bases, debemos dilucidar si el testamento sobre un texto parcialmente impreso cumple las cautelas o garantías que fundamentan el requisito de la autografía total, cuestión a la que creo se debe responder afirmativamente.

En primer lugar, la identidad del testador aparece plenamente acreditada por su firma y por la letra utilizada para

“rellenar” los datos de la parte formularia del testamento y redactar toda la parte dispositiva. Del total contenido del documento que aquí nos ocupa, 332 palabras, 136 de ellas se encuentran impresas y 196 manuscritas, de tal modo que no cabe ninguna duda de que el autor del documento es el Sr. T.

Además, en segundo lugar, el hecho de que la parte no manuscrita por el testador está impresa (no mecanografiada) permite constatar con toda fidelidad que no hay en el documento ninguna adición ni corrección de mano extraña, que sería fácilmente detectable. Podemos decir que el autor asume como suya la parte impresa y la completa dotándola de pleno contenido.

Hasta tal punto es así que puede resultar significativo un detalle del texto que comentamos. Hay en la parte impresa, concretamente en el encabezamiento, al referirse al domicilio del testador, una expresión típicamente anglosajona que el testador trata de acomodar a los usos españoles, que piensa van a ser los que se tendrán en cuenta para interpretar y aplicar su testamento. Se trata concretamente de la frase “of ... in the County of ...”. La palabra “County” (condado), de difícil equivalencia en nuestra lengua, es transformada en “Country” (país) por el testador introduciendo una “r” manuscrita, ligeramente fuera del texto, interlineada, por lo que la expresión adquiere una mejor adecuación al sistema español: “of Almería in the Count(r)y of Spain”. No se puede encontrar un mejor ejemplo de cómo el otorgante hace suyo el texto impreso.

Repárese, por último, en que en el caso del testamento del Sr. T. desaparece el peligro existente en el testamento escrito a máquina de que alguien añada cualquier palabra o párrafo a lo aceptado por el testador, incluso en casos extremos el total texto en un papel previamente firmado en blanco. Tal posibilidad no se puede dar tratándose de un texto que se encuentra impreso.

No debe argumentarse que el hecho de utilizar un texto, en el que la parte ritual o formularia se encuentra impresa,

atenta contra el carácter personalísimo del testamento (art. 670 C.c.). Tampoco en el testamento notarial el testador decide sobre tales extremos, limitándose a disponer su voluntad testamentaria propiamente dicha y utilizando para ello el modelo o fórmula que se use normalmente por cada notario.

Vemos, pues, que el testamento del Sr. T. cumple con las cautelas o garantías que fundamentan los requisitos exigidos para el testamento ológrafo. Lo único que se opone a su validez es una razón estrictamente formal: el testamento no se halla escrito “todo él” por el testador, como exige el artículo 688. Esto nos lleva a examinar cuál es el alcance de la necesidad de cumplimiento de los requisitos formales en el testamento ológrafo.

3. El valor de los requisitos formales en el testamento ológrafo.

265

Es bien sabido que el testamento constituye un negocio jurídico formal y que en este tipo de negocios la forma es una garantía del consentimiento, papel que se acentúa en los actos *mortis causa*, que son eficaces una vez desaparecido el otorgante, por lo que el documento resulta el único soporte de la voluntad.

Como enseñó magistralmente OSSORIO hace cincuenta años, no basta que sea conocida la voluntad del testador en forma indubitada; esa voluntad será ineficaz si al manifestarla no se han observado rigurosamente las formalidades que para cada clase de testamento establece la ley. En efecto, la conocida S.T.S. 18 noviembre 1915 nos advierte acerca de la “errónea y muy peligrosa teoría de que lo único esencial es que conste la voluntad del testador cuando aparezca convenientemente expresada y ratificada por él”.

Quizás esta sentencia quería tapar la brecha abierta por la S.T.S. 30 abril 1909, según la cual “si bien a tenor del artículo 687 C.c. será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectiva-

mente establecidas, se impone, según regla de buen criterio, (...) tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión”.

La doctrina de esta sentencia últimamente citada y otras que en su día han mitigado el rigor de alguna de las formalidades testamentarias (como la unidad de acto o el requisito de la vecindad de los testigos) han permitido hablar de una teoría dualista de las formalidades testamentarias, que harían posible distinguir entre unas de ellas, cuya observancia sería imprescindible para la validez del acto, y otras de menor importancia, que no llevarían aparejada la nulidad, caso de que no se hubieran cumplido.

266 Pero, como ha observado la Prof. TORRES GARCÍA, en todos los casos en que el T.S. ha considerado formalidades de segundo grado, ninguna de ellas hace referencia a los requisitos del testamento ológrafo.

Parece, pues, como si la jurisprudencia manifestase una especial severidad con este tipo de testamento. Así, la S.T.S. 13 mayo 1942 (corroborado por la de 3 abril 1945) señaló que “aunque la disposición testamentaria adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo (...), en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código, siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto”.

Esta afirmación creo que merece, sin embargo, una reconsideración. En primer lugar, debemos plantearnos si el rigor del formalismo en el testamento ológrafo es tan inquebrantable en la línea de la jurisprudencia.

Para encontrar una respuesta que nos permita poner en tela de juicio dicho rigor no basta con citar la antigua S.T.S. 4 abril 1895, que, en relación al párrafo tercero del artículo 688 estimó que “no afectan a la validez del testa-

mento las tachaduras, enmiendas o entrerrenglonados sin salvar, cuando fueren de palabras que no afecten, alteren ni varíen de modo sustancial la expresa voluntad del testador manifestada en el documento” (doctrina recordada por la S.T.S. 11 abril 1945). Esta aseveración nos permite encontrar un primer aspecto en el que se atenúa el formalismo a ultranza.

En esta misma línea, la reciente S.T.S. 10 febrero 1994 va mucho más allá y, al considerar un requisito tan fundamental como la fecha, en un supuesto en que el Tribunal de Instancia consideró probada la inexactitud de la fecha, acude a la hermenéutica sociológica (“realidad social...”), al principio del *favor testamenti* e incluso al criterio del Derecho extranjero (aunque, eso sí, con la máxima prudencia) para salvar la validez del testamento, a pesar de que la línea jurisprudencial clásica (S.T.S. 11 abril 1945) consideró que afecta negativamente al requisito esencial de la fecha del testamento ológrafo aquélla cuya falsedad es patente.

267

Todo esto creo que lleva a la conclusión de que también en el testamento ológrafo cabe observar una atenuación de la dureza formalista. Y, a continuación, debemos plantearnos cuál es el verdadero sentido y finalidad de las formalidades documentales. Si, en el caso del testamento ológrafo, la autografía total busca la identificación indubitada del testador y la ausencia de cualquier inmisión extraña en un acto tan privado e íntimo, creo que debemos aceptar que esto se cumple cuando el testador asume como propio un texto previamente impreso que, en el caso que nos ocupa del testamento del Sr. T., se limita a recoger aspectos meramente formularios que más bien parecen dirigidos a recordar al testador los datos que se deben consignar en su declaración de última voluntad.

4. La protocolización del testamento.

Por las razones antedichas me parece que se debe considerar válido el testamento del Sr. T., por lo que pueden iniciarse los trámites previstos en los artículos 691-693 C.c.

Creo conveniente resaltar aquí que, en la redacción de dichos artículos el Código ordena al juez la realización de unos trámites procedimentales. Si nos fijamos detenidamente, observaremos que al juez sólo se le exige que examine y decida un aspecto del testamento: la identidad del testador (art. 693, párrafo primero).

De la lectura de este artículo parece como si el juicio sobre el cumplimiento de las formalidades quedase reservado para el proceso que tuviese lugar en caso de impugnación por alguno de los interesados, lo que nos lleva a pensar que el juez al que se acuda no debe plantear inconvenientes para ordenar su protocolización.

268

Tampoco el notario, una vez adoptada la resolución judicial, puede entrar en el examen de si se dan o no los requisitos formales del artículo 688, pues, como señaló la Res. D.G.R.N. 22 noviembre 1916, "no es de la competencia de la Administración resolver sobre la validez o nulidad del testamento (...), toda vez que, si así hubiera sido decretada la protocolización por autoridad judicial competente, la misión (...) notarial está reducida a cumplir lo mandado, incorporando el testamento en cuestión al protocolo".