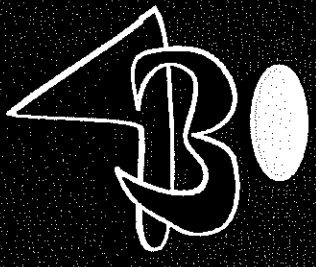
LUNES

CUATRO TREINTA



Revistilla de asuntos registrales

Año X - Núm. 221 - 2ª Quincena, octubre, 1997

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

sumario

Año X — Núm. 221 — 2ª Quincena de octubre, 1997

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 6
SENTENCIAS 8

MEDITACIONES SOBRE LA REFERENCIA CATASTRAL ..., por José Manuel García García 10

LA INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS CONFORME AL REAL DECRETO 1093/97, por Juan F. Ruiz-Rico Márquez 17

LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TC (I), por María Pilar Montes Rodríguez 24

CARTAS A JM. CALIFICACIÓN REGISTRAL: "DOCUMENTO FUNDADO EN RESOLUCIÓN JUDICIAL", por Luis Moisset de Espanés 44

HUMOR CORRAL JR. 43

RESEÑA LEGISLATIVA 9

informativa de derecho privado y registral

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

*

CONSEJO DE REDACCION:

María Emilia Adán García
Ana María del Castillo González
Rosa Navarro Díaz
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Rodolfo Bada Mañó
Carlos J. Orts Calabuig
Javier Solá Palerm
Cristina Carbonell Llorens
Inmaculada Gosálvez Simbor
Mercedes Tormo Santonja
Mercedes Ríos Peset

CONSEJEROS HONORARIOS:
José María Chico Ortiz
Corral Jr.

FUNDADOR:-DIRECTOR
Enrique Colomer Sancho

-SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: (96) 3629678

*

Depósito legal:
V-1212-1988

COLABORADORAS: FEMENINO PLURAL

Tal vez por la lectura de *Donde las mujeres*, ando hoy sensible y afeminado (discretamente, sin llegar al punto de que la mano se me suba al hombro con los dedos hacia fuera, en actitud de sostener una bandeja imaginaria, pues sigo caminando con los brazos caídos, como los vagabundos, o con las manos en los bolsillos si me siento artista).

Afeminado y tal, constato que el éxito de la LUNES se debe a su género femenino, pues no encuentro otra razon convincente. Salvo el anónimo resumidor del BOE y un servidor (que se limita a borrajear), la plantilla activa de la revistilla está integrada por mujeres. De la calidad de sus colaboraciones, lindante con la perfección, vosotros, caros, doctos y pacientes suscriptores, tenéis quincenal muestrario. (También de su juventud y hermosura porque sus caras atractivas las conocéis por las fotogtafías. Algunas permanecen ocultas, sin embargo; pero puedo revelaros que también son hermosas),

Otra mujer está viniendo hacia nuestras páginas; aún no la nombro pero ya digo que es un derroche de vocación literaria. Por eso auguro que sus relatos, que tendrán como protagonistas a los opositores (colegas suyos y nuestros mejores y más simpáticos lectores) nos seducirán. (Dice la escritora que solo se compromente a una colaboración mensual. Eso ya es mucho. Pero tal vez el embrujo de la LUNES la apremie más).

(Continúa en pág. 5)

casos prácticos

CASOS PRACTICOS DE VALENCIA

SERVIDUMBRE INSCRITA CON POSTERIORIDAD A UNA HIPOTECA QUE SE EJECUTA. ¿PUEDE INTERPRETARSE EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO A LA CONSTITUCIÓN DE TAL SERVIDUMBRE COMO CONSENTIMIENTO PARA POSPONER EL RANGO DE SU HIPOTECA A LA SERVIDUMBRE?

El supuesto es el siguiente: aparecen inscritas las hipotecas diferentes, en favor de un mismo acreedor, sobre dos fincas registrales, de las cuales una es un solar y otra un edificio constituído en propiedad horizontal, entre cuyos elementos privativos figura un local-garaje.

Con posterioridad, se presenta una escritura de constitución de una servidumbre recíproca entre el solar y el local-garaje, constituída por el dueño de ambas fincas, y en esa escritura de constitución de la servidumbre comparece el acreedor hipotecario y presta su consentimiento para que se constituya la servidumbre, aunque se refiere su consentimiento sólo a la constitución de la servidumbre sobre el solar, como predio sirviente.

Y ahora se está ejecutando la hipoteca sobre el solar.

Se plantea la duda de cómo interpretar aquel consentimiento para la constitución de la servidumbre que en su día otorgó el acreedor hipotecario, es decir, si se puede entender como una prestación de consentimiento para que dicha servidumbre se anteponga en rango a la hipoteca primeramente constituída. De seguir esta interpretación, debería concluirse en que la servidumbre no se cancelará cuando la hipoteca se ejecute, sino que deberá subsistir, al haber antepuesto su rango al de la hipoteca, no siendo por tanto cancelable la inscripción de aquélla al considerarse como gravamen preferente, art. 131.8º y 133 L.H.

Sin embargo, la mayoría de los asistentes estimaron que ese consentimiento no podía interpretarse como una declaración de voluntad integradora de un negocio de posposición del rango correspondiente a la hipoteca, pues claramente el 241 del R.H. exige consentimiento expreso para la posposición. Así, según esta opinión, mayoritaria, la servidumbre deberá cancelarse cuando se ejecute la hipoteca, salvo que el Juez ordene otra

cosa. Y será necesaria la notificación a los titulares de esa servidumbre, art. 131.5º L.H. y 225 R.H.

Para que esa notificación pueda cumplirse por el Juez, en la certificación de cargas el Registrador hará constar la existencia de una servidumbre que grava la finca, así como la identificación de los titulares de todas y cada una de las plazas de garaje (como titulares del predio dominante y del derecho real de servidumbre).

Al margen de esta solución, que en definitiva traslada al Juez la decisión de cancelar o no la servidumbre, se apuntó que la solución correcta para establecer la conexión entre el solar y el garaje hubiera sido una modificación estatutaria, de modo que en los estatutos que rigen la propiedad horizontal se impusiera la vinculación entre ambas fincas. De esta manera, al interpretarse esa servidumbre recíproca como "norma organizativa", y no como carga real, podría subsistir para la ejecución de la hipoteca.

OMISIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. CÓNYUGES EXTRANJEROS.

Ante el cónsul español en Francia dos cónyuges, de nacionalidad francesa, y residentes en Francia, adquieren por compra una finca sita en España.

Entre las circunstancias personales de los compradores no figura su régimen económico matrimonial.

Para algunos, no es necesario especificar tal circunstancia cuando se trata de inscribir la adquisición, por lo dispuesto en el art. 92 del RH, que permite inscribir la finca o derecho a nombre de los dos cónyuges, "con sujeción al régimen matrimonial que resulte de su ley personal", con lo que el problema se traslada a un momento ulterior en que se practique otro acto inscribible.

Sin embargo, hubo alguno que apuntó la exigencia de reflejar siempre el régimen matrimonial, recogida en el art. 51 RH, que se reformó con posterioridad a la redacción del 92 del RH, y que por lo tanto dicha constancia será exigible tanto para los españoles como para los extranjeros; los partidarios de esta teoría también mostraron su disposición a admitir una instancia subsanatoria para cumplir tal exigencia, en la cual los interesados expresen cuál es su régimen matrimonial (bastando la mera manifestación si dicho régimen coincide con el legal supletorio en Francia, o acreditando el régimen que declaran, si no coincide).

URBANIZACIÓN (PROPIEDAD TUMBADA). ¿NECESIDAD DE LICENCIA DE PARCELACIÓN?

Una sociedad es dueña de un solar de 5800 m2, procedente de una parcelación.

Ahora constituye una "propiedad tumbada" sobre dicho solar, compuesta por dos fincas independientes; una de ellas es una porción del solar, y la otra la porción restante. Entre las dos, suman los 5.800 m2, es decir, que el suelo se divide y se asigna a cada una de las dos nuevas fincas, sin que exista una zona común del mismo.

Prácticamente fue unánime la opinión de considerar que en este supuesto se encubre un acto de fraccionamiento del suelo, pretendiendo eludir la necesidad de licencia.

Si bien registralmente no se trata de una división en sentido técnico, al permanecer la finca matriz con su cabida originaria, es claro que se está buscando la configuración de parcelas independientes, que serán objeto de inscripción especial y separada, de modo que en este supuesto debe exigirse la licencia urbanística para dividir terrenos.

CANCELACIÓN DE ANOTACIONES DE EMBARGO POSTERIORES A UNA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE OPCIÓN. NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN.

Figura inscrito un derecho de opción; a continuación, una anotación de embargo letra "A", y otra letra "B".

Ahora se ha ejercitado la opción, y se pretende la cancelación de las anotaciones "A" y "B"", sin acreditarse la consignación.

Es claro que, por analogía con el 175.6º del RH, debe exigirse la consignación de la cantidad pagada por el optante, en establecimiento público destinado al efecto (Resolución de 28-9-82), notarialmente (Resolución de 7-12-78), o judicialmente, para que sea el Juez el que, una vez hecha la consignación, ordene las cancelaciones procedentes conforme al 1180 C.C. (Res. 19-7-91). Y ello porque, a pesar de la falta de regulación expresa de este supuesto, la DGRN ha ido elaborando la doctrina de que, dado el criterio liquidatorio que se sigue en el ejercicio de la opción, respecto de los derechos y cargas posteriores a la inscripción del derecho de opción, y aplicando

analógicamente el 175.6º RH así como las normas del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, es necesario que los titulares de derechos posteriores y de anotaciones de embargo posteriores cuenten al menos con el depósito del precio del inmueble a su disposición para la satisfacción de sus créditos, como requisito previo a la cancelación de sus asientos (máxime, como dijo la Res. 29-9-82, "cuando todas las actuaciones tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial").

Y todo ésto sin perjuicio de que pueda darse el caso de que no haya nada que consignar porque el optante nada tenga que pagar al ejercitar su opción (caso de la Resolución de 10 de abril de 1987).

GRAVAMEN SOBRE LA LEGÍTIMA SIN DAR "OPCIÓN COMPENSATORIA". PARTICIÓN POR CONTADOR. ¿PUEDE EL REGISTRADOR CALIFICAR ESTE GRAVAMEN COMO DEFECTO?

Un testador deja el usufructo universal a su esposa, el 1/3 libre a unos nietos, el 1/3 de mejora a otros, y 1/3 —gravado con el usufructo— de legítima a sus hijos. Nombra contador-partidor. Fallecido el testador, se otorga escritura de partición por la viuda y el contador y efectúan la partición como ordenaba el testamento, adjudicando el usufructo de todo el patrimonio relicto a la viuda.

Se plantea si tal partición es inscribible o no; es claro que el testador infringió la norma del 813 C.C. o intangibilidad cualitativa de la legítima. Pero ¿es calificable tal extremo por el registrador?

Aunque la opinión no fue unánime, prevaleció la tesis de que tal partición resulta inscribible, sin necesidad de que comparezcan ni consientan los hijos, cuya legítima ha resultado gravada.

Tanto TS como DG han sentado el criterio de que las particiones hechas por contador, como las hechas por el testador mismo, son perfectamente inscribibles sin necesitar la previa aprobación de los herederos, aun cuando ello pueda redundar en perjuicio de los legitimarios; en este sentido, cabe citar las Resoluciones de 22-1-1898 y de 16-11-1922, que vinieron a decir que la partición por contador puede equipararse, dentro de sus facultades, a la partición por el testador, y que por tanto te es aplicable el art. 1056 C.C., es decir, que "se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima...". Y mientras ese perjuicio no se declare judicialmente, es decir, mientras no se haya rescindido judicialmente la partición por causa de lesión (art. 1074 C.C., y 1075 C.C.), debe estimarse subsistente dicha partición.

Si realmente algún heredero se cree perjudicado en su legítima, podrá solicitar la rescisión de la partición, quedando así a salvo los derechos de los legitimarios.

La citada Resolución de 16-11-1922 afirmó que no es exigible una demostración "a priori" de que la partición no perjudica a los legitimarios, sino que se impone pasar por ella, reservando las acciones de impugnación a los perjudicados.

No obstante, otros compañeros opinaron que el supuesto debe enfocarse como de nulidad de la cláusula testamentaria que impone el gravamen sobre la legítima, al contrariar una norma imperativa como es el 813 C.C., y por aplicación del 6.2 CC, por lo que la partición no será inscribible.

CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD DE LA PARTE DEL PRECIO APLAZADO QUE SE PAGÓ CONSTANTE EL MATRIMONIO.

La señora "X" compró, en estado de soltera, una vivienda.

Ahora, ya casada, comparece su marido en escritura pública, reconociendo que los plazos pagados durante el matrimonio lo han sido con cargo exclusivamente a fondos privativos de su esposa.

Se reconoció que tal confesión de privatividad se realizaba con vistas a que, en una futura liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda se considere como privativa de la esposa, enervando así la consideración del 1357.2º CC en relación con el 1354 CC (es decir, evitando que se considere la vivienda como en parte privativa y en parte —por los plazos pagados constante el matrimonio— como ganancial).

Aplicando la norma contenida en el 95.6º RH, tal reconocimiento se reflejará por nota marginal.

Cristina Carbonell.

RESERVA DEL DERECHO DE SEGREGAR Y DISPONER DE LA PARTE DE TERRENO NO AFECTADA POR EL EDIFICIO

CONSTRUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN FAVOR DEL CEDENTE DEL SOLAR.

Tras una cesión de solar a cambio de obra ya documentada e inscrita, y tras la declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal ya también documentada e inscrita, en la escritura de entrega de la contraprestación de los pisos y locales pactados de la cesionaria a los cedentes del solar, se pacta lo siguiente: "Que la parte no edificada del solar queda reservada en favor de los cedentes para que puedan segregarla o disponer de ella como tengan por conveniente, dado que por razones urbanísticas no puede obtenerse licencia para segregar dicha porción de solar". A tal fin, además, concedió la mercantil cesionaria poder irrevocable a los permutantes con las mismas facultades.

Hubo unanimidad en considerar la necesidad de incorporar dicha reserva a los estatutos del edificio construido. Por otro lado, se recordó la edificación por fases, en que son corrientes cláusulas estatutarias del estilo de la indicada; y la Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 1994 que impone limitaciones a las reservas de facultades en los estatutos de propiedad horizontal en favor de los constituyentes del régimen.

LA LICENCIA MUNICIPAL DE OBRAS PARA EDIFICAR UNA PARTE DE UN SOLAR, ¿IMPLICA LICENCIA PARA SEGREGAR LA PARTE NO EDIFICADA?

Unánimemente, no. Son licencias distintas, con un régimen (jurídico y fiscal) diferente. Y como ejemplo, véase el supuesto de hecho del caso anterior.

Manuel Uña Llorens.

(Viene de la pág. 1)

Intento mitigar la eventual envidia que las consideraciones anteriores puedan suscitar hacia mi privilegiada situación afirmando que, desgraciadamente, el contacto que mantengo con nuestras redactoras es de papel, como el vuestro, pues fuera de estas páginas resulta imposible reunirlas y si alguna vez lo intento fracaso. Esto no es un reproche sino un lamento. (La revistilla es una *Casa de los Espíritus,* mágica y fantástica, en la que ellas se aparecen quincenalmente e incorpóreas).

Por eso hoy, director femenino, agradecido y solidario, necesito llamar al estrado a todas nuestras mujeres (vid. columnilla del Sumario). Miradlas, da gozo verlas ahí arriba, iluminadas y entre bambalinas. Reunido con vosotros, suscriptores, en el patio de butacas, os invito a que, a la de tres, les lancemos, invirtiendo los papeles, ese beso que mandan los bobos cantantes a sus seguidores acompañado del gritito de "¡os queremos, compañeras redactoras" .

Agradecimientos y felicitaciones también para los varones , género al que pertenecen la mayoría de nuestros autores lunésicos (¡) y, en ocasiones, algunos infiltrados extractadores de casos prácticos (hoy, nuestro compañero **Manolo Uña** —cuya aparición nos abre la esperanza de su habitual colaboración—). Y muy especialmente para nuestros colegas del ***Boletín de Información Registral*** **del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental** (sagas **García-Valdecasas y Rico o Ruiz-Rico, etc.**) porque nos permiten *rapiñeirar* sus valientes trabajos de actualidad y porque enriquecen nuestra revistilla con el creciente impulso de la suya. Y también para el oceánico **Luis Moisset de Espanés** que nos muestra su magisterio de amigo (que no olvida), jurista y excelente prosista; gracias a sus *Cartas* tenemos la ilusión de no ser absolutamente ingratos con el amigo y asiduo colaborador que fue José María Chico.

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por Ana M. del CASTILLO GONZÁLEZ (A.C.G) y Mercedes RIOS PESET (M.R.P.)

R. 23 SEPTIEMBRE 1997 (BOE 17 OCTUBRE)

MERCANTIL. SAL.

AUMENTO DE CAPITAL. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. DISP. TRANS. 6ª LSA. INAPLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECIAL DE LAS SSAA LABORALES

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Vistos los artículos 4 del Código Civil; 228 del Código de Comercio; 144, 162, 261, 265, 272, 274, 277, 278, 280.a) y disposición transitoria sexta, párrafo 2º, de la Ley de Sociedades Anónimas; 121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 55 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil; 108 y 436 del Reglamento Hipotecario, y las Resoluciones de 5 de marzo, 29 y 31 de mayo, 5, 10 y 18 de junio, 24 y 25 de julio, y 18 de septiembre de 1996 y 3 de julio de 1997.

La cuestión planteada consiste en dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la disposición transitoria sexta, párrafo 2º de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (cfr. artículo 4º del Código Civil).

LA DG, tras reiterar su doctrina al respecto, concluye: *"4. Por otro lado, la normativa especial de las sociedades anónimas laborales no es aplicable al presente recurso. Efectivamente, la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, en su disposición transitoria tercera, en su párrafo 3º, estableció una disposición especial aplicable sólo a las sociedades anónimas laborales, en virtud de la cual aquellas que tuvieran un capital social inferior a 4.000.000 de pesetas, gozarían de un plazo de cuatro años para aumentar su capital social hasta esa cifra, y habiendo cumplido dicho requisito dispondrán de un nuevo plazo hasta el 31 de diciembre de 1996 para aumentar su capital hasta los 10.000.000 de pesetas. En el presente*

recurso no le es de aplicación, ya que la sociedad recurrente, si bien otorgó la escritura de ampliación de capital social, no obstante, dicha ampliación de capital no fue inscrita, no dándose, por tanto, las circunstancias necesarias para la ampliación del plazo hasta el 31 de diciembre de 1996.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo del Registrador y las notas recurridas.".

R. 25 SEPTIEMBRE 1997 (BOE 17 OCTUBRE)

MERCANTIL. SA.

JUNTA GENERAL. REPRESENTACIÓN

Se deniega la inscripción del párrafo segundo del artículo 11 de los Estatutos que dice: <<La representación para asistir a las Juntas generales tan sólo podrá ser conferida a otro accionista>>.

La DG, en los FFDD 2 y 3, que reproducimos íntegros en consideración a las RR que se citan,desestima el recurso por considerar:

"2. La doctrina de este centro directivo a la hora de abordar la contraposición entre la libertad que el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas confiere a la autonomía de la voluntad para limitar por vía estatutaria el, en principio, abierto derecho que se atribuye a los socios de hacerse representar en las Juntas generales por otra persona, en aras del legítimo interés de la sociedad de excluir la inferencia en sus asuntos de personas extrañas a la misma, con aquellos otros principios que el legislador, en el artículo 108 de la misma Ley, ha estimado necesario tutelar a fin de facilitar el funcionamiento de las sociedades familiares y la conjunción de la formación de la voluntad social con el mantenimiento de la unidad de decisión en la administración de todo el patrimonio personal del socio confiado en virtud de poder general a una persona, llegó a la conclusión de que aquella libertad estatutaria tenía como límite los supuestos en que la representación la ostentaran las personas en las que concurriera cualquiera de las circunstancias previstas en la segunda de tales normas. Con ello se hace extensiva la inaplicación de las restricciones a que la misma se refiere no sólo a los supuestos que la propia Ley prevé de forma precisa y concreta, sino también a los que, con apoyo en sus normas, sean desarrollados por los Estatutos. Y partiendo de la base de la propia vigencia que dicha norma tiene por sí y, en consecuencia, su prevalencia sobre los pactos estatutarios, entendió que no era preciso que en éstos se dejase expresamente a salvo (Resoluciones de 8 y 9 de junio de 1994), pero sin excluir con ello la necesidad de su examen para comprobar si realmente los mismos se limitaban a silenciarla, sin pretender excluir con ello su aplicabilidad o, por el contrario, la libertad de pacto pretendía llevarse al punto de sobreponerse a la voluntad del legislador, en cuyo caso, tal como señalaron las Resoluciones de 2 de junio de 1994 y 9 de mayo de 1996, no serían inscribibles como contrarios a la Ley, que constituye el primero de los límites a la autonomía de la voluntad social (artículo 10 de la misma Ley).

3. La cuestión se reduce, por tanto, a determinar el alcance que haya de darse a la inclusión del adverbio <<sólo>> en la regla estatutaria que limita la facultad de hacerse representar en las Juntas generales a que el representante ostente la condición de socio. Pues bien, partiendo del carácter normativo que los Estatutos tienen, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regular la organización y funcionamiento de la propia sociedad, le son aplicables los criterios hermenéuticos generales, el primero de los cuales, el gramatical, claramente conduce a atribuir a aquel adverbio un sentido exclu-yente, lo que, unido a la necesaria claridad que a la redacción de los mismos Estatutos es exigible, junto con los límites que a su contenido impone el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha de llevar a excluir en el momento de calificar su accesibilidad al Registro Mercantil, dada la presunción de validez que de su inscripción se deriva (artículo 20.1 del Código de Comercio), aquellas de sus determinaciones que de entrada susciten graves dudas sobre su legalidad, cual es la que aquí se analiza.".

SENTENCIAS

Por *Mª Emilia ADÁN GARCÍA*

STS 12 MAYO 1997

DOBLE VENTA. ADJUDICACIONES DERIVADAS DE PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. Artículos citados: 1473.2 Código Civil; 33, 34, 38, 131.8 y 133.2 de la Ley Hipotecaria.

HECHOS.- En escritura pública de fecha 8 de mayo de 1971 los hermanos X adquirieron por terceras partes indivisas la finca Z.

Posteriormente un tercio de la finca fue adjudicada a la sociedad A en procedimiento ejecutivo que terminó en escritura de venta de 7 de febrero de 1989, inscribiéndose a su nombre el 24 de mayo de 1989.

El 14 de noviembre de 1991 se canceló la inscripción de dominio de la sociedad A por mandamiento judicial de cancelación de cargas, que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 14 de noviembre de 1991. En la misma fecha se inscribió la adjudicación a favor de la sociedad B, como consecuencia de juicio ejecutivo, y de la escritura pública de fecha 19 de septiembre de 1991.

La sociedad A y la Sociedad B están en litigio en virtud de una tercería de mejor derecho.

La sociedad B, deseando cesar en la indivisión interpuso demanda de división de la cosa común estimándola el Juzgado de Primera Instancia que acordó la venta en pública subasta del bien, con intervención de licitadores extraños. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Tres son los motivos alegados por la recurrente:

1º.- Violación de los artículos 131.8º y 133.2 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 1516, 1517 y 1518 de la LEC antes de la reforma de la Ley 10/92.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo por entender que no hay discusión sobre la titularidad de la sociedad B, sino sobre quién tiene preferencia para hacerse el pago de sus créditos con el producto obtenido de su subasta judicial. El determinar ese derecho corresponde a la tercería, pero no a este procedimiento.

2º.- Violación del artículo 1473.2 CC en relación con los artículos 33 y 34 de la Ley hipotecaria.

Se desestima pues no hay doble venta ya que el artículo 1473 opera sobre inscripciones registrales vigentes, no canceladas.

El artículo 78 LH, autoriza las cancelaciones totales o parciales de las inscripciones, y en este caso fue un mandamiento judicial quien ordenó la cancelación.

3º.- Denuncia infracción del artículo 38 de la Ley hipotecaria por no haber sido vocada al pleito la sociedad A.

El Tribunal Supremo, reitera que el conflicto procesal entre las sociedades A y B se refiere a una tercería de mejor derecho y no de dominio.

Por lo expuesto, es desestimado el motivo.

STS 19 MAYO 1997

TERCERÍA DE DOMINIO. FRAUDE DE LEY. Artículos citados: 6.4, 480 y 513 Código Civil.

HECHOS.- El matrimonio A otorgó en escritura pública de 30 de enero de 1987 contrato de renta vitalicia con D. BBB, reservándose el usufructo sobre el inmueble cedido: una vivienda.

Esta escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 22 de junio 1987.

El mismo matrimonio donó a su hijo D. CCC una plaza de garaje en escritura pública de 17 de agosto de 1990, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad el 24 de mayo de 1991.

El 4 de febrero de 1991 se anotó en el Registro de la Propiedad un embargo contra el matrimonio A sobre la plaza de garaje y sobre la vivienda, si bien en este último caso sólo se anotó respecto al usufructo.

D. BBB y D. CCC interpusieron la acción de tercería de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial la estimó respecto a la vivienda y la desestimó respecto a la plaza de garaje.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- En primer lugar el Tribunal Supremo aclara la naturaleza de la acción de tercería de dominio, afirmando que es una "acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo.

En segundo lugar examina la tercería respecto a la vivienda, afirmando que debe mantenerse el embargo sobre el usufructo, aunque ha de levantarse sobre la nuda propiedad. Dos son las razones que se aducen para esta decisión:

1º.- El usufructo es un derecho transmisible tanto voluntariamente como forzosamente, (artículo 480 CC) sin perjuicio de su extinción (artículos 480 y 513 CC).

2º.- Los terceristas no están legitimados para ejercitar esta acción respecto al usufructo, al no ser titulares de ese derecho real.

Por último, respecto a la plaza de garaje, la Audiencia Provincial desestimó la acción revocatoria o pauliana por fraude de acreedores y la simulación, y sin declarar la nulidad de la donación desestima la tercería por "bordear el fraude de ley".

El Tribunal Supremo entiende que hay una donación que ni ha sido rescindida ni declarada inexistente, y a la que no cabe aplicar la doctrina y la norma del fraude de ley, ya que en este caso, no se han dado los requisitos:

—Que el acto sea realizado al amparo de una norma (ley de cobertura)

—Que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a la ley defraudada

Nos encontramos ante una donación válida de fecha anterior al embargo, y que por lo tanto ha de prevalecer, ya que el embargante que anota en el RP no está amparado por el principio de la fe pública registral, ni por tanto por el principio "prior tempore potior iure" que rige en los derecho reales. ■

RESEÑA LEGISLATIVA

* Los epígrafes en negrita y con recuadro se transcriben, total o parcialmente, en las páginas siguientes. En los Índices generales se indicará, a continuación del número de la revistilla, con las siglas TT o TP, respectivamente.

(Hasta BOE/DOGV 31 - 10 - 97)

Estado español

CALENDARIO LABORAL
Resol. DG Trabajo 13 oct (BOE 22): Fiestas laborales para 1998

REGISTROS DE LA PROPIEDAD — CUADRO DE INTERINIDADES
Resol. DGRN 3 oct (BOE 22): Modifica el cuadro de interinidades aprobado por Resol. de 29 oct. 1984 en cuanto a los Registros de Torrox y Vélez-Málaga 1 y 2.

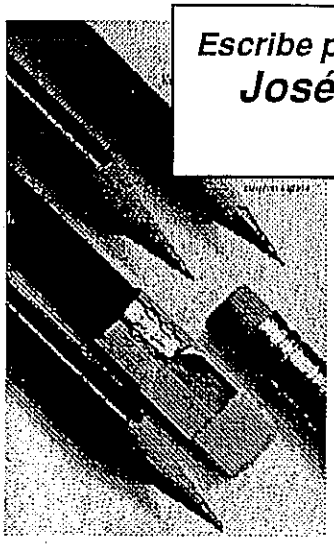
Cmdes. Autónomas

CASTILLA - LA MANCHA — SUELO Y ORDENACIÓN URBANA
Ley Cast.-manchega 5/97 de 10 jul (DOCLM 18 - BOE 17 oct): Medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana

CASTILLA - LA MANCHA — HACIENDA
Ley Cast.-manchega 6/97 de 10 jul (DOCLM 25 - BOE 17): Hacienda de Castilla-La Mancha

CASTILLA - LA MANCHA — GOBIERNO Y CONSEJO CONSULTIVO
Ley Cast.-manchega 7/97 de 5 sep (DOCLM 19 - BOE 17 oct): Del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

LA RIOJA — AGENCIA DE DESARROLLO ECONÓMICO
Ley riojana 7/97 de 3 oct (BOLR 9 - BOE 23): Creación de la Agencia de Desarrollo Económico de la Comunidad Autónoma de La Rioja. ■



Escribe para Lunes:
José Manuel García García
Registrador de la Propiedad

Meditaciones sobre la referencia catastral y la identificación catastral en la Ley 30/1996, de 30 de diciembre.

La Ley 30/1996, de 30 de diciembre, plantea el problema de si puede distinguirse entre la "referencia catastral" a que alude continuamente en su texto, de la "identificación catastral", a que alude también la misma como "operación específica" a realizar e incluso, si se admite esa primera diferenciación entre "mera referencia catastral" e "identificación catastral", no habría inconveniente en señalar otra diferenciación: la "mera identificación catastral" del número cinco del art. 53, por un lado, y la plena identificación catastral del número ocho del mismo art. 53 de la Ley, por otro lado.

Nos ocuparemos de todas estas distinciones, a sabiendas de que hay que hacer un cierto esfuerzo interpretativo de los escuetos preceptos legales que tratan sobre la cuestión.

Concretamente, la mera "referencia catastral", que no pasa de ser un conjunto de dígitos (actualmente veinte), es aludida en casi todos los pasajes de los artículos 50 a 53 de la mencionada Ley. En cambio, la "identificación catastral" es objeto de regulación en el párrafo segundo del apartado cuatro del art. 50 y en el apartado cinco del artículo 53 de la misma. Y la identificación catastral plena resultaría de los números siete y ocho del art. 53 de la Ley.

He aquí lo que dicen los citados preceptos acerca de la "identificación catastral" como "operación posterior específica":

— Art. 50.4 párrafo segundo: "En todo caso, se podrá reflejar registralmente la identificación catastral de las fincas como operación específica, de acuerdo con lo previsto en esta Ley".

— Art. 53.5: "En todo caso, el titular registral podrá solicitar la constancia de la identificación catastral de la finca inscrita, como operación específica conforme a las siguientes reglas:

"1ª. Si aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, situación y superficie que los que figuran en el Registro se hará constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. Lo mismo procederá si, coincidiendo la descripción y situación, la diferencia de superficie es inferior al 10 por 100 de la reflejada en el Registro, o cuando habiendo diferencia en el nombre o número de la calle, se justifica debidamente la identidad".

"2ª. Fuera de los casos previstos en la regla anterior, la consignación registral de la referencia catastral sólo podrá efectuarse mediante cualquiera de los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas".

"En ambos casos, el Registrador deberá comunicar al Catastro la relación de fincas objeto de identificación catastral posterior".

Aunque parece aventurado, a primera vista, tratar de obtener conclusiones de lo que podrían considerarse como variantes terminológicas ("referencia catastral", "identificación catastral"), la distinción entre ambos conceptos puede tener alguna explicación en el texto legal y, además, puede producir determinadas consecuencias en la interpretación de los textos legales y en la aplicación práctica de los mismos.

Por una parte, está el elemento "literal" de interpretación de las normas. Es evidente que en la ley se distingue cuidadosamente entre "identificación catastral" y "referencia catastral", pues se insiste por tres veces en el concepto de "identificación catastral", al contemplarla como operación específica con determinados requisitos.

Por otra parte, está la conveniencia de distinguir dos o más estadios, fases o momentos en materia de referencia catastral, sobre todo si se pretende flexibilizar la interpretación y aplicación de la norma (criterio lógico de interpretación), y se pretende una aplicación progresiva de la coordinación Catastro-Registro, que siempre se ha planteado en sucesivas fases o escalones. Además, en este primer estadio legislativo es conveniente que no se pierdan datos de identificación por ser excesivamente rigurosos; por lo que admitir la entrada de datos catastrales con efectos informativos inferiores a los que tienen otros datos más contrastados, siempre es lo más adecuado, a la espera de poder contrastar en un momento ulterior todos los datos recogidos.

Una primera fase sería la mera constancia registral de la referencia catastral referida a un número catastral de 20 dígitos en su última formulación, que representaría una identidad de localización de la finca, en el sentido de que la finca registral se localiza en la situación en que está la referencia catastral, pero sin prejuzgar si las descripciones de la finca registral y de la parcela catastral son o no iguales o similares. La constancia de la referencia catastral representa así un primer paso: significa la identidad de localización o situación de la finca registral con la parcela catastral. La finca registral se localiza en esa referencia catastral. Por ello no significa que los datos descriptivos sean idénticos, ni que el Registro recoja en sus asientos todos los datos de identificación de la parcela catastral que constan en el Catastro.

Por eso se explica que el número once del art. 53 de la Ley diga que "la constancia de la referencia catastral en los asientos del Registro de la Propiedad tendrá por objeto el cumplimiento de los fines de esta Ley (fundamentalmente fiscales y de evitar fraudes) y posibilitar el trasvase de información entre el Registro y el Catastro (y no el trasvase directo de información de uno a otro). Y se explica también que "los errores en la referencia catastral no afectarán a la validez de la inscripción". Se trata, por tanto, de un dato simplemente informativo de localización de la finca registral dentro de la situación que marca la referencia catastral, pero sin descender a los detalles de plena "identificación de descripciones y superficies" entre finca registral y parcela catastral, que sólo pueden conseguirse en otro estadio posterior, que es el de la "identificación catastral de la finca registral".

La consignación de la referencia catastral no exige expresar, en principio, la superficie catastral, pues no se plantea una identificación plena, sino una simple localización. Por eso, el apartado a) del número Dos del art. 51 muestra una cierta indiferencia por la superficie,

al prever que no consten en los documentos ni siquiera los datos de "superficie catastral" ("si constare esta última" ¡¡). En cambio, para la "identificación catastral" se exige ineludiblemente la constancia de la "superficie catastral", según señala tajantemente la regla 1ª del apartado Cinco del artículo 53 de la Ley.

Una segunda fase o estadio es la posibilidad de reflejar con mayor precisión la "identificación catastral" como operación específica, en base a una certificación catastral en que conste la situación, denominación y superficie, y no plantee ningún problema de identidad.

La distinción entre constancia registral de la "referencia catastral" e "identificación catastral de la finca registral" tiene también otras consecuencias, que consisten en que sólo produce una obligación o deber de comunicar al Catastro "la identificación catastral" y no la mera "constancia de la referencia catastral" (confr. último párrafo del número cinco del art. 53 de la Ley).

La distinción entre una y otra figura también permite contemplar de distinto modo el grado de relación en la coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro, y en la aplicación o no de los principios de legitimación y fe pública registral a los datos físicos.

Con la mera constancia de la referencia catastral, la presunción de legitimación del artículo 38.1º LH, que hay que reconocer, se quiera o no, a todo dato que conste en la inscripción, dado que la presunción legitimadora es "en la forma determinada por el asiento respectivo", consistirá en esa primera fase o modalidad, en una presunción "iuris tantum" de que la finca registral tiene relación con esa "referencia catastral". Pero no significa "identificación catastral de la finca registral", no sólo porque en la Ley se contempla con distintos requisitos, sino sobre todo, porque en la mera constancia de la "referencia catastral" no se modifica la superficie que figura en el Registro.

Desde esta perspectiva, es perfectamente compatible que exista, por un lado, una superficie según Registro y otra superficie según Catastro. El principio de legitimación registral sólo se podría aplicar a la superficie que figura en el Registro (conforme a la sentencia d 21 de marzo de 1953), pero no a la superficie que consta en el Catastro, pues éste es un Registro meramente administrativo, sin efectos jurídicos sustantivos civiles, y por tanto, carente de presunciones legitimadoras. El citado principio de legitimación registral se aplicaría también en el sentido de que la finca registral está localizada en el lugar que indica la referencia catastral, pero sin prejuzgar su coincidencia descriptiva exacta con la parcela catastral, pues ello no resulta del asiento registral.

En cambio, si se hace constar en el Registro la "identificación catastral" conforme al número cinco del art. 53 de la Ley, entonces el asiento registral recogerá no sólo el número de localización de referencia catastral, sino también la superficie, denominación y situación de la finca en el Catastro, que son los datos fundamentales en la Ley para realizar esa "identificación catastral". En tal caso, al recoger en el Registro los datos de denominación, situación y superficie catastrales, el principio de legitimación presumirá, conforme al art. 38 LH, que el derecho real existe y pertenece a su titular "en la forma determinada por el asiento respectivo", es decir, relativo a finca identificada catastralmente no sólo en su localización o situación dentro del número de referencia catastral, sino con la superficie catastral. Todavía quedaría el problema de los linderos, pero cabría plantear que la Ley ha prescindido de momento, en el estado actual de la regulación de la relación Registro-Catastro, de los

mismos, por lo que el principio de legitimación registral seguiría aplicándose todavía a los linderos que figuren en el Registro.

La distinción entre "constancia de la referencia catastral" e "identificación catastral" permite también explicar algunos contrasentidos y situaciones difíciles que se producen en la práctica diaria, si no se atiende a esa distinción.

Así por ejemplo, vemos que si no se hace constar la referencia catastral dentro del cuerpo de la inscripción, bien por no haberse cumplido la obligación de reflejarla en los documentos que se establecen, o bien por no haber atendido la advertencia del Registrador para que se aportase la referencia catastral dentro del plazo de despacho, y se plantease la posibilidad de que el interesado quisiera consignar la referencia catastral como operación registral posterior a la práctica de las inscripciones, resultaría que si se identificase "referencia catastral" con "identificación catastral", se produciría un contrasentido.

Dicho contrasentido sería el siguiente:

— Para la constancia registral de la "referencia catastral" en el cuerpo de la inscripción, se exigirían unos requisitos, y en cambio, para la constancia registral de la "referencia catastral" con posterioridad a la inscripción, se exigirían requisitos diferentes. Así por ejemplo, para la operación específica posterior no cabría aportar el "recibo", sino sólo "certificación catastral", y sólo podría solicitarla el título registral, a diferencia de la constancia de la referencia catastral, que podría pedirla quien solicite cualquier asiento en el Registro. Y que no se diga que en el caso de constancia registral "conjunta" la referencia catastral ya viene en el documento inscribible, pues frente a ello está el supuesto en que el Registrador comunica al interesado para que aporte el recibo o certificación por no constar la referencia catastral en el documento inscribible.

Además, para la constancia de referencia catastral conjunta en el cuerpo de la inscripción, no sería preciso aportar el dato de superficie, y en cambio, para la operación posterior específica, sí. Pero no se puede tratar igual a lo que es desigual. Si el número cinco del art. 53 señala distintos requisitos a la "operación específica de identificación catastral", ha de entenderse que es porque no se trata sólo de hacer constar una simple "referencia catastral de localización de la finca", sino una "identificación catastral de la finca registral".

Por ello, aunque existen algunas lagunas y dificultades en el texto legal, la interpretación coherente de dicho texto, ha de permitir también una "constancia registral de la referencia catastral" como operación específica posterior, así como una "identificación catastral de la finca registral" como operación conjunta incluida en la práctica del asiento del documento correspondiente.

Quiérese decir que aunque el texto legal sólo regula la constancia registral de la referencia catastral como operación en el momento de practicar un asiento, y la identificación catastral como operación específica a practicar con posterioridad por nota marginal, ha de entenderse, para cubrir las lagunas, que cabe perfectamente:

— La práctica de una simple operación específica de constancia de "referencia catastral" de localización de la finca, sin plena identificación catastral de superficie.

— Y también habría de permitirse la identificación catastral de la finca registral a través de la superficie catastral con ocasión de la práctica de la constancia de la referencia catastral al inscribir el documento correspondiente.

La solución radica según se aporte o no el dato de la superficie catastral.

Si en el recibo o certificación catastral aportada antes de practicar la inscripción del documento consta la superficie catastral, y el Registrador comprueba la identidad de superficie y demás datos descriptivos (situación, denominación) de la finca registral con la catastral, debería poder consignar la referencia catastral y al mismo tiempo la identificación catastral de la finca registral.

Si en el recibo o certificación catastral aportada con posterioridad a la inscripción del documento, no consta la superficie catastral, no podrá practicarse la "identificación catastral" a que se refiere el número cinco del art. 53 de la Ley, pero no debería haber inconveniente en practicar la constancia de la mera "referencia catastral" de localización de la finca registral, sin el dato catastral de la superficie.

El argumento es de analogía y de "reductio ad absurdum": Si cabe la constancia de la referencia catastral antes de practicar la inscripción por la mera aportación del recibo o certificación catastral sin expresión de superficie, no se explica por qué no se iba a poder hacer constar "a posteriori" esa referencia catastral por nota marginal, en base a ese mismo recibo o certificación catastral en que no conste la superficie.

Y viceversa: si cabe la constancia de la "identificación catastral" a través del dato de la superficie, como operación específica posterior, no se ve por qué no va a ser posible realizar esa misma "identificación catastral" como operación conjunta, si se aportan esos mismos datos de superficie.

Obsérvese, además, que la constancia de la referencia catastral es a instancia de "quien solicite del Registrador la práctica de un asiento registral" (art. 50.Dos). Y en cambio, la constancia del a identificación catastral es a solicitud del "titular registral", es decir, el titular registral de la finca.

Por otra parte, tanto la constancia de la referencia catastral como la identificación catastral requieren ciertos requisitos de "identidad", pues ni la una ni la otra se pueden hacer constar alegremente.

Pero no es el mismo el grado de identidad que se exige para localizar simplemente la finca registral dentro o en una referencia catastral, que la identidad que se exige para realizar una identificación catastral.

Para la constancia de la referencia catastral no se exige calificar la identidad atendiendo a la superficie catastral, aunque ésta puede tenerse también en cuenta, si consta en el documento. En cambio, para la constancia de la identificación catastral es necesario constar con el dato de la superficie catastral.

Por eso, el art. 53. Uno, de la Ley, en su párrafo segundo, señala que "cuando el Registrador considere que la referencia catastral, que resulte de los documentos aportados por el interesado, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende", y quiere referirse a un problema de identidad de la localización o situación de la finca registral en relación con la referencia catastral, es decir, al simple problema de si pueden considerarse superpuestas una y otra, y no naturalmente, a la identidad total de superficies, pues dicho precepto no alude a ello, desde el momento en que puede faltar la mención de la superficie en el recibo o en el certificado. Es más, ningún recibo de Urbana ni ningún certificado catastral de los que se han puesto en circulación contiene datos de medida superficial.

Lo que se plantea por tanto, en ese párrafo, es la identidad de localización o superposición de finca registral-referencia catastral y no la identidad descriptiva total. Eso no significa que

la superficie pueda jugar también respecto a esa identidad de localización, sino que la superficie puede o no constar, y por tanto, al no ser imprescindible, no puede significar identidad descriptiva de superficie, en todo caso.

Y por eso, la interpretación del número Dos del art. 53 de la Ley, al aludir a la constancia registral de la referencia catastral por los medios inmatriculadores, con publicación de edictos y con suspensión de efectos respecto a terceros, significa que lo que está en juego en ese supuesto es la simple localización de una finca registral en el lugar marcado por la referencia catastral, pero sin entrar en los problemas de identidad o no de superficie, pues mal podría inmatricularse la superficie catastral si no se aporta ni se hace constar en el Registro. En tal caso, lo que presumiría el asiento de inmatriculación es que la finca registral está localizada en el lugar que marca la referencia catastral, pero no presumiría la superficie que consta en el Catastro si no ha sido reflejada en el Registro al inmatricular. Y ello por imposibilidad lógica: porque el principio de legitimación registral sólo se refiere a los datos de superficie en el asiento registral, sólo se presumirá que la finca registral está localizada en una referencia catastral, pero sin presumir que tiene la superficie que marca en el Catastro esa referencia catastral, pues para este segundo paso de presunción, sería necesario que se reflejara en el Registro la superficie catastral.

Y por lo mismo, la suspensión de efectos respecto a terceros, se refiere a la suspensión de efectos en cuanto a la simple localización o situación de la finca registral en el lugar marcado por la referencia catastral, pero de ningún modo podría referirse a la superficie catastral, que no quedaría consignada con la mera referencia catastral.

En cambio, si se pretende una consignación de referencia catastral con superficie catastral diferente de la registral, conforme a la regla 2ª del número cinco del artículo 53 por los mismos procedimientos inmatriculadores a que se refiere dicha regla, entonces el asiento registral reflejaría la identificación catastral con mayores datos descriptivos que la mera "referencia catastral", y ello permitiría hacer presunciones más amplias derivadas del principio de legitimación, e incluso, dentro de los límites permitidos, del principio de fe pública respecto a terceros.

En definitiva, la mera constancia de la "referencia catastral" no implica que el asiento registral presuma los datos catastrales que no figuren en la inscripción, pues sería vulnerar el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que exige que los datos presumidos resulten directamente del asiento registral.

En cambio, si con motivo de una mayor precisión se está en la fase de identificación catastral, el principio de legitimación registral podría presumir el dato de la superficie si se recoge en el asiento el dato catastral.

Ahora bien, hay que reconocer que existe un obstáculo para la identificación plena de la finca y para la constancia de la superficie catastral, y es el de si al aludir el art. 53. Cinco. regla 1ª de la Ley, al margen de diferencia superficial inferior al 10%, ello significa que se puedan hacer constar excesos de cabida en el Registro tomándolos directamente de la certificación descriptiva catastral del citado precepto, sin tener en cuenta la certificación gráfica a que alude el número Ocho de dicho art. 53.

No parece que sea así. El Registro recogería una mayor identificación catastral de la finca registral, pero siempre con la superficie resultante del Registro, que marcaría en este caso una diferencia con el Catastro inferior al 10%. Ello permitiría una "mayor identificación", pero no una "identificación total".

La identificación total entre finca registral y parcela catastral se conseguiría en una tercera fase o tercer grado de identificación, que ya no sería ni el primer paso o fase de la simple "referencia catastral", ni el segundo paso o fase de la "identificación catastral" del número cinco del art. 53 de la Ley, sino una tercera fase de "plena identificación superficial", que se obtendría a base de "la rectificación de la cabida" por el procedimiento señalado en el párrafo primero del número Ocho del art. 53 de la Ley, es decir, a través de una "certificación catastral descriptiva y gráfica" que no ofrezca dudas sobre la identidad de la finca.

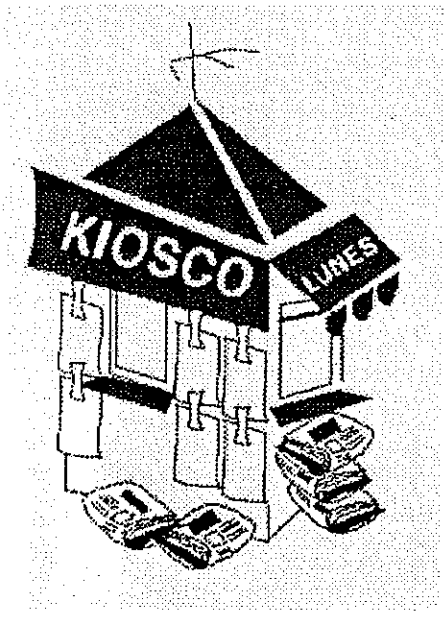
En cambio, los otros medios de rectificación de cabida o linderos que señala el número Ocho del citado art. 53 de la Ley, aunque son factibles, no representarían una plena identificación entre finca registral y parcela catastral, por lo que la coordinación entre ambas podría producirse "a posteriori" por otros cauces (rectificación del Catastro, ulterior identificación entre finca registral y catastral, etc.).

Por ello, entendemos que la práctica de operación registral específica posterior puede ser de tres clases:

a) O de mera constancia registral de referencia catastral, como constancia de número catastral de localización o situación de la finca registral, que lógicamente debería poder hacerse constar por los mismos medios que marca el art. 53 números uno, dos y tres (aportación de recibo o certificación catastral, aunque no constase la superficie). En este caso, la nota marginal expresaría: "Aportado el número de referencia catastral de esta finca, que es el ....., según certificación catastral o recibo..." En la nota al pie del título, podría expresarse que se ha hecho constar el número de referencia catastral por nota al margen, pero estando pendiente de identificación catastral de la superficie, pues actualmente la superficie registral es....

b) O de identificación catastral de la finca registral si se aporta certificación catastral con expresión de situación, denominación y superficie (con diferencia inferior al 10%). En este caso, la nota marginal sería: "Identificada catastralmente la finca registral con el número de referencia catastral en virtud de aportación de certificación catastral expresiva de situación, denominación y superficie, que según Catastro es ... y según Registro ..., quedando pendiente de constancia registral el exceso de cabida catastral".

c) O de plena identificación catastral de la finca registral con constancia registral del exceso o defecto de cabida que resulte del Catastro, en base a la certificación catastral descriptiva y gráfica a que alude el párrafo primero del número Ocho del artículo 53 de la Ley. En este caso, se practicaría una inscripción de exceso o defecto de cabida, con lo que quedarían plenamente identificadas la finca registral y la parcela catastral.

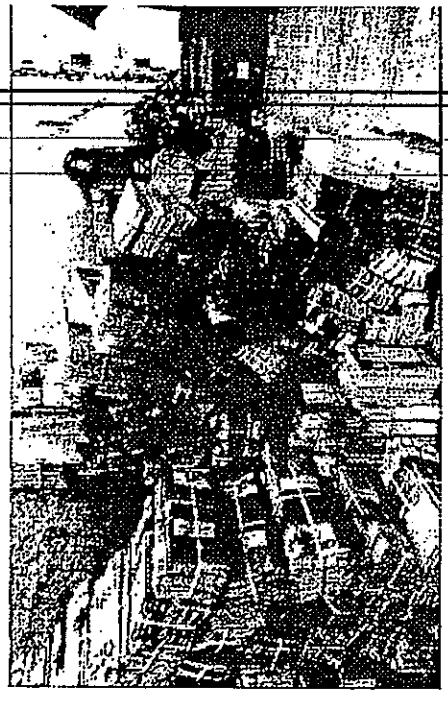


La inscripción de las obras nuevas conforme al Real Decreto 1093/97.

Juan Ruiz-Rico Márquez

(Tomado del BIR de Granada, núm. 63, octubre 1997, pág. 25)

Los artículos 45 a 55 (Capítulo VI) del Real Decreto 1093/97 de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, han desarrollado el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, procurando solventar algunas de las dudas que en la práctica se habían suscitado sobre la actuación registral con respecto a las obras nuevas. A efectos metodológicos pasaremos a analizar uno por uno los nuevos preceptos, reseñando los comentarios que los mismos nos sugieren.



ARTÍCULO 45.- Inscripción de obras nuevas.

Los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

El artículo que comentamos complementa al 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento, relativos a las circunstancias que debe reflejar toda inscripción, exigiendo ineludiblemente que en la descripción de los edificios, o mejoras de los mismos que por accesión se incorporen a la finca, se haga constar el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de los metros cuadrados del edificio; por su parte, sólo deberán consignarse el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente si en el proyecto se especifica.

Así el Registrador debe calificar si la escritura contiene todos los datos exigidos por el precepto y si del proyecto resultara el número de viviendas o elementos, incluso sin que se hubieran hecho constar en la escritura, debería consignarse en la inscripción.

ARTÍCULO 46.- Requisitos para la inscripción del título.

Para inscribir los títulos comprendidos en el artículo anterior será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible.

2.- Si el edificio estuviere en construcción que se acredite por el Técnico a que se refiere el artículo 50 que la descripción de la obra nueva, en cuanto a los extremos comprendidos en el artículo anterior, se

ajusta al proyecto para el que, en su caso, se obtuvo la licencia.

3.- Si el edificio se declara concluido el certificado deberá acreditar, además de lo previsto en los números anteriores, que la obra ha finalizado y que se ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente.

Analizaremos seguidamente los requisitos precisos para practicar la inscripción:

a) **licencia**.- Debe acreditarse su obtención salvo en los casos en que legalmente no fuere exigible. Esta excepción supone una novedad con respecto a la redacción del art. 37 del T.R. que no la preveía. En los casos en que no sea necesaria la licencia será preciso obtener una declaración administrativa en que así se haga constar, declaración ésta que, de alguna forma, equivaldrá a la de innecesariedad regulada para las divisiones de terrenos.

Con respecto a quién debe expedir la licencia, conviene recordar que corresponde al Alcalde otorgarla cuando así lo dispongan las Ordenanzas; pudiendo delegar tal facultad a favor de la Comisión de Gobierno y, donde ésta no exista, en los Tenientes de Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones especiales que, para cometidos específicos, pueda realizar en favor de cualesquiera concejales, aunque no pertenecieren a aquella comisión (Art. 21, 11 y 23.4 de la Ley 7/85 de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local y art. 24 de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local —R.D.L. 781/1986— así como el art. 41.9 del Reglamento Orgánico de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2568/1986 de 28 de noviembre).

Por su parte, del art. 192 del Reglamento Orgánico resulta que las resoluciones de los Alcaldes se extenderán a su nombre y que cuando se dicten por delegación se hará constar expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por la autoridad que la hubiere conferido. Las comunicaciones dirigidas a las autoridades irán firmadas por los alcaldes y las demás que den traslado de acuerdos —como el de conceder una licencia— o resoluciones serán suscritas por el responsable de la Secretaría (ver asimismo art. 9.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales del cual resulta también que los documentos en que se formalicen las licencias y sus posibles transmisiones serán expedidos por el Secretario). En definitiva, puede firmar la notificación el secretario, pero en ella debe hacerse constar que efectivamente se dictó la resolución por la Alcaldía o por el Organo competente. Por tanto, no cabe aplicar a las comunicaciones el mismo régimen que para las certificaciones establece el art. 205 del Reglamento Orgánico del que resulta que estas últimas serán expedidas por el Secretario y llevarán el visto bueno del Presidente de la Corporación.

b) **certificado del técnico**.- Además de la licencia, si el edificio está en construcción, debe acreditarse por el técnico competente que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la primera. Si, por contra, está terminada, se exige que el técnico acredite que la obra ha finalizado y se ajusta al proyecto. En principio pues esta parte del precepto que comentamos no añade nada al art. 37 del T.R., si bien la redacción del punto 3º es defectuosa pues reseña que en las certificaciones de obra nueva concluidas el certificado deberá acreditar "además de lo previsto en los números anteriores", cuando en realidad debería haberse redactado diciendo "además de lo previsto en el número anterior", habida cuenta de que el número primero se refiere a la licencia que, obviamente, no se acreditará por el certificado del técnico.

ARTÍCULO 47.- Título y nota marginal de finalización de la obra nueva declarada en construcción.

Cuando la obra se hubiere declarado e inscrito en construcción, se aplicarán las siguientes reglas:

1.- Su finalización deberá hacerse constar por nota al margen de la inscripción. Dicha nota se practicará en virtud de acta notarial en la que cualquiera de los legitimados conforme a lo dispuesto en este artículo acredite dicha finalización mediante incorporación de la certificación referida en el apartado 3 del artículo anterior.

2.- Será inscribible el acta a que se refiere el párrafo anterior cuando hubiese sido requerido su otorgamiento por el titular registral o por las siguientes personas:

a) Aquella que hubiere declarado la obra nueva en construcción, aún cuando hubiese transmitido el dominio en todo o en parte.

b) Si la finca perteneciese a varios titulares en proindiviso, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración.

c) El presidente de la junta de propietarios, si el edificio estuviera constituido en régimen de propiedad horizontal.

d) Cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuído a su sociedad conyugal.

Tampoco añade gran cosa este precepto —salvo lo consignado en el párrafo segundo— al art. 37 del T.R. aunque constituya, hasta cierto punto, una novedad el exigir explícitamente la constancia de la terminación de obra por nota marginal, nota marginal que antes de la entrada en vigor del Real Decreto 1093/97 cabía deducir del art. 309.3 del T.R.

Tal y como ya hemos apuntado el párrafo verdaderamente novedoso del precepto es el segundo, ya que permite se requiera el acta de terminación de obra por el titular registral o por quien hubiese declarado la obra nueva en construcción (aunque hubiese transmitido el dominio en todo o en parte), por los titulares en proindiviso que reúnan la mayoría necesaria para los actos de administración, por el presidente de la junta de propietarios o por cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuído a su sociedad conyugal. Se da así cobertura reglamentaria a la tendencia de la Dirección General de los Registros y el Notariado (Resolución de 21 de febrero del 95) encaminada a facilitar el acceso al registro de las obras nuevas, permitiéndose que en determinados casos —pese a la redacción del art. 93.2 del Reglamento Hipotecario— inste el acta no sólo el titular registral sino también otras personas interesadas. El fundamento de tal aparente contravención al principio de Tracto Sucesivo, radica en la circunstancia de que la terminación de obras tiene la consideración de un hecho —y no de un nego-

cio jurídico— pudiendo por ello documentarse en acta y no en escritura, a solicitud de cualquier interesado —la legitimación para instarla coincide sustancialmente con la regulada en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para solicitar la inscripción—.

ARTÍCULO 48.- Incorporación o testimonio notarial de documentos complementarios.

Para la inscripción registral de los títulos por los que se declare la obra nueva o su terminación, será necesario que la incorporación de documentos complementarios se ajuste a las siguientes reglas:

1.- En las escrituras de declaración de obra nueva habrá de testimoniarse literalmente la licencia concedida.

2.- En caso de que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto, se incorporarán a la escritura, en original o por testimonio:

a) la certificación administrativa del acto presunto.

b) en caso de que no se hubiere expedido esta última, el escrito de solicitud de la licencia, y, en su caso, el de denuncia de la mora, el escrito de solicitud de la certificación del acto presunto, todos ellos sellados por la Administración actuante, y la manifestación expresa del declarante de que, en los plazos legalmente establecidos para la concesión de la licencia solicitada y para la expedición de la certificación del acto presunto, no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia solicitada ni tampoco se le ha expedido la certificación del acto presunto.

Así pues, para la inscripción de los títulos por los que se declaren obras nuevas o su terminación, será necesario que la incorporación de los documentos complementarios se sujete a las siguientes reglas:

1ª) En las escrituras de obra nueva habrá de testimoniarse literalmente —esta última palabra no la emplea el art. 37 del T.R.— la licencia concedida. En nuestras notas a los artículos 78 a 80 del Real Decreto 1093/97 apuntábamos, con respecto a las segregaciones o divisiones, ante la posibilidad de que la licencia apareciese en el Registro con posterioridad a la escritura —y por tanto no incorporada a ella— la conveniencia de entender registrable el acto, habida cuenta de que al Registrador se había demostrado la existencia de tal documento administrativo, sin perjuicio del consiguiente incumplimiento de sus obligaciones por parte del Notario autorizante. Entiendo que esta misma postura antiformalista es predicable en materia de obras nuevas, tomándose las precauciones que señalábamos en nuestro artículo relativo a las segregaciones publicado en estas mismas páginas, tales como dejar archivada en el Registro copia autenticada del documento administrativo, así como consignar en la nota al pie del título que la inscripción se ha practicado en base a la escritura y la licencia, cerciorándose el Registrador, sobre todo, de que no puede haber duda en cuanto a la coincidencia de las fincas reseñadas en la licencia y las de la escritura.

De alguna forma podría buscarse apoyo a esta teoría en el artículo 79 del Real Decreto 1093/97 pues pese a exigir el artículo 78 del referido Decreto que en principio la licencia o declaración de innecesariedad deberían testimoniarse en la escritura, en el número 2º del referido art. 79 se permite que, ante el requerimiento del Registrador, el Ayuntamiento comunique al mismo que no existe parcelación urbanística ilegal, lo cual implicará qua la declaración de innecesariedad acceda al Registro sin estar incorporada al título.

2ª) En caso de que la concesión de la licencia tenga lugar por acto presunto, sería igualmente aplicable la postura expresada con respecto a las licencias, con la salvedad de que, en estos casos, aparte de exigirse ciertos documentos autenticados por la administración como el escrito de solicitud de la licencia, el de denuncia de la mora, y el de solicitud del acto presunto, se debe acompañar, además, la manifestación expresa por parte del interesado de que no se le ha comunicado por la Administración la correspondiente resolución denegatoria de la licencia ni certificación del acto presunto. Para dichas declaraciones —por analogía con el art. 49.3 del Real Decreto regulador de la certificación del técnico— deberá exigirse la legitimación notarial de la firma del declarante.

La referencia que en el precepto se hace al escrito de denuncia de mora y a la certificación de los actos presuntos hay que entenderla en el sentido de que se prevé puedan los interesados haber hecho uso, tanto de la posibilidad que les brindan los artículos 42 a 44 de la Ley 30/1992 de 26 de diciembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo y Común, como de lo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

El esquema sobre el procedimiento a seguir en ambos supuestos sería como sigue.

L.R.J.A.P. y P.A.C.

1.- Plazo para resolver por el órgano competente para conceder la licencia: será de tres meses, salvo que la propia Administración haya prorrogado este plazo por un periodo que nunca podrá superar los seis meses.

2.- Transcurrido el plazo se entiende concedida la licencia por silencio.

3.- Para acreditar la concesión de la licencia por silencio positivo debe solicitarse al órgano que debió dictar la resolución, certificación del acto presunto que deberá ser expendida en el plazo de veinte días. Si no se emite la certificación, los actos presuntos se acreditarán mediante la exhibición de la solicitud de la misma.

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

1.- Solicitud presentada en el Registro General de la Corporación, acompañada del proyecto técnico con tantos ejemplares como organismos hubieren de informar la petición.

2.- Plazo de dos meses a contar desde la fecha de ingreso en el Registro General para conceder la licencia, salvo que se hubiesen apreciado deficiencias subsanables y se le hubieren notificado al interesado para que las subsane en el plazo de quince días, periodo éste durante el cual se entiende inte-

rrumpido el plazo conceder la licencia.

3.- Si transcurrido el plazo, con la prórroga de subsanación, de haber lugar a ella, sin que se hubiere notificado resolución expresa, el peticionario de licencia podrá acudir a la Comisión Provincial de Urbanismo y si en el plazo de un mes no se notificara al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo.

Como se observará el precepto prevé la posibilidad de acudir tanto a la Ley de Procedimiento Administrativo como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y en ambos casos, conforme al artículo 54, el Registrador, deberá dar cuenta al Ayuntamiento de la inscripción, haciendo constar la práctica de la notificación en la inscripción y en la nota de despacho.

ARTÍCULO 49.- Certificado del técnico.

La justificación por técnico competente de los extremos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse:

1.- Por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura o autorización del acta que, en cada caso, proceda.

2.- Por incorporación a la matriz de la escritura o del acta de previa certificación del técnico, con firma legitimada notarialmente, que contenga la descripción de la obra nueva, coincidente con la del propio título en cuanto a los extremos que deben acreditarse.

3.- Por la presentación de la certificación del técnico, con el carácter de documento complementario del título inscribible. En este caso, la firma del certificado debe ser objeto de legitimación notarial, y en su contenido se deberá hacer expresa referencia a la descripción de la obra en construcción o finalizada objeto de la escritura o del acta, así como el nombre del Notario autorizante, fecha del documento y número del protocolo.

Este artículo pretende aclarar algunas de las dudas suscitadas por el Texto Refundido del 92, dudas que tuvimos ocasión de comentar en unas notas publicadas en el número 14 del Boletín de Información Registral de Granada. En definitiva la justificación por el técnico de los extremos a que se refieren los artículos que preceden al 49 podrá hacerse:

1.- Por comparecencia en la escritura o acta, manifestando, claro es, la acomodación de la obra al proyecto para el que se obtuvo la licencia. Se da así cobertura reglamentaria a una práctica muy extendida —las dudas que al principio se suscitaron quedaron en gran medida disipadas cuando la Dirección General declaró que no era imprescindible el visado colegial en los certificados de los técnicos— y que se ha revelado muy eficaz.

2.- Por incorporación a la matriz de certificación previa a la escritura. Como en este caso el técnico habrá certificado sin tener conocimiento del título notarial, deberá consignar la descripción de la obra en su certificado, debiendo el Registrador comprobar que la misma coincide exactamente con la reseña en la escritura.

3.- Presentación del certificado como documento complementario, haciendo referencia a la descripción contenida en la escritura así como al nombre del Notario, fecha y número de protocolo, al objeto de evitar cualquier duda al respecto. La firma debe ser legitimada notarialmente, sin que se prevea la posibilidad de ser puesta a presencia del Registrador, posibilidad ésta que tal vez hubiera sido deseable. No se exige, sin embargo, tal y como ya apuntábamos, el visado colegial conforme a la Doctrina establecida en la Resolución de 9 de febrero de 1994, al declarar el Centro Directivo, pese a existir argumentos de peso para exigirlo, la no necesidad del mismo. Ese pronunciamiento de la Dirección General rechazando el visado, planteaba en la práctica dos tipos de problemas:

—Cómo determinar la autenticidad de la firma del técnico. Evidentemente no cabía más remedio que acudir a la legitimación notarial, tal y como hoy exige taxativamente el art. 49 del Real Decreto para el caso de que el técnico no comparezca en la propia escritura.

—Acreditar que quien aparece como tal sea realmente técnico (no creemos que en principio el Registrador, salvo en casos muy patentes, deba entrar en cuestiones relacionadas con el ámbito competencial de las respectivas profesiones), lo cual en la actualidad queda resuelto por el art. 50 del Real Decreto que seguidamente comentaremos.

ARTÍCULO 50.- Técnico competente.

A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, se tendrá por técnico competente:

1.- El que por sí sólo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación.

2.- El que por sí sólo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra.

3.- Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio Profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes.

4.- El técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función.

Así pues, cuando quien certifique sea el mismo técnico que firmó —por sí sólo o en unión de otros— el proyecto, si es que su declaración no se ha hecho mediante comparecencia en el otorgamiento de la escritura o mediante certificado firmado en presencia del Notario, podría dicho funcionario legitimar su firma en base a la coincidencia con la que figura en el proyecto (art. 256 del Reglamento Notarial). No quedará duda alguna, por tanto, sobre la competencia del técnico por ser el mismo que suscribió el referido proyecto.

Cuando quien certifique fuera el técnico que, por sí sólo o en unión de otros, tuviere encomendada la dirección de la obra, su competencia no podrá acreditarse sino mediante certificación colegial, al ser personas distintas la que suscribió el proyecto y la que ahora certifica. De no ser hecha la declaración correspondiente mediante comparecencia en el otorgamiento, la firma del certificado deberá ser inexcusablemente puesta ante el Notario al no tener este la posibilidad de cotejarla con la del proyecto.

Como se indica en el punto 3ª del art. 50, cuando suscriba la certificación o comparezca ante el Notario cualquier técnico distinto del que firmara el proyecto o tuviera encomendada la dirección de la obra, no cabe otro medio para acreditar su

competencia que la correspondiente certificación colegial.

Por último se permite que sea el técnico municipal del Ayuntamiento quien acredite la acomodación de la obra a la licencia, dándose cobertura reglamentaria a lo establecido en la Resolución de la D.G., de 26 de febrero de 1996, si bien en el supuesto origen de la misma era el Secretario, con el visto bueno del Alcalde, quien acreditaba la conformidad de una obra nueva con la legalidad urbanística.

ARTÍCULO 51.- Inscripción de títulos que tengan por objeto la obra declarada en construcción.

Cuando en el asiento no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o algunos de sus pisos o locales, se inscribirán con la descripción resultante de aquél, haciendo constar el Registrador en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se practique la nota registral de su finalización, único medio de dar publicidad "erga omnes" del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente.

Este precepto que, sin lugar a dudas deja en entredicho la deseable concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, ha ido más lejos que la reciente Resolución de 21 de marzo de 1997, la cual permitió la inscripción de una hipoteca sobre una finca que en el Registro aparecía como en construcción, mientras que en la escritura se decía estaba terminada, en base a la extensión de la hipoteca a las edificaciones. El referido pronunciamiento, discutible y discutido, de la Dirección General para un caso concreto como es el Derecho Real de Hipoteca, hay ahora que aplicarlo siempre, procediéndose a la inscripción de derechos que aparezcan constituidos sobre obras nuevas que se dicen terminadas, aunque en el Registro aparezcan como en construcción, con la mera constancia por parte del Registrador en la nota de despacho de la real situación registral de la finca. Como pusieron atinadamente de manifiesto Juan María Díaz Fraile y José Manuel García García en un artículo recientemente publicado en el cual se comentaba la referida resolución (vid. **Boletín de Información Registral del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental**, nº 60), se está propiciando que en la práctica no tengan acceso al Registro las terminaciones de obra.

ARTÍCULO 52.- Reglas aplicables a otras construcciones.

Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurran los siguientes requisitos:

a) que se apruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título.

b) que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.

c) que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

En contra de lo que pudiera parecer, este precepto no ha alterado la Disposición Transitoria Quinta del T.R. de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/92 de 26 de junio, la cual establece que: "*las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no procedan dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular*".

La Disposición Transitoria comentada —o mejor dicho su precedente, la Disposición Transitoria sexta de la Ley del Suelo de 1990— ha sido tenida en cuenta al dictarse las Resoluciones de 4 de febrero de 1992, 17 de junio de 1993 y 3 de noviembre de 1995 (que declaró aplicables los postulados de la Disposición Transitoria para las obras nuevas en suelo rústico). La doctrina del Centro Directivo establece que la acreditación de la existencia de construcciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/90 se realizaría mediante certificación urbanística, administrativa, certificación de los antecedentes del Colegio Profesional, certificación fiscal, o cualquier otro documento que, sin lugar a dudas, demuestre la construcción, en los términos descritos en la escritura, con anterioridad a la ya tan citada Ley 8/1990. Una vez acreditada la época de la construcción, debía probarse que la edificación había sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable (para lo cual se precisaría acreditar el cumplimiento de los requisitos que para las obras nuevas exige el art. 37.2 del T.R. —circunstancia que dejaría carente de sentido probar que la construcción fue anterior a la Ley 8/1990 para luego tener que cumplir con las mismas exigencias que si fuera posterior—, o bien acreditar que ya no son procedentes las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, lo cual queda justificado simplemente demostrando que la obra fue concluida hace más de cuatro años —art. 185 Real Decreto 1.346/76 por el que aprobó el T.R. de la Ley del Suelo, Real Decreto Ley de 16 de octubre de 1981 y art. 263 Real Decreto Legislativo 1/1992—, siempre que no conste en el Registro la incoación de expediente de disciplina urbanística).

Así pues, en realidad, lo único relevante al objeto de permitir el acceso al Registro de estas obras nuevas consistía en acreditar su construcción, no en una fecha concreta, sino con anterioridad a la Ley 8/1990 y, de no resultar en el Registro anotado previamente la incoación de expediente de disciplina urbanística (art. 307.3 y 309.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992), habría que acceder a la registración. Curiosamente, al menos en los Registros que conocemos, solían presentarse certificados municipales expresando que no había lugar a medidas restablecedoras de la legalidad urbanística —lo cual era superfluo cuando no constaba la correspondiente anotación—, pero sin que en ellas constara el único requisito ineludible: la construcción antes de la Ley 8/1990; no quedando entonces más remedio que suspender la inscripción en tanto en cuanto no se

acreditara la construcción con la anterioridad requerida.

La aludida Disposición Transitoria quinta fue objeto de un sinnúmero de abusos a los cuales puso acertadamente coto la Dirección General en su Resolución de 4 de marzo de 1996, dictada en relación a una nota de calificación nuestra, en la que se declaraba que no se podía considerar acreditada la construcción anterior a la Ley 8/1990 de un inmueble, mediante un certificado expedido por un Arquitecto técnico sin constancia de su número colegial, carente de legitimación notarial de firma y sin visado, en el que se afirmaba que "*por sus características constructivas puede determinarse que la antigüedad de la construcción es de más de diez años*".

Por tanto, ni la Disposición Transitoria quinta —sexta de la Ley dé 1990— ni la doctrina de la Dirección General exigían fecha determinada para la construcción, como hace ahora el art. 52. La razón de esta divergencia es bien sencilla. El espíritu de las leyes del suelo de 1990 y 1992 no era otro que permitir el acceso al Registro de una serie de construcciones realizadas mientras regía la más permisiva legislación anterior, no resultando conveniente, según estimó el legislador tras la entrada en vigor de la Ley 8/1990, poner trabas excesivas a la inscripción de lo ya construido y no susceptible de sanción. Sin embargo ahora empiezan ya a darse casos de infracciones urbanísticas cometidas tras la entrada en vigor de la nueva legislación —Ley 8/1990 e, incluso, Real Decreto Legislativo 1/1992—, cuya acción administrativa para sancionarlas ha prescrito conforme al art. 263 del T.R. Por ello, al objeto de que se pueda computar el plazo de prescripción, se exige ahora la constancia de una fecha determinada.

En resumen, hay dos regímenes distintos:

1º Para casos de la Disposición Transitoria quinta (construcciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/1990) no se exige fecha determinada, sino la mera indicación de que la obra se realizó con anterioridad a la entrada en vigor del referido Cuerpo Leal.

2º Para los supuestos del art. 52 del Real Decreto, es decir, construcciones posteriores a la Ley 8/1990, objeto de infracciones urbanísticas cuya acción administrativa para sancionar haya prescrito, se exige conste fecha determinada en la certificación aportada (se seguirán admitiendo para acreditar la construcción todos los medios reseñados en las resoluciones de la Dirección General antes citadas, añadiéndose ahora el acta notarial, a la cual no había aludido expresamente el Centro Directivo).

Por lo demás, sigue siendo necesario para estas construcciones que se acredite, en los mismos términos establecidos por la Dirección General para los casos de la Disposición Transitoria quinta, haya transcurrido el plazo de prescripción y no conste en el Registro anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística.

ARTÍCULO 53.- Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal.

Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.

b) Cuando el objeto de la transmisión sea una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes.

Se exige por tanto, por más que los estatutos de la propiedad horizontal lo permitan, una nueva licencia para cualquier alteración que incremente el número de elementos del inmueble (evitándose así que por vía de división horizontal accedan al Registro obras que no acrediten los requisitos legales), salvo con respecto a los locales y garajes, cuyas modificaciones pueden inscribirse aunque de las mismas resulte un número superior al consignado en la licencia, con excepción de los supuestos en que del texto de la propia licencia resulte que el número de esos locales o garajes constituyen una condición esencial de la construcción de la misma. Tales limitaciones deberán hacerse constar entonces como condicionamiento de la licencia mediante nota marginal (arts. 307.4 y 309.3 del T.R.), debiendo basar en la referida nota el Registrador su resolución.

En todo caso, estimamos debe considerarse vigente la doctrina de la Dirección General (Resoluciones de 28 de abril de 1992 y 14 de diciembre de 1992) a cuyo tenor se consideraba que la división de la planta de un edificio de régimen de propiedad horizontal en dos plantas superpuestas (aunque se trate de locales) excede de un acto de división y, por aplicación del art. 25 de la Ley 8/1990 —hoy 37.2 del T.R. de 1992—, debe exigirse licencia por modificación de la primitiva obra nueva. Por último, el segundo párrafo del artículo exige se incluyan en las participaciones de fincas destinadas a garajes que supongan el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, una descripción pormenorizada con el número de orden, linderos, dimensiones, superficie útil y descripción de los elementos comunes. Entendemos que tales exigencias reglamentarias concluyen definitivamente con cierta controversia en cuanto a la descripción de las plazas de garaje, decantándose el Real Decreto, como no podía ser menos, por hacer que se cumpla el principio de especialidad con todo rigor, evitándose así se produzcan adquisiciones —sobre todo el adquirirse plazas de garaje de edificios en construcción— en las cuales el comprador no tenga meridianamente claro lo que le pertenece y quede así determinado el objeto de la compraventa de forma exclusiva

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

por el vendedor en clara contravención al art. 1.256 del Código Civil. Esta sana doctrina de exigir una completa descripción de los in-muebles debe también aplicarse a cuando la plaza de garaje —o trastero— aparezca como anejo inseparable de un piso.

ARTÍCULO 54.- Notificaciones que ha de realizar el Registrador de la Propiedad.

Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los arts. 48.2 y 52 apartado a) inciso 2º, y harán constar en la inscripción y en la nota de despacho la práctica de dicha notificación.

No entendemos bien la utilidad de notificar al Ayuntamiento cuando la inscripción se practique precisamente en base a certificación municipal, pero lo cierto es que el precepto no distingue entre los casos en que el acceso al Registro de haya practicado en base a este tipo de documentos o en base a los otros no municipales igualmente admitidos. También habría que tener en cuenta que, según entendemos, al no estar comprendidos ni en el art. 48.2 ni en el 52 apartado a, no habría que dar cuenta de las inscripciones practicadas en base a la Disposición Transitoria quinta del T.R. de la Ley del Suelo.

ARTÍCULO 55.- Calificación registral.

Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles, sin perjuicio de lo dispuesto, sobre publicidad registral de la irregularidad urbanística, en la legislación aplicable en cada caso.

Constituye este artículo un precepto perfectamente prescindible, pues la obligación por parte del Registrador de abstenerse de practicar inscripciones que no se acomoden a la legislación, viene establecida por los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria, sin que por el mero hecho de no constar en el Registro la incoación de un expediente de disciplina urbanística pueda mantenerse que el Registrador acceda a la inscripción cuando estime que el título presentado adolece de algún defecto que, a su juicio, la impida.

Por último nos referiremos someramente al artículo 74 del R.D. —precepto que desarrolla los arts. 307.4 y 309.3 del T.R. de la Ley del Suelo—con exclusión de lo en él establecido sobre la cancelación de las notas marginales de condicionamientos impuestos en las licencias, autorizaciones u otras resoluciones administrativas, por tratarse de una norma que, aunque fuera del Capítulo VI, en principio única materia objeto de nuestro análisis, tiene una importancia indiscutible en relación con las obras nuevas.

De la citada norma resulta que: "Cuando con ocasión de la concesión de licencia o de autorización de otras resoluciones administrativas, se impongan condiciones que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las leyes o a los planes, tales condiciones podrán hacerse constar por el Registrador de la Propiedad mediante nota marginal.

1.- La nota marginal se tomará en virtud de instancia de titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa en la que conste literalmente el acuerdo adoptado.

2.- En la misma se transcribirá literalmente el acuerdo que da lugar a su práctica y se especificará que no produce otro efecto que el previsto en el artículo anterior".

La novedad que establece este artículo reglamentario consiste en que en estos casos de licencias condicionadas, para poder practicar la nota marginal se precisa instancia del titular registral (no del presentante) por lo que resultaría conveniente en estos casos, al objeto de evitar ulteriores dilaciones, prestara el interesado en la propia escritura su conformidad a la práctica de la nota marginal.

■

Per que los fills de la present Ciutat e Regne (que tenen esperits molt clars) puixen estudiar, oir e aprofitar en la present Ciutat

La defensa de los consumidores y usuarios y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*).

(I)

María Pilar Montes Rodríguez
Profesora Ayudante de la Escuela Universitaria de Valencia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. III COMPETENCIAS ESTATALES SOBRE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL Y CIVIL. *a. Legislación mercantil (art. 149.2.6ª C.E.). b. Legislación civil (art. 149.1.8ª C.E.).* IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *a. Definición de la materia <<defensa de consumidores y usuarios>> y concurrencia con los títulos competenciales de titularidad estatal. b. Distinción entre la competencia estatal sobre legislación mercantil y sobre legislación civil (arts. 149.1.6ª y 8ª C.E.). c. Delimitación de la competencia estatal sobre legislación civil: <<las bases de las obligaciones contractuales>>.* V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo que se persigue en estas páginas, no es otro que realizar algunas reflexiones, al hilo de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre una compleja cuestión: la distribución de competencias sobre la legislación protectora de los consumidores y usuarios entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

No es nuevo el interés por la protección del consumidor y usuario.

A partir de los años 60, doctrina y jurisprudencia han tomado conciencia de las carencias de nuestro ordenamiento jurídico privado en este sentido. El Código civil parte de presupuestos liberales (libertad contractual e igualdad formal entre los contratantes). Sin embargo, la realidad del mercado ofrece otra imagen del contrato (condiciones generales de la contratación, publicidad engañosa, empresarios que utilizaban su posición dominante en perjuicio de consumidores y usuarios).

(*) Como de costumbre, publicamos el trabajo en dos partes; esta primera comprende los apartados I, II y III.

Si no se desea que la vieja legislación decimonónima quede obsoleta y caiga en el desuso, se impone, por una parte, una interpretación de los preceptos contractuales de acuerdo con la realidad social del tiempo en que vivimos (art. 3 C.c), y por otra, una progresiva modernización de la normativa con el establecimiento de medidas protectoras para los contratantes con una posición jurídica más débil.

En el segundo camino se han producido importantes avances: desde la ya antigua Ley de ventas de bienes muebles a plazos, pasando por la Ley de contrato de seguro y la L.G.D.C.U., hasta las modernas Ley de ventas fuera de los establecimientos comerciales, Ley de crédito al consumo o de viajes combinados.

Estas inquietudes han tenido su reflejo en la Constitución española de 1978, en particular en el Capítulo Tercero del Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. Allí, el art. 51 prescribe:

<<1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales>>.

La técnica utilizada en la Constitución ha sido la de configurar la defensa de consumidores y usuarios como un principio general del derecho, constitucionalizado (1).

Este principio general vincula a todos los poderes públicos. Todos ellos han de actuar para cumplir adecuadamente el mandato constitucional.

El legislador autonómico toma la iniciativa. A partir de 1979 y hasta 1983, se aprueban los distintos Estatutos de Autonomía, en los que se asume competencia en la materia relativa a la defensa de los consumidores y usuarios, aunque no siempre en igual medida.

A. En primer lugar nos encontramos con los Estatutos de Autonomía aprobados por la vía del art. 151 de la CE, en los que se atribuye competencia exclusiva a las respectivas CCAA, con determinadas reservas; en este caso se encuentran el País Vasco (2), Cataluña (3), Galicia, Andalucía y Navarra (4).

B. Un segundo grupo lo forman dos Comunidades Autónomas que acceden a la autonomía por la vía del art. 143 de la CE, y sin embargo asumen en sus Estatutos, un nivel de competencias semejante al de las Comunidades del 151:

1. La Comunidad Autónoma Valenciana (5) incluye entre las materias sobre las que tiene competencia exclusiva, la defensa del consumidor. Esta asunción sólo es constitucionalmente posible a través del procedimiento de los artículos 148.2º o 150.2º, precepto éste último en el que efectivamente se ha apoyado la Ley Orgánica 12/82, de 10 de agosto, de Transferencia a la Comunidad Autónoma Valenciana de materias de titularidad estatal (6). Posteriormente esas competencias transferidas han sido incorporadas al Estatuto por L.O. 5/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto valenciano.

2. El Estatuto de Autonomía de Canarias confiere la función ejecutiva sobre la materia relativa a la defensa de consumidores y usuarios (7). Sin embargo, extraestatutariamente, el art. 1º b) de la L.O. 11/82, de 10 de agosto, de Transferencias complementarias para Canarias, traspasó, en materia de defensa del consumidor, la potestad legislativa plena, y por ende la reglamentaria y la de ejecución, sin la limitación establecida en el Estatuto.

C. En tercer lugar nos encontramos con el Estatuto de Autonomía para Aragón, en el que se atribuye a esta Comunidad, competencia de desarrollo legislativo y ejecución en relación con la defensa de los consumidores y usuarios (8).

D. En cuarto lugar se encontraban, hasta 1992, un conjunto de Estatutos (Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Castilla la Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla-León) (9) limitados competencialmente por el art. 148 al haber accedido a la autonomía por la vía del 143, en los que atribuía a las respectivas Comunidades Autónomas la función ejecutiva con limitaciones.

La L.O. 9/1992, de 23 de diciembre les transfirió la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución, en relación con la defensa de los consumidores y usuarios, (10) produciéndose con posterioridad las correspondientes reformas estatutarias.

E. En último lugar nos encontramos con las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla que, en sus respectivos Estatutos de autonomía, han asumido competencias para la ejecución en materia de defensa de los consumidores y usuarios (11).

Además, algunas Comunidades Autónomas, dentro de sus marcos estatutarios, aprueban leyes protectoras del consumidor (12).

Mientras tanto, en desarrollo del art. 51 CE, el legislador estatal dicta, con pretensiones la totalidad, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/84 de 19 de junio), y con un carácter más específico, distintas leyes que tienen como fin la protección de un conjunto de sujetos, los consumidores y usuarios (13).

Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas intentan ejercer su competencia en la materia. El conflicto está servido. El Tribunal Constitucional tiene la palabra.

Ante todo, se impone una adecuada delimitación de los diversos ámbitos competenciales relativos a la defensa de los consumidores y usuarios, deslindando cuál es el plano normativo (legislativo, reglamentario o de ejecución) que le corresponde a cada ente territorial:

En primer lugar, para evitar inútiles duplicidades normativas, y lo que es peor, que el legislador autonómico se convierta en un repetidor de las normas estatales, con el riesgo de congelación de su rango normativo.

En segundo lugar, porque ante una cuestión tan importante para los ciudadanos (como ya se ha dicho, en el fondo consumidores somos todos), es preciso unificar y coordinar los esfuerzos y no reducir la efectividad de las medidas con un tira y afloja entre administraciones.

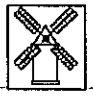
En tercer lugar, porque es ciertamente dudoso el carácter exclusivo (14) de la competencia autonómica sobre defensa de consumidores y usuarios, si tenemos en cuenta las competencias estatales en legislación civil y mercantil.

Y por último, porque con el análisis de estas cuestiones avanzamos, sin pretenderlo, en otros problemas interesantes desde el punto de vista del Derecho Privado (hasta dónde llega la competencia civil de las C.C.A.A., o cómo diferenciar la legislación civil y mercantil en materia contractual).

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

El Título VIII de la CE está dedicado a la organización territorial del Estado.

El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas aparece configurado en los arts. 148 y 149 de la Constitución de una forma doblemente sectorial, como acertadamente ha puesto de relieve DÍEZ PICAZO:



<<Ante todo, se ha utilizado lo que se llama, con una denominación claramente equívoca, <<materias>>, dentro de las cuales la distribución se ha realizado con criterios que no siempre han sido uniformes y que por ello no siempre resultan coherentes. Así, en ocasiones, la materia parece referirse a la realidad jurídica regulada. Por ejemplo, cuando se habla de turismo, de carreteras, de artesanía. En otras ocasiones el corte sectorial tiene un sentido inverso y lo que se ha hecho es aplicar conceptos de lógica jurídica, que no contemplan las realidades concretas, sino que comparten bloques normativos. Así cuando se habla de legislación civil, mercantil o laboral. Y es evidentemente claro que las dos formas de llevar a cabo los cortes entran necesariamente en colisión, pues el turismo, las carreteras y la artesanía pueden entrar en colisión, pues el turismo, las carreteras y la artesanía pueden hacer confluir normas laborales o normas mercantiles>> (15).

La defensa de los consumidores y usuarios no aparece incluida expresamente entre las realidades jurídicas enumeradas en la lista del art. 148 CE. Tampoco en las descritas en el 149.1º. Sin embargo, en ambos preceptos se recogen realidades, como el crédito, la banca, los transportes y comunicaciones o la sanidad y la higiene, a partir de las cuales se pueden dictar normas de protección de los consumidores (16).

La materia "defensa de los consumidores y usuarios" hace referencia a una serie de normas dirigidas a proteger a un conjunto de ciudadanos, caracterizados por encontrarse en una posición más débil en el mercado. Cualquiera de estas reglas protectoras puede tener cabida dentro de los distintos bloques normativos incluidos en el art. 149.1.CE.

En efecto, es posible encontrar normas de defensa de los consumidores y usuarios en la legislación mercantil, penal y procesal (149.1.6º), en la legislación civil (149.1.8º). Estos bloques normativos están atribuidos, con ciertos límites, a la potestad legislativa del Estado. Constituyen, pues, los primeros límites a la potestad normativa de las Comunidades autónomas en defensa de los consumidores y usuarios.

Además, la Constitución contempla otras barreras a esta competencia autonómica:

A. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1º.1, es competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

B. No hay que perder de vista el principio de unidad de mercado, proclamado en el art. 139.1, al afirmar que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones <<*en cualquier parte del territorio del Estado*>>, y que se completa en el segundo apartado al señalar que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (17).

Es necesario poner este principio en relación con el sistema económico diseñado en los arts. 38 y 128 de la Constitución, en los que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y la iniciativa pública en la actividad económica, con la posibilidad de reservar al sector público, recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y, asimismo, acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiera el interés general.

C. También hay que tener presente lo dispuesto en el art. 149.3 C.E., en concreto, lo referente a la cláusula residual de competencia. De su tenor literal parece posible concluir que si tal materia (defensa de consumidores y usuarios) se recoge en los Estatutos de Autonomía será de competencia de las correspondientes Comunidades Autónomas (cláusula residual de primer grado) y, en caso de silencio de aquéllos, lo será del Estado (18).

Cierto es que los Estatutos de Autonomía han tenido presente algunos de estos límites. Por ello establecían cláusulas de salvaguardia al incluir entre sus competencias legislativas o solo de desarrollo legislativo y de ejecución, la defensa de los consumidores y usuarios: <<*De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución*>> (19) o <<*sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia*>> (20).

Sin embargo, ni la legislación civil ni la mercantil aparece en los Estatutos como límite a la competencia autonómica.

Tampoco en la legislación estatal sobre protección de consumidores se hace referencia a las legislaciones civil y mercantil, como títulos competenciales en virtud de los cuales se dicta la norma. Así, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, alude, en el art. 1.1º, segundo párrafo, a los arts. 38, 128 y 139 pero no a los arts. 149.1.6º y 8º. Sin embargo, su art. 7 que encabeza el capítulo III dedicado a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales, sí hace una remisión a la legislación civil y mercantil.

Tampoco la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, dice nada acerca de los títulos competenciales en los que el Estado se apoya para su promulgación.

Ultimamente las cosas van cambiando: tanto la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo como la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados citan los arts. 149.1.6º y 8º, entre los títulos competenciales que habilitan al Estado para dictarlas.

III. COMPETENCIAS ESTATALES SOBRE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL Y CIVIL.

Prestemos ahora un mayor detenimiento a las disciplinas jurídicas propias del Derecho Privado, que son competencia del Estado, y dentro de las que se encuentran normas destinadas a la protección de los consumidores. Ellas entran en evidente concurrencia con la competencia autonómica sobre defensa de los consumidores y usuarios.

a. Legislación mercantil (art. 149.1.6º C.E.).

La legislación mercantil es una de las disciplinas jurídicas reservadas, de forma exclusiva, al Estado por el art. 149.1.6º de la Constitución. Ello se debe, en buena medida, a razones históricas. Durante el siglo XIX, el Derecho mercantil logró la codificación con rapidez (Código de comercio de 1829, de Saínz de Andino y Código de comercio de 1885), sin las dificultades que el proceso codificador tuvo en el Derecho civil, debidas fundamentalmente a la cuestión foral. Esta falta de dilaciones pone de relieve, a juicio de LASARTE, que la uniformidad jurídico-mercantil era algo que estaba claro desde mucho tiempo atrás (21). Por lo tanto, tanto el Código de 1829 como el de 1885, se aplicaron desde el principio en todo el territorio español.

En la normativa mercantil encontramos disposiciones dirigidas a proteger a los consumidores y usuarios (entre otras, la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Contrato de Seguro y la Ley General de Publicidad).

Cabe aquí plantearse dos cuestiones:

a. ¿Pueden las C.C.A.a. legislar en el ámbito mercantil?

La rotundidad del art. 149.1.6º de la Constitución nos lleva, como a la mayoría de la doctrina civil y mercantil, (22) a negar esta posibilidad.

Para GAVÍDIA SÁNCHEZ, del artículo 149.1.6º y del 149.3 de la Constitución, parece desprenderse que la competencia estatal exclusiva no admite legislación mercantil autonómica, eso sí, en cuanto no se puede ésta basar en otro título competencial específico (23).

b. ¿Es posible y, en todo caso, necesario deslindar la legislación civil y mercantil, sobre todo en relación con las normas que se dirigen a proteger a los consumidores y usuarios?

Desde un punto de vista técnico es factible, aunque en ocasiones dificultosa, la distinción entre la legislación civil y la mercantil (24). Los mayores problemas se plantean, precisamente, a la hora de distinguir las obligaciones contractuales civiles y mercantiles. Estas dificultades se acrecientan cuando nos encontramos ante un acto de consumo celebrado entre un empresario y un consumidor o usuario.

La oportunidad de esta diferenciación ha sido discutida por la doctrina. Así, desde el campo civil, LASARTE afirma que la Historia demuestra de forma inconcusa que los juristas y la propia sociedad han seguido la senda de la homogeneización del Derecho privado, (25) mientras que desde el lado mercantil, A. BÉRCOVITZ ha defendido la utilidad para los consumidores de la unificación del Derecho Privado (26).

Sin embargo, lo cierto es que en nuestro Ordenamiento Jurídico, la Constitución concede al Estado distinto poder normativo sobre la legislación mercantil y la civil (27).

En efecto, dependiendo de cómo califiquemos (mercantil o civil) el contrato en que interviene un consumidor o usuario, el Estado tendrá competencia exclusiva en su regulación, o bien sólo podrá legislar limitadamente. De ahí la conveniencia de deslindar bien los dos ámbitos competenciales de titularidad estatal.

b. Legislación civil (art. 149.1.8º C.E.).

El Ordenamiento jurídico civil español, antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, estaba formado por dos grandes bloques normativos: por una parte, el Derecho foral existente en algunas regiones (Vizcaya y Alava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra) y que había sido actualizado a través del sistema de compilaciones (28).

Por otro lado, el Derecho común, formado por el Código civil y las leyes civiles especiales, que eran de aplicación a aquellos territorios españoles en los que no existía derecho foral y de forma supletoria en los que sí existía.

El art. 13 del Código civil regulaba las relaciones entre ambos conjuntos normativos (29). La técnica seguida consistía en designar una serie de materias de aplicación general y directa en todo el territorio español. En ellas, no se hacía referencia alguna a las obligaciones contractuales.

La Constitución de 1978 aborda esta difícil cuestión en el art. 149.1.8º.

En él se afirma que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de:

<<Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial>>.

Es un precepto de difícil entendimiento (30). El Tribunal Constitucional le ha dedicado su atención en tres sentencias recientes: la sentencia 121/92, de 28 de septiembre, (31) la sentencia 88/93, de 16 de noviembre (32) y la sentencia 156/93, de 6 de mayo (33).

En el art. 149.1.8º CE se enumeran distintas reglas (34) que pasamos a estudiar brevemente:

1. La legislación civil es competencia exclusiva del Estado (36). La Constitución de 1978 no ha seguido el ejemplo de la Constitución de 1931 y el art. 138 del Anteproyecto de Constitución (37), de corte autonomista y ha optado por seguir un camino foralista, (38) reconociendo sólo en determinados casos y de forma excepcional el poder normativo de las Comunidades Autónomas en Derecho civil.

El propio T.C. lo ha puesto de relieve en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo: <<*El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la "legislación civil", introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades autónomas competencia para su conservación, modificación y desarrollo*>> (Fº Jº 1)

En la legislación dictada para la defensa de los consumidores y usuarios, cabe encontrar normas de variado carácter: civiles, mercantiles, administrativas, incluso penales.

Dentro de la expresión <<legislación civil>>, (39) cabe incluir aquellas normas que el legislador, tanto estatal como autonómico, ha dictado, con la finalidad de proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (40) al amparo de lo dispuesto en el art. 51 de la CE. (41).

Estamos pues, en principio, ante un título competencial estatal que concurre con el autonómico de defensa de los consumidores y usuarios. Habrá que establecer los criterios de prevalencia entre ambos, teniendo en cuenta que el segundo no figura expresamente en el texto constitucional (aunque el art. 149.3º CE lo autoriza), y sí en los Estatutos de autonomía.

2. El art. 149.1.8º de la Constitución dispone, en segundo lugar, una excepción a la regla general: <<*Sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan*>>.

Son varios los interrogantes que plantea este segundo mandato del art. 149.1.8º CE:

a. ¿Cuáles son los Derechos civiles, forales o especiales, a los que se permite dictar normas de conservación, modificación o desarrollo?

El T.C., en la Sentencia 121/1992, en la que examina la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 6/1985, de 15 de diciembre, de la Generalidad Valenciana sobre arrendamientos históricos valencianos y, en relación con la existencia en esta Comunidad autónoma de Derecho civil foral o especial, (42) afirma:

<<El amplio enunciado de esta última salvedad (<<Derechos civiles forales o especiales>>) permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. Este entendimiento amplio del precepto consuetudinario es el que quedó plasmado, por lo demás, en el art. 31.2 EACV, pues la competencia exclusiva que allí se atribuye a la Generalidad en orden a la <<conservación,

modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano>> (no puede) estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros, y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier institución civil de modo especial respecto al Derecho común>>.

Por tanto, dentro de la frase <<*Derechos civiles forales o especiales*>>, deben de entenderse incluidas tanto las normas escritas (recogidas en las Compilaciones) como también las de origen consuetudinario (43).

b. ¿Qué significa la expresión <<*allí donde existan*>>?

DELGADO ECHEVARRÍA (44) apunta tres posibilidades:

a) En la interpretación más estricta, la <<existencia>> significaría vigencia actual y, además, el adverbio <<allí>> denotaría la porción de territorio donde hoy está vigente.

b) Una segunda interpretación entendería el adverbio <<allí>> como relativo a cada Comunidad autónoma, de manera que ésta podría legislar sobre Derecho civil foral o especial siempre que en todo o en parte de su territorio hubiera uno vigente pero, entonces, sin tener que limitarse al ámbito territorial en que lo está.

c) En tercer lugar, puede pensarse que la existencia de un Derecho foral no significa, necesariamente, vigencia actual sino que incluye también la vigencia pretérita.

El T.C., en la Sentencia 88/1993, tanto en el párrafo ya transcrito como en otros momentos de su argumentación, parece optar por la vigencia a la entrada en vigor de la Constitución, y la extensión al territorio de toda la Comunidad Autónoma:

<<Esta es la norma (art. 149.1.8 CE) que, a decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la ley que se impugna, cuya regulación no sería reconocible como válido ejercicio de la correlativa competencia autonómica, que con fundamento también en el art. 149.1.8, atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA en adelante) para la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés" (art. 35.1.4). Unas y otras reglas, constitucionales y estatutarias, son las que aquí han de ser canon de validez de las impugnadas, sin que a tales efectos resulte pertinente —en contra de lo argüido por la Diputación general de Aragón— la consideración de lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución en orden al amparo y respeto de los <<Derechos históricos de los territorios forales>> y a la actualización general de tal régimen, en su caso, <<en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía>>. Ni esta previsión, ni la que se contiene en la Disposición Adicional quinta del EAA, han de ser tomadas en ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTC 123/1984, fundamento jurídico 3º; 94/1985, fundamento jurídico 6º, y 76/1988, fundamento jurídico 4º) sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la Disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional civil (contemplado, exclusivamente en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización del ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación>>. (Fº Jº 1)

c. ¿Qué debemos entender por <<*conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales*>>?

Ha existido un razonable acuerdo doctrinal en cuanto al significado de los términos *conservación y modificación*, (45) que sin embargo, se ha roto en relación con la palabra *desarrollo* (46).

De nuevo aquí debemos recurrir a lo dicho por el T.C. en la trascendental sentencia 88/1993;

<<La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de <<conservación>> y <<modificación>>, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales, vigentes en ciertos territorios. El término <<allí donde existan>> a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas>>. (...) <<El "desarrollo" de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del derecho foral>>. (Fº Jº 3)

Para el Tribunal Constitucional, los términos <<conservación, modificación y desarrollo>>, son:

<<Los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables, y con arreglo a los que habrá que apreciar—como después haremos— la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el legislador autonómico>>. (Fº Jº 1 STC 88/1993).

Recapitulando: el art. 149.1.8º permite a determinadas Comunidades autónomas, en las que existía al tiempo de entrar en vigor la Constitución, Derecho civil foral escrito o consuetudinario, que asuman en sus Estatutos de autonomía, competencias sobre legislación civil. El resto de Comunidades autónomas no gozan de competencia en relación con este bloque normativo.

Sin embargo, la competencia de las Comunidades con Derecho civil foral o especial no es exclusiva, sino que está limitada a la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho civil foral, escrito y consuetudinario, entendido el desarrollo como crecimiento hacia instituciones conexas a las ya existentes (47).

Esta posibilidad normativa que concede la Constitución a las Comunidades autónomas con Derecho civil foral o especial, para ser eficaz, ha de recogerse en los respectivos Estatutos, y dependerá además, de la vía de acceso (art. 151 y Disp. Adic. 2º o art. 143 CE) a la autonomía;

a. Entre los Estatutos que se aprobaron por la vía del art. 151.2 y Disp. Trans. 2ª de la CE, sólo el vasco, el catalán y el gallego han asumido competencia para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Civil foral o especial (art. 10.5 del E. vasco, art. 9.2 del E. catalán y art. 27.4 del E. gallego). Estas tres Comunidades autónomas gozaban de Derecho civil foral compilado.

b. Las Comunidades autónomas que aprobaron sus Estatutos por la vía del art. 143 CE, no podían, en principio, asumir competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo de sus Derechos civiles, forales o especiales, ya que estaban limitadas competencialmente por el art. 148 CE (48).

Sin embargo, las tres restantes Comunidades con Derecho civil compilado (Navarra, Aragón y Baleares) han asumido competencia estatutaria para su conservación, modificación y desarrollo, excediendo el marco competencial asignado por la Constitución (49).

Así, el art. 48 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento de Navarra dispone en relación con el Derecho civil:

<<1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral.

2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso mediante ley foral>>.

También los Estatutos de Aragón (art. 35.4) y de las Islas Baleares (art. 10.21), aprobados por la vía del art. 143 CE, incluyeron, entre sus competencias exclusivas, la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos derechos civiles forales (50).

Sin embargo, la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias a las Comunidades Autónomas que accedieron al autogobierno por la vía del art. 143, no cede a Aragón y a Baleares, la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil, dato que nos hace pensar que el Estado admite la inicial atribución competencial. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 88/1993 y en la sentencia 156/1993, da por sentadas tanto la competencia aragonesa como la balear (51).

Un caso especial lo constituye la Comunidad Autónoma valenciana. Como es sabido, Valencia carecía de Derecho civil foral compilado, tras la privación de sus Fueros por Felipe V, en 1707. Además, la Comunidad autónoma valenciana accedió a su autogobierno por la vía del art. 143 CE. A pesar de todo ello, el art. 31 del Estatuto Valenciano incluye, entre las competencias exclusivas de la CCAA:

<<2. La conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano>>.

Desde el punto de vista formal, la asunción de esta competencia estatutaria aparece, en principio, justificada por la existencia de la Ley Orgánica de transferencias 12/1982, de 10 de agosto (LOTRAVA) actualmente derogada por la L.O. 5/1994, de 24 de marzo. En cuanto a su contenido material, la S.T.C. 121/1992 ha reconocido la constitucionalidad del precepto estatutario valenciano y la existencia de un Derecho civil especial valenciano de carácter consuetudinario.

Las Comunidades autónomas de Asturias (art. 16) y Extremadura (art. 12), en las que no existía Derecho civil foral compilado, hacen referencia expresa en sus Estatutos a su derecho consuetudinario, aunque sólo se atribuyen competencia para su defensa y conservación y no para su desarrollo, lo que podrían hacer al amparo de la S.T.C. 121/1992 (52) y dado que ya han transcurrido los 5 años exigidos por el art. 148.2 CE.

Por último, el Estatuto de autonomía de la Región de Murcia señala en su art. 8º:

<<La Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región y protegerá y fomentará las peculiaridades culturales, así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando en todo caso, las variantes locales y comarcales>>.

A nuestro juicio, la fórmula utilizada por el Estatuto murciano no implica una atribución de competencia sobre su Derecho civil de carácter consuetudinario, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de Asturias y Extremadura, el art. 8º se encuentra situado fuera del Título I (*<<de las competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia>>*).

3. Tercera regla del art. 149.1.8ª: serán competencia de Estado, *<<en todo caso... las bases de las obligaciones contractuales>>*.

En la segunda frase del art. 149.1.8 se contienen una serie de materias reservadas siempre a la legislación del Estado. Parece un tanto extraña esta reiteración del texto constitucional, dada la atribución competencial de la regla 1ª. Ello ha llevado a una parte de la doctrina a

interpretar la expresión "*en todo caso*", en el sentido de que el Estado sólo podría legislar de forma exclusiva en relación con las competencias aquí enumeradas (53).

Sin embargo, el T.C. ha rechazado estos argumentos afirmando:

<<la ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8ª de determinadas regulaciones <<en todo caso>> sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades autónomas, pues a aquél —vale reiterar— la Constitución le atribuye ya la <<legislación civil>>, sin más posible excepción que la <<conservación, modificación y desarrollo>> autonómico del Derecho civil especial o foral>>. (Fº Jº 1 STC 88/1993)

En definitiva, para las Comunidades autónomas que no gozan de Derecho civil foral o especial, esta regla tercera del art. 149.1.8º no implica más que una reiteración de la competencia exclusiva estatal sobre la legislación civil, derivada ya de la regla 1ª del mismo precepto.

En relación con las Comunidades autónomas en las que existe Derecho civil foral o especial, la tercera regla del art. 149.1.8º supone la imposición de nuevos límites a su competencia legislativa civil.

En efecto, las Comunidades con Derecho civil propio veían limitada su competencia legislativa, en virtud de la regla 2ª del propio art. 149.1.8º, a la conservación, modificación y desarrollo de sus instituciones civiles y a materias a ellas conexas. La regla 3ª les veda en todo caso la posibilidad de legislar sobre las relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes. Cuestión distinta, sobre la que no vamos a entrar, es la relativa a la competencia sobre la determinación de las fuentes del derecho, en relación con la cual, la Constitución proclama el respeto a las normas de Derecho Foral o especial.

No existe plena coincidencia entre las materias enumeradas en la segunda frase del art. 149.1.8º y las contenidas en el art. 13 C.c. Cabe destacar, como novedad, la referencia a las bases de las obligaciones contractuales (54). Debemos detenernos ahora, en el estudio de su significado y alcance. La finalidad de este análisis es clara: una buena parte de las normas de protección del consumidor o usuario, sobre todo aquellas dirigidas a defender sus legítimos intereses económicos, incluyen reglas contractuales de naturaleza civil. Puede producirse, por tanto, la concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos.

El contenido de la expresión "*bases de las obligaciones contractuales*" es difícil de determinar:

1. En primer lugar hay que averiguar que significa el término <<bases>>.

¿Se refiere a las bases utilizadas para la redacción de un texto articulado (art. 82 CE)? Dado que la expresión está copiada de la Constitución de 1931, el legislador podía estar pensando en las bases formuladas para realizar el Código civil, en concreto en las bases 19 a 26 (55). Sin embargo, su contenido es excesivamente amplio: abarca no sólo el régimen general de las obligaciones y de los contratos sino también a las concretas regulaciones de los contratos y los contratos por razón del matrimonio.

A nuestro juicio, con el término bases se alude a un supuesto de legislación compartida, (56) en el que corresponde dictar al Estado las directrices esenciales y a las Comunidades Autónomas su desarrollo (57).

El Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, ha intentado perfilar el posible contenido de las bases (58):

Se trata de un concepto material (59) y no formal. Ello implica una reserva de Ley, aunque excepcionalmente algunos aspectos pueden estar regulados por norma de rango inferior (60). Es difícil definir apriorísticamente cual es el contenido de las bases (61) yen todo caso esta función le corresponde al T.C. La finalidad de su formulación estriba en garantizar una regulación normativa uniforme en aras del interés general, de la unidad nacional y de la igualdad sustancial de todos los españoles (62). Sin embargo, el establecimiento de las bases por parte del Estado no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de las C.C.A.A. (63).

Estas directrices, fijadas por el Tribunal Constitucional en los supuestos de legislación compartida, han de ser aplicadas con cuidado a las bases de las obligaciones contractuales del art. 149.1.8º, ya que no se trata de una materia de nueva regulación sino que existe ya una amplia legislación al respecto. En efecto, el Código civil regula, en su Libro IV tanto las obligaciones como los contratos. Si consideramos que todo esta regulación es básica, el margen que queda para el desarrollo es ciertamente limitado. Además, existen un buen número de leyes especiales de origen estatal que regulan aspectos contractuales (Ley de Azcárate, Ley de ventas a plazos, Ley de arrendamientos Urbanos, Ley de arrendamientos rústicos, etc.).

Las respuestas doctrinales a esta cuestión han sido diversas. Parece común la idea de que el centro de esa regulación básica se encuentra en el Código civil, aunque no con carácter exclusivo. Sin embargo no existe unanimidad sobre aquellas partes del Libro cuarto del C.c., que cabría incluir dentro de la competencia exclusiva del Estado. Una parte de la doctrina es partidaria de restringir el carácter básico a algunos preceptos de los Títulos I y II (64). Otros autores consideran que las bases de las obligaciones contractuales se encuentran precisamente en esos dos Títulos del C.c. (arts. 1.088 a 1.314) (65). Un último grupo atribuye a la competencia estatal toda la regulación uniforme vigente en toda España en materia de obligaciones contractuales (66).

En todo caso, cabe incluir dentro de la noción de <<*bases de las obligaciones contractuales*>> la responsabilidad extracontractual. Sobre esta cuestión, la doctrina se ha mostrado unánime, al considerar que el legislador no se ha referido a la responsabilidad extracontractual en el texto constitución, dada la vigencia general en todo el Estado, de los principios básicos que el Código civil contiene, en sede de obligaciones extracontractuales (67).

Las bases de las obligaciones contractuales, a nuestro juicio, estarían formadas por las reglas generales sobre obligaciones y contratos (incluido el régimen de responsabilidad) regulado el Libro IV del C.c., y también por las disposiciones básicas de cada tipo de contrato (68).

Los argumentos que justifican esta interpretación amplia de la reserva constitucional <<*bases de las obligaciones contractuales*>> y hacen desaconsejable un sistema de pluralidad legislativa en materia de obligaciones son los siguientes:

1. Con carácter general, la existencia de relaciones de intercambio entre los ciudadanos residentes en distintas Comunidades autónomas, que requiere una cierta uniformidad en la regulación contractual, que generaría, a su vez, una mayor seguridad jurídica en el tráfico. Además, el principio de unidad de mercado recogido en el art. 139. 2 CE, prohibe que ninguna autoridad adopte medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (69).

2. En relación con la defensa de consumidores y usuarios, porque las normas de protección al consumidor suelen tener carácter imperativo, precisamente por su finalidad tuitiva y para dotarlas de una mayor eficacia. Si unas Comunidades autónomas impusieran medidas contractuales imperativas con un alto grado de protección a los consumidores y usuarios y otras Comunidades autónomas, por el contrario, regularan la cuestión a través de reglas dispositivas y menos protectoras, el resultado podría ser el contrario al inicialmente pretendido: la existencia de fraudes a los consumidores. En efecto, los empresarios intentarían

imponer a los consumidores y usuarios el sometimiento a los tribunales de aquellas Comunidades Autónomas con una legislación menos protectora.

En línea de principio, la materia <<*bases de las obligaciones contractuales*>> faculta al Estado para dictar normas que protejan al contratante más débil cuando celebra el contrato para satisfacer sus necesidades personales.

En todo caso, par poder adoptar una posición definitiva sobre el contenido de la competencia estatal sobre bases de las obligaciones contractuales, debemos estudiar las afirmaciones del T.C. en esta cuestión.

Pero, sea cual sea el contenido de las bases de las obligaciones contractuales, es preciso plantearse nuevos interrogantes:

¿Todas las Comunidades autónomas pueden desarrollar las bases estatales de las obligaciones contractuales?

Del estudio del art. 149.1.8º y su carácter foralista se desprende que sólo aquellas Comunidades autónomas que, a la entrada en vigor de la Constitución, tenían Derecho civil propio, ya compilado o de carácter consuetudinario, podían (si así lo asumían en sus Estatutos) ostentar competencia para su conservación, modificación y desarrollo. El País vasco, Cataluña, Galicia, Navarra, C. Valenciana, Aragón y Baleares han asumido competencia estatutaria para la conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos Derechos civiles forales o especiales; Asturias y Extremadura sólo pueden conservar y modificar su Derecho consuetudinario.

Las demás Comunidades autónomas (Andalucía, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Castilla-La Mancha, Canarias, Madrid y Castilla-León, así como las ciudades de Ceuta y Melilla) que no ostentan competencia sobre legislación civil, no podrán dictar norma civil alguna, ni siquiera en desarrollo de las bases estatales de las obligaciones contractuales y ello, aunque la norma tenga por finalidad la protección de consumidores, y alguna de estas Comunidades (Andalucía) tenga competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores (70).

En estos casos, la competencia estatal para regula las obligaciones y los contratos civiles es total, en virtud de la regla 1ª del art. 149.1.8º (*legislación civil*), no encontrándose limitada por la regla 3ª <<*bases de las obligaciones contractuales*>>. Por tanto, todas las normas que regulando obligaciones y contratos civiles, incluyan medidas de protección a consumidores y usuarios, serán también de competencia estatal.

La razón de la prevalencia de la competencia estatal sobre <<*legislación civil*>>, frente a la autonómica de defensa de consumidores y usuarios estriba, a nuestro juicio, en que la primera aparece explícitamente conferida al Estado por la Constitución, lo que no ocurre con la defensa de los consumidores y usuarios (71). Otro argumento en el que cabrían apoyar la preferencia de la competencia estatal, lo encontraríamos en el art. 149.1.8º. Este precepto, como vimos, parte de una óptica foralista y no autonomista, concediendo, como regla general, (72) la competencia sobre legislación civil al Estado.

Respecto a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio ¿Cual será su competencia en materia de obligaciones y contratos?

En todo caso, no será exclusiva, por cuanto no pueden legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales. ¿Podrán todas éllas desarrollar las bases estatales de las obligaciones contractuales?

Cabe aplicar a la resolución de este problema, los mismos criterios que se utilizaban para determinar que Comunidades autónomas tenían competencia en Derecho civil: Para desarrollar las bases estatales de las obligaciones contractuales es necesario que las Comunidades Autónomas tengan en su Derecho foral o especial reglas sobre obligaciones y contratos y que

además hayan asumido competencia estatutaria para desarrollar las bases de las obligaciones contractuales.

Sabemos que la competencia autonómica sobre Derecho civil, recogida en la segunda regla del art. 149.1.8º, se encuentra limitada a la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales y especiales existentes. Las Comunidades en cuyo Derecho civil, escrito o consuetudinario, existieran normas sobre obligaciones contractuales podrán, por tanto, legislar para conservarlo, modificarlo o desarrollarlo (excepto Asturias, Extremadura y Murcia, por ahora), y además cumplirán el primer requisito necesario para poder desarrollar las bases estatales de las obligaciones contractuales (73).

En las distintas Compilaciones de Derecho civil no son muy abundantes las normas sobre obligaciones y contratos, ocupándose en su mayoría de la regulación de los contratos agrarios. La Compilación navarra (74) es la que contiene un número mayor. Otras Compilaciones que contienen normas sobre obligaciones y contratos son la catalana, (75) la gallega (76) y la aragonesa (77).

Entre el derecho consuetudinario cabe destacar los arrendamientos rústicos históricos valencianos (78) y gallegos (79).

Por tanto, ni el País vasco, ni Baleares dispondrán de esta posibilidad. En estos caso, la competencia estatal sobre obligaciones y contratos será exclusiva, no por aplicación de la regla 3ª del art. 149.1.8º sino por la regla 1ª (*<<legislación civil>>*) y 2º. Tampoco podrán dictar normas en desarrollo de las bases estatales sobre las obligaciones contractuales.

En principio, sólo podrán conservar, modificar o desarrollar su propio derecho civil foral o especial de obligaciones, y tienen la posibilidad de desarrollar las bases estatales de las obligaciones contractuales, Navarra, Cataluña, Galicia, Aragón y Valencia.

Sin embargo, para llevar a efecto esta posibilidad, es necesario, a nuestro juicio, que exista una atribución competencia en los respectivos Estatutos (80). En la actualidad ninguno de los Estatutos cumple este requisito, lo que puede llevarnos, a juicio de ARCE JANARIZ, a aplicar la cláusula residual del art. 149.3 CE (81).

Además, entre las Comunidades con Derecho civil foral o especial de obligaciones, no todas tienen competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor. En efecto, Aragón sólo puede desarrollar legislativamente y ejecutar la legislación estatal. Por tanto, esta Comunidad verá limitada su competencia para conservar, modificar y desarrollar su derecho civil de obligaciones y contratos, en cuanto incluya, en esta regulación, medidas de protección a los consumidores. Sólo podrá legislar sobre instituciones civiles existentes en su propio derecho, en las que se contengan normas de protección al consumidor sí, respecto de estas últimas, lo hace desarrollando una previa legislación estatal.

Las restantes Comunidades Autónomas (Navarra, Cataluña y Comunidad Valenciana) podrán legislar para conservar, modificar y desarrollar sus normas sobre obligaciones, extendiendo esa legislación también a instituciones conexas, y dentro de ellas podrán incluir normativa de defensa del consumidor, siempre y cuando no modifiquen la legislación estatal sobre obligaciones y contratos.

(Continuará)

NOTAS:

(1) QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., "El principio de defensa de los consumidores y usuarios en el ordenamiento jurídico español", *E.C.* nº 8, Septiembre 1986, pp. 13 y ss.

(2) La L.O. 3/79, de 18 de diciembre, que contiene el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su art. 10 señala que la Comunidad autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en: *<<27. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. 28. Defensa del consumidor y usuario en los términos del apartado anterior>>*.

(3) El Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por L.O. 4/79 de 18 de diciembre, señala en su art. 12, que, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general, y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los tér-

minos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1º del art. 149 de la constitución, la competencia exclusiva de las siguientes materias: <<*5. Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación de defensa de la competencia*>>.

(4) En términos semejantes se expresan el art. 30.1º.4 de la Ley Orgánica 1/81, de 6 de abril, que aprueba el Estatuto de Autonomía para Galicia, el art. 18.1º.8 de la Ley Orgánica 6/81, de 30 de diciembre que aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía, y el art. 56.1º.d de la L.O. 13/82, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

(5) El art. 34.1 del Estatuto de la Comunidad Autónoma Valenciana, aprobado por L.O. 5/82, de 1 de julio (BOE de 10 de julio) señala: <<*De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad valenciana, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, la competencia exclusiva de las siguientes materias: 5. Comercio interior, defensa del consumidor y usuario sin perjuicio de la política general de precios y la legislación sobre defensa de la competencia*>>.

(6) La atribución competencial realizada en el Estatuto, es anterior a la citada Ley Orgánica de Transferencia, con lo que se produce inicialmente, un exceso competencial en el Estatuto. Para SALAS HERNÁNDEZ, J., "Comentario a los arts. 39 y 40 L.G.D.C.U. "en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, coord. por R. Bercovitz y J. Sálas, 1ª ed, Civitas, Madrid, 1992, p.. 1035 y ss., es esta Ley, en su art. 1.1.b, y no el Estatuto, quien habilita constitucionalmente a la Comunidad Valenciana a ejercer en materia de defensa del consumidor las mismas funciones, incluida la potestad legislativa plena, que están atribuidas a las demás Comunidades por sus propios Estatutos.

(7) El art. 33.c) del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por L.O. 10/82 de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto), señala que <<*corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en comercio interior y defensa del consumidor*>>.

(8) El Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por L.O. 8/82, de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto), en su art. 36.1º dispone que en el marco de la legislación básica del Estatuto y, en su caso, en los términos que la misma establezca corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, para el ejercicio de las competencias establecidas en el art. 148 de la Constitución, <<*el desarrollo legislativo y la ejecución...*>> en las siguientes materias: <<*c. Comercio interior y defensa del consumidor y usuario...*>>

(9) La Ley Orgánica 7/81, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Asturias, que en su art. 12.e. afirma, que corresponde al Principado de Asturias, en <<*los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva*>> en materia de comercio interior y defensa del consumidor. Análoga expresión nos encontramos en el art. 24.d de la L.O. 8/81, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto de Autonomía de Cantabria, el art. 10.1º.4 del Estatuto de Autonomía de la Rioja, aprobado por L.O. 2/82, de 9 de junio, el art. 12.1º.c del E. de Autonomía para Murcia, aprobado por L.O. 4/82, de 9 de junio, el art. 33.2º del E. de Autonomía para Castilla-La Mancha, aprobado por L.O. 9/82 de 10 agosto, el art. 9.4º del E. de Autonomía de Extremadura, aprobado por L.O. 1/83 de 25 de febrero, el art. 12.6º del E.A. para las Islas Baleares, L.O. 2/83, de 25 de febrero, el art. 28.4º del E.A. para Madrid, L.O. 3 /83, de 25 de febrero, y por último el art. 28.2º del E.A. para Castilla-León, L.O. 4/83 de 25 de febrero.

(10) El art. 13 de la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre señala, en relación con la competencia sobre defensa del consumidor y del usuario: <<*El ejercicio de la competencia sobre defensa del consumidor y del usuario de acuerdo con las bases y coordinación general de la sanidad, las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.16º y los artículos 38, 131 y 149.11º y 13º de la Constitución*>>.

(11) Art. 22.1.2º de la L.O. 1/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de autonomía de la ciudad de Ceuta y art. 22.1.2º de la L.O. 2/1995, de 13 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de autonomía para Melilla.

(12) La primera Comunidad Autónoma en dictar una ley de protección de los consumidores fue el País Vasco, Ley 10/1981, de 18 de noviembre, el Estatuto del consumidor, objeto de la S.T.C. 71/82, de 30 de noviembre, siendo posteriormente parcialmente modificada por la Ley 5/1985, de 13 de junio, y por el D.L. 2/1986, de 9 de septiembre. Con posterioridad, la Comunidad Autónoma de Galicia dictó la Ley 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto gallego del consumidor, la Comunidad Autónoma andaluza la Ley 5/1985, de 8 de julio, de Estatuto de los Consumidores y Usuarios en Andalucía, Valencia, la Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de consumidores de la Comunidad Valenciana y Cataluña, la Ley 1/1990, de 8 de enero, sobre disciplina de mercado y defensa de los consumidores y usuarios. Recientemente, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, tras asumir competencia estatutaria sobre el desarrollo legislativo de la defensa de los consumidores y usuarios, ha dictado la Ley 3/1995, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor de Castilla la Mancha.

(13) La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo y la Ley 21/1995, de 6 de julio reguladora de los viajes combinados.

(14) En este sentido, Sánchez GONZÁLEZ, Mª P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*, Trivium, 1ª ed., Madrid, 1991, p. 109 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores en el Derecho español", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 66.

(15) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho comparado", en *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, p. 69.

(16) Para SALAS HERNÁNDEZ, J., Ob. cit., p. 1042, cabe distinguir entre las materias de competencia estatal: a. Aquellas formuladas teniendo en cuenta planos o sectores de la realidad social contemplados "horizontalmente". Existen materias, que aun estando en conexión con la defensa de consumidores y usuarios, tienen una individualidad propia en la configuración constitucional de la distribución de competencia, ya que la defensa del consumidor, aun pudiendo incidir en ellas, no las agotan mucho menos. Así podemos encontrar Bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (149.1º.11), legislación sobre pesas y medidas (149.1º.12), las bases y coordinación general de la sanidad (149.1º.16), transportes y comunicaciones (149.1º.21). La defensa del consumidor se proyecta verticalmente sobre estas materias, pero sin que los citados sectores pasen en bloque a formar parte de la citada materia. b. También encontramos en el art. 149.1º de la CE, otras materias, o más técnicamente, disciplinas jurídicas o económicas que inciden de un modo "vertical" en determinados sectores de la reali-

dad social. En este caso se encuentran la legislación mercantil, penal y procesal (149.1.6), la legislación civil con ciertas matizaciones (149.1ª.8), comercio exterior (art. 149.1ª.10), la configuración del sistema monetario (art. 149.1ª.11) y la planificación general de la actividad económica (art. 149.1ª.13).

(17) En este sentido, CUENDA ANTOLÍN, D., "Competencias de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de consumo", en AAVV *Nociones básicas de derecho de consumo*, coord. por Mª J Reyes López, 1ª ed., EPD, 1996, p.48.

(18) SALAS HERNÁNDEZ, J., *Ob. cit.*, p. 1034 y ss. critica esta interpretación, pues a su juicio, olvida dos cosas: Una, que la aludida cláusula residual de competencia opera exclusivamente en relación con las Comunidades Autónomas que hayan accedido a la autonomía en virtud del procedimiento establecido en el art. 151 o en la Disposición Transitoria segunda de la Constitución, pero no en relación con las demás (constituidas por el procedimiento de los arts. 143 y 144 del propio Texto constitucional). Otra, que el Estado ostenta la competencia para regular "*las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*" (art. 149.1.1ª de la Constitución).

(19) Incluyen esta fórmula el Estatuto catalán, el art. 13 de la L.O. 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE y los Estatutos de autonomía reformados de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla-León.

(20) Han utilizado esta cláusula de salvaguardia los Estatutos vasco, gallego, andaluz, valenciano y navarro.

(21) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1980, p. 98.

(22) Entre los civilistas cabe citar a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones contractuales en el art. 149.1.8º de la Constitución", en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coord. por B. MORENO QUESADA, Tecnos, Madrid, 1989, p. 115 se muestra abiertamente contrario a una legislación mercantil autonómica. Entre los mercantilistas a BOQUERA MATARREDONA, J., "La competencia legislativa mercantil del Estado y las Comunidades Autónomas", en *Las Fuentes efectivas del Derecho español tras la Constitución de 1978*, UNED, Alzira, 1992, p. 159. Para esta autora, la legislación mercantil puede tener normas encaminadas a la protección del consumidor y, en razón de este título competencial del Estado, ser de la competencia exclusiva de éste la protección del consumidor de las consecuencias de la actividad económica de los empresarios.

(23) GAVÍDIA SÁNCHEZ, J.V., "Protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. Comentario a los arts. 9 y 10 del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana", en *Comentarios al Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana*, coord. por V. Cuñat Edo, 1ª ed., Generalitat Valenciana, Valencia, 1993, p. 60. Para este autor, resulta bastante dudoso que ese otro título pueda ser el denominado "comercio interior", ya que del hecho de que en el artículo 149.1.10º de la Constitución se atribuya competencia exclusiva al Estado sobre comercio exterior, no cabe deducir que todo lo relativo al llamado comercio interior sea de competencia exclusiva de aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía hayan declarado propia la competencia sobre mercado interior: ésta es una competencia residual y, por consiguiente, no habilita para que una Comunidad Autónoma dicte normas sobre legislación mercantil, ya que invadiría una competencia exclusiva del Estado.

(24) El Código de comercio aporta un criterio diferenciador en su art. 2: <<*los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él. (...) Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*>>.

(25) LASARTE ÁALVAREZ, C., Ob. cit., p. 104.

(26) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil", en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 34, apunta, como primera razón, la seguridad jurídica, ya que los consumidores no saben en muchas ocasiones a que normas, civiles o mercantiles, se encuentra sujeto un determinados contrato. Además, el ordenamiento jurídico-mercantil está pensado para defender los intereses de los comerciantes, distintos a los de los consumidores. Por último, es significativo, a juicio de A. BERCOVITZ, que la problemática jurídica que afecta más, hoy en día, al consumidor, está a caballo entre la legislación civil y mercantil (condiciones generales de la contratación, modalidades de compraventas especiales, etc).

(27) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones...", p. 114

(28) Compilación de Derecho civil Foral de Vizcaya y Alava, aprobada por Ley 30 de julio de 1959, Compilación del Derecho Civil de Cataluña aprobada por Ley 40/1960, de 21 de julio, Compilación de Derecho civil de Baleares aprobada por Ley 5/1961, de 19 de abril, Compilación del Derecho civil de Galicia, aprobado por Ley 147/1963, de 2 de diciembre, Compilación del Derecho civil de Aragón, aprobada por 15/1967, de 8 de abril, y Fuero Nuevo de navarra aprobado por Ley 1/1973, de 1 de marzo.

(29) El art. 13 C.c. dispone: <<*1. Las disposiciones de este Título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.*

2. En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada uno de aquellas, según normas especiales>>.

(30) Como afirma acertadamente VERDERA SERVER, R., "Competencias de la Comunidad valenciana en materia de Derecho privado", en *AAVV Instituciones de Derecho Privado valenciano*, coord. por C. López Beltrán de Heredia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 48, "el art. 149.1.8º tiene un sentido fundamentalmente político que dificulta un análisis puramente jurídico: se pretende ofrecer una solución a la <<cuestión foral>>".

(31) La S.T.C. 121/1992 (BOE de 29 de octubre) resolvió el recurso de inconstitucionalidad nº 361/1987 planteado por el Gobierno de la nación contra determinados arts. de la Ley 6/1985, de 15 de diciembre, de la Generalidad valenciana, sobre arrendamientos históricos valencianos.

(32) La S.T.C. 88/1983, de 12 de marzo (BOE de 18 de diciembre), resolvió el recurso de inconstitucionalidad nº 1392/1988, planteado por la Presidencia del Gobierno, frente a la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

(33) La S.T.C. 156/1993, de 26 de mayo (BOE de 28 de mayo), resolvió el recurso de inconstitucionalidad nº 2401/1990, planteado por la Presidencia del Gobierno, contra el art. único del T.R. de la Compilación de Derecho Civil de las islas Baleares, aprobado por D.L. 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno balear. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., hace un análisis de estas tres sentencias en "La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", *Derecho privado y Constitución*, nº 1, 1993, p. 15 y ss.

(34) Para DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil" en *Competencia en materia civil de las Comunidades autónomas*, coord. por B. MORENO QUESADA, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 13 y ss., en el 149.1.8º Ce se incluyen tres reglas diferentes; la primera es el pórtico: competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil por regla general. La segunda es el respeto (conservación de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan y el reconocimiento de la competencia de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la modificación o desarrollo de tales derechos civiles forales o especiales. La tercera, a la que llama "*la reserva final*" designa las competencias exclusivas del Estado en materia civil.

(35) En la S.T.C. 71/82, de 30 de noviembre, que posteriormente estudiaremos, el Tribunal Constitucional intenta aclarar el concepto "legislación": <<*Si partimos de que el vocablo legislación cuando se utiliza en el art. 149.1 de la Constitución, como precepto referencial para reservar al Estado toda la legislación referida a una materia es en su acepción material y no en la formal, constreñida a las leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes ostentan el poder legislativo, o de quienes, por excepción o por delegación, pueden producir normas con valor de Ley, comprendiéndose también los reglamentos de desarrollo, complementarios o integradores de la ordenación de que se trate (como dijimos en la sentencia de 30 de junio de 1982, publicada en el <<Boletín Oficial del Estado>> de 16 de julio)*>>. (Fº Jº 8)

(36) Para GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico" *R.E., D.C.*, nº 5, 1982, p. 71, "la certificación de <<exclusividad>> de una competencia estatal supone, pues, en primer término, el carácter necesario, permanente e intangible de la titularidad de la misma en el Estado".

(37) El artículo 15 de la Constitución de 1931 señalaba que correspondía al Estado la legislación exclusiva en las siguientes materias civiles: <<La forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España>>. El art. 16 afirmaba: <<en materias no comprendidas en los dos artículos anteriores podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados en las Cortes>>. Por su parte, el art. 138 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el BOCG de 5 de enero de 1978, atribuía competencia exclusiva al Estado, entre otras, en las siguientes materias: <<*6. Determinación de las fuentes del derecho; aplicación y eficacia de las normas jurídicas y régimen supletorio del Derecho privado. 7. Relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio; ordenación de los registros e hipotecas; bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España*>>. Sobre el sentido y alcance de estos preceptos vide, DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Los Derechos civiles Forales en la Constitución", *R.J.C.*, 1979, pp. 645 a 651, ROCA I TRÍAS, E., "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978", *R.J.C.*, 1979, pp. 13 a 23.

(38) DELGADO ECHEVARRÍA, J., Ob. cit., p. 654, señala acertadamente: "el legislador constituyente ha tomando la contraposición entre Derecho civil común y Derecho foral como criterio de distribución de competencias legislativas entre el poder central y las Comunidades autónomas. La adopción de este criterio, frente al de atribuir a las Comunidades autónomas una competencia comprensiva de todas las materias del Derecho civil, con escasas y taxativas excepciones, simboliza el triunfo del <<foralismo>> frente al <<autonomismo>>. En términos semejantes se expresan LASARTE ÁLVAREZ, C., *Ob. cit.*, pp. 102 y ss., DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, P., "El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía", A.D.C., 1984, pp. 416 y 417 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil", *Primer Congreso de Derecho vasco: La utilización del Derecho civil*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1983, p. 93 y "La conservación, modificación..." p. 62, quien afirma que la opción de nuestra Constitución es foralista y no autonomista.

(39) Otra de las dudas que el art. 149.1.8º CE plantea es la relativa al significado de la expresión "legislación civil". Para PASQUAU LIAÑO, M., "Sobre la interpretación de los términos <<*legislación civil*>> de la Constitución", en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 223: "cualquier esfuerzo de interpretación de los términos <<legislación civil>> utilizados por el artículo 149.1.8º está condenado al fracaso si quiere hacerse con rigor conceptual histórico o sistemático. No cabe acudir a un concepto incontrovertido de Derecho civil, sencillamente, porque no existe ni puede existir, a mi juicio, más allá de su significado estrictamente académico, como área de conocimiento o disciplina que integra un plan de estudios".

(40) En este sentido, DE LEÓN ARCE, A., "Incidencia de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias", en *Competencia en materia civil de las Comunidades autónomas*, coord. por B. Moreno Quesada, 1ª ed., Tecnos 1989, p. 138.

(41) Con la expresión constitucional "*legítimos intereses económicos*", hacemos referencia no sólo a las reglas contractuales incluidas en el Capítulo III de la Ley 26/1984, sino también a las contenidas en el Capítulo VIII dedicado a garantías y responsabilidades, y en donde se han colocado, con dudosa técnica legislativa, las reglas de reparación de los daños producidos a los consumidores y usuarios.

(42) Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la constitucionalidad del art. 31.2 EACV, y en general de la existencia de un Derecho civil valenciano. Entre los autores que han apostado decididamente por ella, cabe citar a MONTÉS PENADÉS, V., "La competencia de la Generalitat Valenciana para conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano", Tirant lo Blanch libros, nº 4, 1993, pp.1 a 8, ROCA GUILLAMÓN, J., "Comentario al art. 31.2 EACV", en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Generalidad valenciana*, dir. por R. Martín Mateo, Madrid 1985, pp. 233 y ss., CLEMENTE MEORO, M., "las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil", *R.G.D.*, mayo 1994, pp. 4.923 y ss. y VERDERA SERVER, R., *Ob. cit.*, p. 51 y ss.

(43) En idéntico sentido se pronuncia la S.T.C. 182/1992, de 16 de noviembre, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 347/1987, planteado por el Gobierno de la nación contra la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia: <<*Siendo cierto que la vigente Compilación del Derecho civil de Galicia no contiene regla alguna, a directa y expresa, sobre el arrendamiento rústico, no lo es menor —como consideración de principio— que la competencia autonómica*

para la <<conservación, modificación y desarrollo>> del propio Derecho civil puede dar lugar, según ya dijimos en la reciente STC 121/1992 (fundamento jurídico 2º), a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, eventualidad esta última que resulta aún más clara visto el enunciado del referido artículo 27.4 EAG, pues en la idea de <<institución>> jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad posibles normas consuetudinarias>>. (Fº Jº 3)

(44) DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Ob. cit.*, p. 653 y 654.

(45) Cabe citar como ejemplo a GARCÍA AMIGO, M., "La competencia legislativa civil según la Constitución", *R.D.P.*, 1983, p. 439, "Conservar, como expresión jurídica, tiene un sentido unívoco y preciso, si la consideramos en sí misma; conservar es mantener las cosas como están, lo que traducido a la práctica equivale a mantener las compilaciones tal como están; ahora bien relacionada con modificar adquiere un sentido nuevo, y novísimo si la relacionamos con desarrollar. Conservar, unido a modificar, implica —me parece— conservar la sustancia, el fondo, cambiando, en más o menos, la forma o modo de presentarse; se trataría en el mundo jurídico, de mantener las instituciones, alterando más o menos su forma, es decir su regulación positiva concreta".

(46) ROCA I TRÍAS, E., "El derecho civil catalán...", p. 28, interpreta en un sentido amplio el término desarrollo, apoyándose en el argumento gramatical que, en su opinión, ofrece la interpretación de la palabra desarrollo, equivalente a expansión, y el argumento sistemático, que nos ofrece la propia lectura del precepto en cuanto reserva a la competencia legislativa exclusiva del Estado unas determinadas materias civiles. Ambos argumentos llevan a E. ROCA a afirmar que la competencia legislativa civil de la Comunidad autónoma catalana no se circunscribe a los límites de su actual Compilación, sino que se amplia a todas aquellas materias cuya regulación no ha sido reservada en exclusiva al Estado.

(47) No participa de esta opinión el magistrado del T.C.D. CARLES VIVER I PI-SUNYER quien, en el Voto particular emitido a la S. 88/1993, de 12 de marzo, tras dar abundantes argumentos en contra de la tesis sostenida en la sentencia, afirma: "estimo que cuando el art. 149.1.8 reserva al Estado, <<la legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan>>, debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuales son las Comunidades autónomas que pueden asumir competencias en la materia de Derecho civil —son todas las que posean un Derecho civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho civil en las Comunidades que no tengan ese derecho —o, teniéndolo, no asuman esa competencia— y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado>>.

(48) En esta línea, entre otros, GARCÍA AMIGO, M., *Ob. cit.*, pp. 438 y 439 y DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Ob. cit.*, pp. 153 y 154, para quien "sólo las Comunidades con autonomía plena podrán legislar sobre Derecho foral, si bien, teóricamente, todas las Comunidades podrán en algún momento, acceder a la autonomía plena".

(49) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las competencias...", p. 101 y DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, P., "El Derecho civil...", p. 422.

(50) En relación con Aragón, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Ob. cit., p. 89, defiende la constitucionalidad de la atribución autonómica de competencias, con los siguientes argumentos: "El párrafo 8º, que reserva una potestad legislativa autonómica, no configura ésta como un mero desarrollo de unas "bases" estatales previas sino un ámbito material separado de la legislación del Estado y, por tanto no sometido en principio a ésta, salvo lo establecido en el Derecho civil sobre el carácter de Derecho Común de la legislación civil general y sus consecuencias. Por ello, la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en la competencia exclusiva del Estado, sino como una competencia exclusiva y completa de la comunidad autonómica, lo que sitúa al supuesto fuera de la técnica común del art. 149.1; estimo, por ello, perfectamente correcto el criterio del reciente Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo art. 35.1.3º atribuye a esta Comunidad Autónoma toda la competencia para la <<conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés>>, no obstante tratarse de una Comunidad de autonomía menor que, por ello, no podría haberse atribuido competencias propias del art. 149. Simplemente, el párrafo 8º del artículo 149.1., en cuanto se refiere a los Derecho forales, está situado asistemáticamente, o si se prefiere, no es coherente con el resto del contenido del precepto; es más bien una competencia autonómica de la misma naturaleza que las del artículo 148.1"; en idéntico sentido AROZAMENA SIERRA, J., "Competencia de las Comunidades autónomas en materia civil: el art. 149.1.8º de la Constitución", *A. Civil*, 1988-2, p. 664; Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., tras calificar la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, de sugestiva ("Las competencias...", p. 100) y de solución inteligente para un problema político ("La conservación, modificación...", p. 25) se opone a la misma porque rebasa los límites del respeto que toda interpretación debe tener para el texto de la ley; máxime cuando la ley es la Constitución y cuando la misma ha sido aprobada hace relativamente poco tiempo. (*Ob. et loc. ult. cit.* p. 25).

(51) En este sentido, BERCOVITZ, R., "La conservación modificación...", pp. 28 y 29.

(52) El art. 16 del Estatuto asturiano señala: <<*El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del derecho consuetudinario asturiano*>>; Por su parte, el art. 12 del Estatuto extremeño, en referencia sin duda al Fuero de Baylío, dispone: <<*Corresponde a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario y las culturales, así como el acervo de las costumbres y tradiciones populares de la región respetando en todo caso las variantes locales y comarcales*>>.

(53) En este sentido, ROCA I TRÍAS, E., "El Derecho civil común y los Derechos civiles autonómicos", en AAVV *Derecho Civil, Parte general*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 63, al afirmar: "la competencia exclusiva propia del Estado y su única competencia real se limita a las submaterias enumeradas en la segunda parte del art. 149.1.8º CE; las otras submaterias civiles podrán corresponder a la Comunidad autónoma de que se trate si así consta en el Estatuto de Autonomía". Más moderadamente DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Ob. cit.*, p. 657.

(54) La expresión "*bases de las obligaciones contractuales*" fue tomada literalmente del art. 15 de la Constitución republicana de 1931. Sobre sus antecedentes históricos y legislativos, vide, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P., *Bases de las obligaciones contractuales.*, p. 42 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones...", y RODRÍGUEZ MARÍN, Mª C., "Sobre la interpretación de la expresión "*bases de las obligaciones contractuales*" del art. 149.1.8ª de la Constitución", ambos en *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, coord. por B. MORENO QUESADA, Tecnos, Madrid, 1989, p. 98 y ss. y 225 y ss. respectivamente.

(55) GARCÍA AMIGO, M., *Ob. cit.*, p. 441 se muestra contrario a esta posibilidad.

(56) ROCA I TRÍAS, E., "El Derecho civil común...", p. 63.

(57) Para ARCE JANARIZ, A., *Constitución y Derechos Forales*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 120 la referencia a las *<<bases de las obligaciones contractuales>>*, configura una cláusula de las denominadas abiertas, en la medida en que dejan un espacio a la posible intervención autonómica.

(58) Véase el interesante estudio que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones...", p. 98 a 107, y RODRÍGUEZ MARÍN, Mª C., ob. cit., p. 227 a 229, hacen de la Jurisprudencia Constitucional.

(59) Entre otras, las STC 32/1981, de 28 de julio (BOE de 13 de agosto), 1/1982, de 28 de enero (BOE de 26 de febrero) y 111/1986, de 30 de septiembre (BOE, de 22 de octubre).

(60) Así, las STC 1/1982, de 28 de enero (BOE de 26 de febrero), 77/1985, de 27 de junio (BOE de 17 de junio).

(61) STC 31/1981 (BOE de 13 de agosto), 25/1983, de 7 de abril (BOE de 27 de abril), y 32/1983, de 28 de abril (BOE de 17 de mayo).

(62) Entre otras, las STC 71/1982, de 30 de noviembre (BOE de 29 de diciembre), 25/1983, de 7 de abril (BOE de 27 de abril), 87/1985, de 16 de julio (BOE de 14 de agosto) y 91/1985, de 23 de julio (BOE de 14 de agosto).

(63) STC 1/1982, de 28 de enero (BOE de 26 de febrero).

(64) Este sería el caso de DE ELIZALDE Y DE AYMERICH, P., *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de la Comunidad Autónoma*. vol. II. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 764, quien entiende que las bases de las obligaciones contractuales se encontrarían reguladas en los arts. 1.089, 1.091 y 1.254 a 1.289, exceptuando los arts. 1.262, párrafo 2º y 1.271.2 C.c.

(65) En este sentido Sánchez GONZÁLEZ, Mª P., *Bases de las obligaciones contractuales...*, p. 87, y RODRÍGUEZ MARÍN, Mª C., "Sobre la interpretación de la expresión "bases...", p. 233.

(66) Así, AROZAMENA SIERRA, J., *Ob. cit.*, p. 2.191. Por su parte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones...", p. 109, para quien las bases de las obligaciones contractuales comprenden no sólo la regulación general de los contratos, sino también la regulación de cada tipo contractual.

(67) Entre otros, RODRÍGUEZ MARÍN, Mª C, *Ob. cit.*, p. 233.

(68) En este sentido ARCE JANARIZ, A., *Ob. cit.*, p. 143: "podrían considerarse básicos, en el C.c., los títulos I y II del Libro IV, así como el régimen de responsabilidad, por otra parte, e, incluso, podrían inducirse bases categoriales, comunes a diversas clases de contratos, y particulares, propias de cada tipo de contrato".

(69) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La protección de los consumidores en el Derecho español", p. 66, señala: "el grave riesgo que late debajo de ese problema competencial es el de la ruptura del mercado nacional, puesto que no será posible mantener esa unidad de mercado si los consumidores, que son una parte esencial del mismo, tienen distintos derechos en cada una de las Comunidades Autónomas, lo cual se traduciría en distintas exigencias para los productos y para los empresarios, según la Comunidad a la que fueran destinados sus productos, o en la cual prestaran sus servicios".

(70) GAVÍDIA SÁNCHEZ, J.V., *Ob. cit.*, p. 61 y ss. Apoya esta idea AROZAMENA SIERRA, J., *Ob. cit.*, p. 2.191.

(71) para GAVÍDIA SÁNCHEZ, J.V., *Ob. cit.*, p. 60, no hay por qué extrañarse de considerar que la competencia autonómica sobre defensa de consumidores y usuarios tiene un carácter constitucionalmente residual, en el sentido de que no permite invadir competencias exclusivas del Estado, por más que se trate de cuestiones relativas a la protección de consumidores y usuarios, ya que esta competencia autonómica comprende lo que no corresponde exclusivamente al Estado por otros títulos competenciales, como los enumerados en el artículo 149.1., tal y como se desprende del propio artículo 149.3 de la Constitución.

(72) Y como señala GARCÍA AMIGÓ, M., *Ob. cit.*, p. 438, las dudas se resolverán en favor del principio general y no de las excepciones.

(73) GAVÍDIA SÁNCHEZ, J.V., *Ob. cit.*, p. 61 y ss.

(74) Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril. Los preceptos sobre obligaciones y contratos se encuentran fundamentalmente en el libro III "*De los bienes*", y versan sobre las fuentes, efectos, cumplimiento y extinción de las obligaciones, la rescisión por lesión, el enriquecimiento sin causa, la cesión de obligaciones, regulando también contratos en particular como la compraventa, la permuta, el arrendamiento de cosas, los préstamos y la fianza.

(75) Libro IV del Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. Entre las instituciones reguladas se encuentran la rescisión por lesión, la venta a carta de gracia, la donación y algunos contratos especiales sobre explotaciones de tierras y sobre ganadería.

(76) Título III *<<de la aparcería>>*, de la Ley 147/1963, sobre Compilación de Derecho civil de Galicia.

(77) Libro IV de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, modificada por Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón. La regulación aragonesa es menos numerosa reducida al derecho de abalorio o de saca y a los contratos de ganadería.

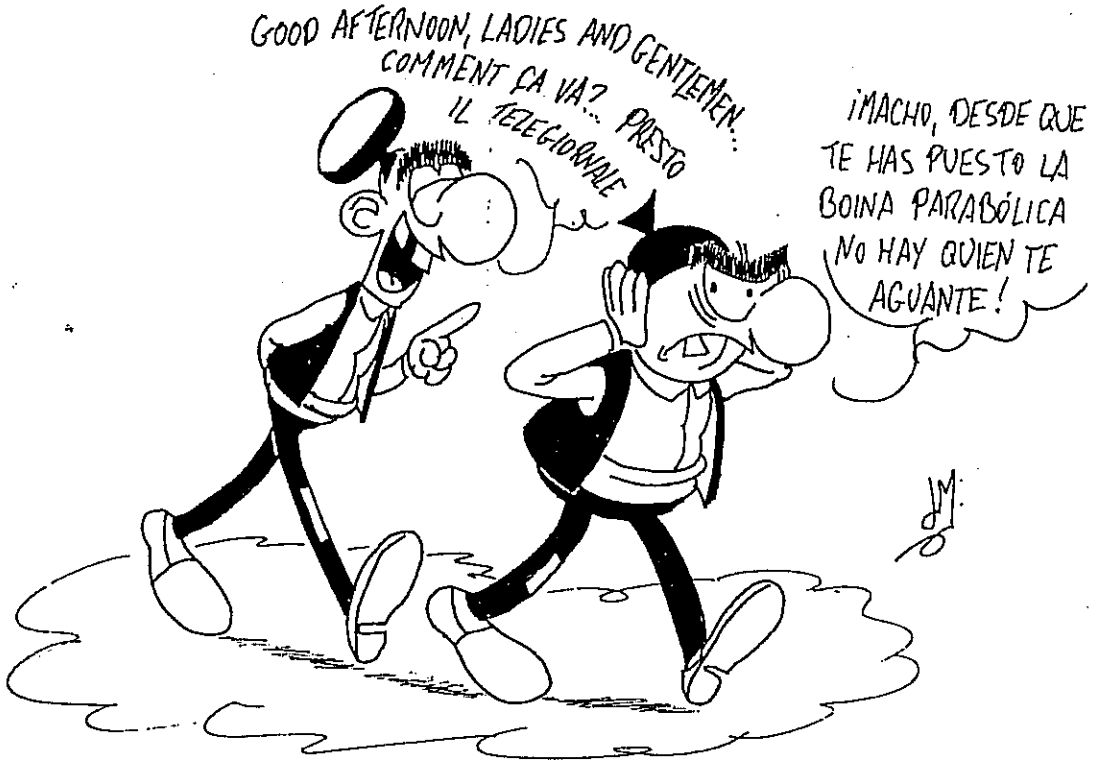
(78) Los arrendamientos históricos valencianos han sido objeto de regulación or la Ley 6/1985, de 15 de diciembre, de la Generalidad valenciana, declarada parcialmente inconstitucional por la S.T.C. 121/1992, de 28 de septiembre.

(79) La Comunidad Autónoma gallega dictó la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia, el gobierno de la nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la misma, que fue desestimado en la S.T.C. 182/1992, de 16 de noviembre en la que se afirma en relación con el derecho consuetudinario gallego relativo a los arrendamientos históricos: *<<para afirmar que esa clase de arrendamientos constituye Derecho propio de Galicia cabe señalar, a los efectos que aquí importan, que la doctrina científica generalmente les atribuye la cualidad de Derecho civil propio o especial y los considera institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen por su origen (consuetudinario), por su forma (predominantemente verbal), por la figura del arrendatario (en la que prima la condición de jefe de familia), por su objeto (lugar acasarado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica, tan cercana al censo enfitéutico>>*.

(80) En este sentido, ARCE JANARIZ, A., *Ob. cit.*, p. 128.

(81) ARCE JANARIZ, A., *Ob. et. loc. ult. cit.*

(Continuarán)



FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

De la familia CORRAL, constituída, manaban simpatías y satisfacciones. Como es frecuente, las palabras vagaron atolondradas y se quedaron pobres frente a la inmensa obra de **PACO CORRAL**, callada aunque expresa (solitaria y escrita, que es lo mismo) y sostenida durante tantísimos años y desde plurales geografías. El Gran Collar (o como se llame, que no me lo sé, vosotros sí) brillaba (también menguado) sobre el granito castellano del pecho adusto y profundo, parapeto rotundo de emociones. Fue una reunión en que muchos amigos (y autoridades: el Decano y el Ilmo. Sr. Director General de los Registros y del Notariado, con palabras e imposiciones) volvían sus miradas destellantes de admiración hacia un hombre auténtico cuya condición de Registrador es el menor de sus atributos. (Y CORRAL JR., por allí, más contento que unas pascuas).

Cartas para JOSÉ MARÍA

Córdoba, 2 de octubre de 1997

A Don
José María CHICO y ORTIZ
Moradas Celestiales
Presente

Querido José María:

La semana pasada me volví a encontrar con José Luis de los Mozos, pero esta vez en Buenos Aires, donde se realizaban las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. También había concurrido nuestro querido amigo "Pepe" Castán. Lamentablemente casi no tuve tiempo de conversar con ellos, pues volé desde Córdoba la mañana del jueves 25 para asistir al acto inaugural; allí los ví, sentados en el estrado junto a otros profesores españoles que estaban invitados, y apenas pude saludarlos al concluir el homenaje que se hacía a Atilio Alterini. Invitado por el editor Ricardo de Zavalía, comimos juntos con Castán y el profesor peruano Carlos Cárdenas Quirós, y visitamos el viejo café Tortoni, en Avenida de Mayo, cenáculo literario que conserva su fisonomía tradicional. Por la tarde debí presidir la Comisión que estudiaba el nuevo "fideicomiso", que la ley 24.441 ha incorporado a nuestra legislación y se inspira netamente en el "trust" de los anglosajones.

Al regresar al Hotel me encontré con el mensaje de que había fallecido, a los 62 años de edad, uno de los miembros de número de la Academia Nacional cordobesa, el profesor de Derecho Constitucional Dr. Guillermo Becerra Ferrer y tuve que buscar un vuelo para regresar en la mañana del viernes y estar presente en el sepelio.

Aunque el desenlace ya se esperaba, pues llevaba meses padeciendo una grave dolencia cancerosa, no por ello dejó de afectarme, pues hace casi 40 años, cuando éramos jóvenes profesores adjuntos de la Facultad formamos un grupo (tres titulares y tres suplentes) para integrar el Consejo Directivo y luchar porque se restablecieran exigencias que elevaran el nivel de nuestros docentes, entre otras el requisito de que tanto los adjuntos como los catedráticos debían poseer ineludiblemente el título de doctor, si deseaban ocupar esas plazas. Al desaparecer Becerra Ferrer el único de los seis que queda vivo es quien te escribe estas líneas.

De regreso, y para levantarme el ánimo, me encuentro con otra carta tuya en la que sigues relatándome tus primeros pasos por el Paraíso, y es tan amena que logras hacer que de nuevo florezca una sonrisa.

Es cierto que no podías instalar un Registro Inmobiliario, pues no encuentras allí fincas, pero: ¿cómo se te ocurrió intentar crear un Registro de Comerciantes?

¿Has olvidado acaso que tanto el Hermes griego, como el Mercurio latino, son protectores simultáneamente de comerciantes y ladrones? Era Hermes un joven tunante, simpático, astuto y elocuente, que ya desde la cuna puso en juego sus "habilidades", cuando derribó de una zancadilla a Eros y le robó su carcaj, y entre otras pillerías robó también la espada de Ares, el tridente de Artemisa, el ceñidor de Afrodita y el cetro de Zeus...

Sin duda que ese doble patronazgo tiene una raíz profunda y refleja con acierto la íntima conexión que hay entre ambas actividades; quizás con algún matiz particular en el caso de los comerciantes, a quienes suele dotar de la simpatía necesaria para embaucar alegremente a sus clientes, que recién advierten algún tiempo después que han sido timados.

Por ello resultaba lógico que no encontrases en el cielo comerciantes en activo. Ayudados por el coturno alado de su patrono, recorrían con rapidez el mundo, burlando a los incautos y apoderándose de lo ajeno sin avergonzarse. Ligereza en el desplazamiento y ligereza en sus tratos, que muchas veces eran "inicuos", y no "inocuos", como escuché en el Congreso de Lima (1).

Bien te explicó San Pedro que los comerciantes que llegan a la Puerta y tienen algunos méritos, son enviados al Purgatorio por un largo, larguísimo, período... de preferencia hasta el día de la Resurrección de los muertos.

Es posible que algunos pocos logren redimir sus faltas con anterioridad, pero los que sobrepasan la prueba es porque han cancelado definitivamente su matrícula de comerciantes.

Esa cancelación es un requisito **sine qua non** para que pasen del Purgatorio al Paraíso y, lógicamente, después de ese "contra asiento" ya no podrán figurar más en un Registro de Comerciantes. Para borrar sus pecados y liberar el alma tienen que haber roto de manera total sus vínculos con los antiguos hábitos, hasta el punto de no recordar siquiera que ejercieron tal actividad.

Como tú jamás fuiste comerciante, aunque te hayas desempeñado como registrador mercantil, ¡has omitido esa importante consideración!

Advierto, sin embargo, que no te has desalentado y sigues con el deseo de encarar nuevas actividades.

Espero que en próximas cartas me des cuenta de tus nuevos pasos. Mientras tanto yo, que carezco de tus habilidades, me limitaré a darte la lata con algunas reflexiones sobre "calificación de un documento con origen en una resolución judicial", que se vierten en un fallo del Tribunal cordobés que integré hasta abril de este año.

Un abrazo del amigo que, como siempre, añora la distancia que impide que nos veamos con frecuencia, distancia que antes era solamente "cuantitativa" (España-Argentina), y hoy es "cualitativa".

Hasta pronto.

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
PRESIDENTE

(1) Ver "Cuadros de un Congreso": "Sobre la i y la o", en carta anterior a José María Chico.

"Documento fundado en resolución judicial"

I. Introducción.

En cartas que escribí a José María Chico a comienzos del año 1973, comentaba cuáles eran los alcances de la calificación registral en nuestro país, a partir de lo establecido en la ley nacional 17.801, con vigencia desde el 1º de julio de 1968 (1).

En algún otro trabajo he explicado también que debido a la organización institucional de la República Argentina, las leyes registrales eran de carácter provincial. Que al sancionarse el Código civil el siglo pasado, lo único que se dispuso fue la registración de las hipotecas y recién con la sanción de las leyes 17.711 y 17.801, del mencionado año 1968, tuvo validez constitucional la exigencia de registrar todos los actos por los cuales se constituyesen, modificasen o transmitiesen derechos reales sobre inmuebles.

Hoy me parece oportuno dar noticia al lector de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la cual se efectúan consideraciones sobre la calificación de un instrumento otorgado con fundamento en una resolución judicial, que fue objetado por el registrador en razón de lo que en España suele denominarse "obstáculos nacidos del Registro"; en el caso una presunta falta de "tracto sucesivo".

En primer lugar he de reproducir los hechos, tal como quedaron fijados en el fallo del más alto Tribunal de la provincia de Córdoba (2).

II.- Hechos.

"El señor Juan Caric adquiere un inmueble en la zona rural de Corral de Bustos, por escritura del 17 de noviembre de 1954, compra que se inscribe en el protocolo de dominio del Registro General bajo el Nº 38.683, folio 45.817, tomo 184, de 1954. Posteriormente, el 15 de octubre de 1962, lo grava con hipoteca, que también se inscribe en el Registro. Los acreedores hipotecarios demandan al señor Caric por incumplimiento de sus obligaciones, en el Juzgado de 1ª instancia de Marcos Juárez; los autos se radican luego en Bell-Ville, donde juzgado y Cámara ordenan llevar adelante la ejecución hipotecaria. La subasta se realiza el 31 de octubre de 1964, adquiriendo el inmueble el señor Antonio Garrone, quien abona el precio. La subasta es aprobada judicialmente en noviembre de 1965; el 21 de diciembre se entrega la posesión al adquirente, y por auto interlocutorio del día 28 del mismo mes y año se resuelve ordenar la inscripción del inmueble en el Registro General de la Propiedad.

El propietario del inmueble, señor Garrone, el 24 de mayo de 1967 se compromete por instrumento privado a transferir el bien al señor Domingo Zarantonello. El 7 de septiembre de 1967 el señor Zarantonello transfiere los derechos emergentes del boleto a los señores Juan Lettieri y Anselmo Felipe Buffa".

---

(1) Ver Lunes 4 y 30, Nº 214 y 215.

(2) T.S.J. Córdoba, 19 abril 1996, "Lettieri, Juan y otro c/ Antonio Garrone", inédito.

Conviene acotar aquí que la ley provincial de Registro, excediendo las facultades que constitucionalmente se habían reservado las provincias, ya a fines del siglo pasado avanzó sobre el punto anticipándose, como lo hicieron también otras provincias, a lo que ahora dispone la legislación nacional, disponiendo que se registrasen todos los actos vinculados con derechos reales sobre inmuebles. Un eminente jurista, Rafael Bielsa, se refirió a estos dispositivos calificándolos de "feliz anomalía institucional" (3).

En el caso concreto en el Registro el inmueble figuraba a nombre de Caric, y también se había asentado la hipoteca y su ejecución judicial, pero no constaban los siguientes pasos que hemos relatado.

De cualquier forma, como la registración inmobiliaria en Argentina no tiene, ni jamás tuvo, carácter constitutivo, la adquisición del derecho real se obtiene por aplicación de los principios del Código Civil, cuando se reúnen "título y modo", y la publicidad se limita a un efecto de "oponibilidad frente a terceros".

El fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba destaca que existe acuerdo unánime en la doctrina nacional de que las leyes provinciales de registro eran inconstitucionales, ya que —dentro de nuestra organización institucional— la facultad de establecer la forma de adquirir y transmitir el dominio, como así también el momento desde el cual esos actos son oponibles a terceros, corresponde al Congreso de la Nación (art. 67, inc. 11 de la Constitución de 1853, y art. 75, inc. 12 de la actual Constitución).

Como hemos dicho más arriba, las exigencias de registración establecidas en leyes provisionales en nada podían alterar lo dispuesto por la ley de fondo —en este caso el Código Civil, sobre la manera de transmitir los derechos reales— que se limitaba a requerir "título y modo"; en el caso que examinamos el título de Garrone estaba dado por la aprobación judicial de la subasta, y el modo se había cumplido con la entrega judicial de la posesión, todo ello operado entre 1964 y 1965. Desde ese momento Garrone era dueño, con plenas facultades para disponer del inmueble que había adquirido, y la falta de registración de la subasta en nada limitaba esas facultades, razón por la cual debe también aceptarse que su promesa de venta del inmueble, efectuada por instrumento privado en 1967, era también válida y exigible.

Incluso en este punto las reformas introducidas al Código Civil en 1968, incorporando la publicidad registral que no es constitutiva —aunque a nuestro criterio tiene carácter "obligatorio"—, no han cambiado la solución sustancial, pues la transmisión del dominio sigue operándose por la vía de "título y modo", y la publicidad exigida sólo tiene como efecto el dotar a esa transmisión de "oponibilidad a terceros".

Por ello el Tribunal Superior de Justicia, al completar la relación de causa, expresa: **"Conviene destacar que todos estos hechos ocurren antes de la sanción de las leyes 17.711 y 17.801, que entraron en vigencia el 1º de julio de 1968".**

A continuación se agrega en el fallo que: **"El señor Garrone acepta esa cesión de derechos y el 3 de junio de 1970 conviene con los compradores un nuevo plazo para escriturar, en razón de no haberle sido posible hasta esa fecha inscribir en el Registro el bien que había adquirido en la subasta.**

El 20 de septiembre de 1972 los señores Lettieri y Buffa demandan en la ciudad de Marcos Juárez al señor Garrone por cumplimiento de contrato y escrituración judicial. El juzgado de Marcos Juárez hace lugar a la demanda, ordenando que el inmueble de propiedad del señor Garrone sea escriturado a favor del señor Anselmo Felipe Buffa, y su fallo es confirmado por la Cámara de Bell Ville en julio de 1977, quedando firme el pronunciamiento. En etapa de ejecución de sentencia el juez de Marcos Juárez Dn. Luis Eduardo Carol Lugones suscribe la escritura de transferencia a favor del señor Buffa. El escribano autorizante presenta el documento al Registro para su inscripción, y dicha repartición observa que para que pueda tomarse razón es indispensable, como paso previo y en cumplimiento el requisito de tracto sucesivo, que se inscriba la transferencia por subasta al señor Garrone.

---

(3) Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 125.

En noviembre de 1984 el escribano autorizante peticiona nuevamente la inscripción, acompañando copia de un oficio librado con fecha 2 de dicho mes, suscripto por el Secretario del Juzgado de Marcos Juárez que ordena la inscripción de la escritura Nº 184 en el plazo de treinta días. El 26 de noviembre el Registro devuelve los antecedentes al juzgado de origen, solicitando se acompañe fotocopia de la escritura y el 2 de enero de 1985 se recibe un nuevo oficio, fechado el 26 de diciembre de 1984, y suscripto por el juez subrogante Dr. Oscar Roque Bertschi, que reitera la orden de inscripción, bajo apercibimiento de pasar los antecedentes a la Justicia del Crimen".

III.- Calificación de documentos judiciales.

Hemos sostenido desde la Cátedra y también en algún trabajo reciente (4), que cuando se trata de calificar un documento judicial debe distinguirse claramente entre "peticiones" y "órdenes", correspondiendo dar tal calificativo solamente a aquellas decisiones judiciales que han adquirido la autoridad de la cosa juzgada, y se basan en un litigio en las que se ha tratado y resuelto de manera expresa un punto relacionado con la titularidad de un derecho real que la justicia considera debe ser inscripto en el Registro. Las peticiones, en cambio, generalmente se refieren a documentos que sólo dan origen a "anotaciones", y se fundan en resoluciones que no suelen tener fuerza de cosa juzgada (por ejemplo las medidas cautelares).

Por otra parte, creemos que la denominación de "obstáculos surgidos del Registro", tan empleada por la doctrina española, no es muy feliz, pues el Registro no puede "crear obstáculos", ya que —muy por el contrario— su finalidad es brindar un servicio que fortifique la seguridad jurídica. Entendemos, por ello, que es preferible hablar de casos de "imposibilidad fáctica o jurídica", considerando que el examen de legalidad se reduce a los casos de "imposibilidad jurídica", pero que el registrador no puede desatender el análisis de "factibilidad material".

Entre los casos de imposibilidad material podemos mencionar la "inexistencia de la finca", que no es un obstáculo puesto por el Registro, sino que tiene su origen en un dato de la realidad; por ejemplo ello sucede si se ordena una medida relacionada con la "unidad 16" de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, que solamente tiene 14 apartamentos.

Hemos dicho también que en el sistema jurídico argentino el "tracto" es uno de los aspectos que siempre debe calificar el Registrador, tanto se trate de peticiones, como de órdenes judiciales.

En principio, por tanto, el Registrador se encontraba habilitado para efectuar ese análisis y observar la inscripción del documento. Así planteadas las cosas, y de acuerdo a las previsiones que contiene la ley 5771 de la provincia de Córdoba, el Director del Registro elevó el problema a la Cámara Civil en turno, para que se pronunciase sobre el conflicto (5).

IV.- Fallo de la Cámara Civil.

El Tribunal entendió que "**es obligación de la Dirección General del Registro de la Propiedad examinar las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se pide,**

---

(4) "Calificación registral de documentos judiciales", enviado a la Revista del Notariado, de la Capital Federal, para ser publicado en el número del Centenario de esa Revista.

(5) La Ley 5771 de la provincia de Córdoba, dispone en su artículo 20, según el texto ordenado por la ley 6737:

"En los casos en que los Tribunales insistieran en las inscripciones dispuestas, la Dirección General elevará los antecedentes al Excmo. Tribunal Superior de Justicia para su remisión a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de su turno de la Capital, dentro de los 15 días en que se devolviere el documento al Registro General, para que se resuelva el conflicto, manteniéndose la inscripción o anotación provisional durante la sustanciación del mismo.

Los efectos y consecuencias de la resolución de la Cámara se regirán por lo dispuesto en el artículo 18".

ateniéndose no sólo a lo que resulte de ellos sino que su control se extiende al cotejo formal (sic) de los mismos con los asientos registrales".

Sobre la base de este argumento estimó que la observación era correcta y debía mantenerse pues el bien transferido no figuraba a nombre del demandado en el juicio de escrituración, resultando terminante el art. 15 de la ley 17.801, al prohibir la inscripción del documento en que aparezca como titular una persona distinta de la que figura en la inscripción registral. Sostuvo, entonces, que no era aplicable en la especie la excepción prevista por el art. 16 de la ley 17.801, como hipótesis de "tracto abreviado", pues el documento al que se refiere el inciso a) de dicha norma (6) es el otorgado por el juez cumpliendo un contrato celebrado en vida por el causante de una sucesión, lo cual no era el caso de autos.

Quizás desde un punto de vista meramente "formal" el fallo pueda parecer correcto, pues no resulta discutible —a nuestro criterio— la facultad del Registro de calificar la existencia o inexistencia de "tracto", con relación a los asientos registrales, y marcar este problema incluso en el caso de documentos que tienen origen judicial.

Sin embargo, como veremos luego, la solución no pareció satisfactoria al más alto tribunal provincial.

V.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

a) Fundamentación defectuosa.

En primer lugar se señala que la resolución de la Cámara civil carecía de una adecuada relación de causa, y que en los fundamentos dados para aceptar la observación del Registro hay defectos de motivación que ameritan el acogimiento del recurso de revisión. Se destaca que el art. 155 de la Constitución de la provincia impone a los jueces fallar con fundamentos lógicos y legales, en tanto el art. 147 Código Procesal Civil conmina con la sanción de nulidad a las sentencias carentes de fundamentación, concepto que abarca el de "fundamentación defectuosa", que es el caso de autos. Se dice entonces que:

"Los Tribunales de juicio deben fijar correctamente la plataforma fáctica de la causa, y brindar al justiciable las razones que guiaron su proceso de convicción y no simplemente una fundamentación que, bajo la apariencia de tal, no se compadezca con la verdadera cuestión litigiosa planteada en el pleito.

En el caso el Tribunal a quo confirmó la observación del Registro esgrimiendo la prohibición contenida en el art. 15 de la ley 17.801, que establece la obligatoriedad de respetar el tracto sucesivo en las inscripciones que practique el Registro inmobiliario, afirmando que no se estaba en presencia de la excepción prevista por el inciso a) del art. 16 de la ley 17.801, pero omitió considerar el hecho de que el demandado Garrone, cuya titularidad no figura inscripta en el Registro, adquirió la propiedad del bien con anterioridad a la sanción de las leyes 17.711 y 17.801, es decir cuando todavía no se había establecido con "jerarquía constitucional" la obligación de dar publicidad registral a las transferencias de los inmuebles".

El defecto del pronunciamiento reside en el erróneo alcance que se atribuye al principio de tracto sucesivo, consecuencia de la falta de análisis de los hechos de la causa, acaecidos unos con anterioridad a la vigencia de las nuevas leyes registrales y otros posteriormente; y a la contradicción que existe entre aceptar que el documento a registrar tiene origen "judicial", y aplicarle los principios consagrados por la ley para la calificación de documentos notariales.

---

(6) "Art. 16 (ley 17.801). No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos:

a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de obligaciones contraídas en vida del causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre, ...".

Por ello el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba considera necesario dilucidar cual es el alcance de la reforma operada por la ley 17.711, al incorporar en el art. 2505 la publicidad registral como un requisito para que se "perfeccionen" las adquisiciones o transmisiones de derechos reales sobre inmuebles. El texto de la nueva norma tiene una característica que es, al mismo tiempo, una virtud y un defecto: la brevedad.

Virtud, porque de manera concisa resuelve un punto que había preocupado a la doctrina nacional desde fines del siglo pasado, modificando la solución adoptada por el codificador, que limitó esa publicidad al derecho real de hipoteca, por considerar que en ese momento "**en un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más para el crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos**" (7).

Defecto, porque no se regulan numerosos problemas que surgen de la necesidad misma de la inscripción, lo que obligó al legislador a sancionar una nueva ley, la 17.801, que a pesar de publicarse recién el día 10 de julio de 1968, fija en su art. 42 de manera retroactiva la fecha de su entrada en vigencia, a partir del 1º de dicho mes y año, para que coincidiese con la puesta en vigor de la ley 17.711.

La necesidad de sancionar esta normativa en forma urgente impulsó al legislador a adoptar sin mayores retoques un proyecto elaborado por el Consejo Federal del Notariado, que tiene también la **virtud** y el **defecto** de la brevedad, ya que dedica tan sólo 45 artículos a una materia que en otros países requieren más de 400, como sucede en la Ley Hipotecaria de España. Se suma a ello un problema de "perspectiva", pues el proyecto del Consejo Federal estaba dedicado principalmente a prever la transmisión de derechos reales por "actos voluntarios" de su titular, que son los que por lo general se plasman en instrumentos notariales, y no se ocupaba, o sólo lo hacía muy someramente, de las sucesiones **mortis causa**, ni de las transmisiones **forzadas**, que tienen lugar generalmente a través de una resolución judicial.

Existen, pues, en la ley 17.801 numerosos vacíos, que colocan en dificultades al intérprete. Por ejemplo, no se ha regulado en manera alguna la publicidad registral de las subastas judiciales, lo que provoca fricciones frente a las normas de los Códigos de procedimientos, que prevén la publicidad "noticia" por medio de edictos.

Tampoco dilucida la ley cuáles son las hipótesis en que el juez actúa como mero "rogante" o peticionante de la inscripción, y cuáles aquéllas en que ejercita su **jurisdictio**, impartiendo al Registro órdenes que deben ser acatadas; ni se ha previsto cuál es el límite de la función calificadora del registrador cuando el documento que se procura inscribir proviene de autoridad administrativa o judicial o, como en el caso que nos ocupa, es "formalmente" un instrumento notarial, pero se limita a dar forma escrituraria a una decisión judicial. Este hecho se da con mayor frecuencia en otras circunscripciones judiciales, como la Capital Federal, donde en todas las transmisiones en virtud de una subasta judicial se labra escritura pública, que suscribe el juez, a diferencia de lo que sucede en Córdoba, donde se considera suficiente remitir al Registro oficio judicial que reproduzca los Autos Interlocutorios de aprobación de la subasta y entrega de posesión del inmueble al adquirente.

Al ocuparnos de la calificación de los instrumentos de origen judicial hemos sostenido que se trata de un problema delicado, pues el funcionario administrativo no puede revisar, so pretexto de calificación, una decisión que ha adquirido la fuerza de la cosa juzgada y sobre la cual media un pronunciamiento del magistrado.

Insistimos, la ley 17.801 ha previsto una serie de mecanismos aplicables a los actos de adquisición o transmisión voluntaria de derechos reales sobre inmuebles, actos que normalmente

---

(7) Nota final al título de la hipoteca, generalmente citada como nota al art. 3203 del Código civil argentino.

se plasman en instrumentos notariales; pero no ha previsto con el necesario detalle las hipótesis de transmisión legal o de transmisión forzada.

b) Efecto inmediato de las nuevas leyes.

Señala también el fallo, con respecto al caso en estudio, que la vigencia de las leyes 17.711 y 17.801, no pudo cambiar en manera alguna la situación jurídica de "propiedad" del señor Garrone, adquirente del bien en una subasta efectuada y aprobada con anterioridad, es decir una situación jurídica constituida bajo el imperio de la ley antigua (8), pero —en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del nuevo art. 3— las consecuencias o efectos de esa propiedad han quedado sometidas a la nueva ley a partir de su entrada en vigencia, es decir desde el 1º de julio de 1968.

Adviértase, en primer lugar, que la ley 17.801, complementando el art. 2505 del Código civil, ordena la inscripción de los documentos "que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles", y dispone en el art. 10 que esos inmuebles "serán previamente matriculados en el Registro correspondiente a su ubicación".

No contiene, sin embargo, disposición alguna que fije un plazo para dicha matriculación, lo que se debe —sin duda— a una realidad existente en nuestro país: al haberse creado los Registros provinciales, aunque se los tachase de inconstitucionales, la casi totalidad de los inmuebles se encontraban ya matriculados, por lo que pudo parecerle innecesario al legislador fijar plazos y mecanismos de matriculación. Pero este silencio origina problemas, pues no solamente existe cierto porcentaje de inmuebles que jamás han estado matriculados, sino que a ello se suman casos en los cuales el bien se matriculó, pero el tracto registral se ha interrumpido, porque con posterioridad se efectuaron transmisiones de dominio que no han sido inscriptas, sin que ello afectase los derechos de los nuevos titulares, porque la exigencia de publicidad establecida por las leyes provinciales era "inconstitucional".

Hemos manifestado más arriba que, a nuestro entender, a partir de la ley 17.801 y, pese a los vacíos señalados, la publicidad registral es obligatoria (9). A ello debe agregarse que la propia ley contiene una sanción para los titulares "no inscriptos", que quedan fuera del "tráfico jurídico", ya que no pueden transmitir esos derechos reales por **actos voluntarios**, pues —como expresa el art. 23— "**ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro**".

Esto no significa que pierdan su carácter sustancial de propietarios, sino que se limita de manera inmediata uno de los efectos o consecuencias de esa situación jurídica, exigiéndole —para que pueda disponer del bien— que matricule el inmueble, o regularice la situación de titularidad registral que se ha visto interrumpida.

En tal sentido la observación formulada por el Registro de la Propiedad de Córdoba, con relación a la falta de "tracto registral", sería correcta si el documento que calificaba hubiese sido lo que vulgarmente se llama un "instrumento notarial", limitado a dar forma a una expresión de voluntad de las partes tendiente a transmitir el derecho real por un acto entre vivos, pero excede el marco de las facultades de calificación del Registro pues el acto instrumentado en la escritura es el fruto de la decisión judicial firme que ordena transmitir al señor Buffa el inmueble adquirido

(8) Ver nuestro libro sobre "Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil", Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1976, cap. I, p. 13 y ss. (distribuye ed. Zavalía).
(9) Conf. nuestro "Publicidad registral", cap. III, ap. 7 "f", p. 89 y 90, 2ª ed., Advocatus, Córdoba, 1997.

a Garrone y que éste, a su vez, adquirió en la subasta judicial por la cual se le transmitió de manera forzada el bien que hasta entonces había pertenecido al señor Caric, titular registral.

c) Tracto sucesivo.

El fallo incursiona también sobre el tracto sucesivo, afirmando que "**desde el punto de vista sustancial, es un principio que exige que cada transmisión o constitución de un derecho real, emane de la persona que en ese momento es titular del derecho y está legitimada para disponer de él; de manera que cada uno de los pasos de transmisión se vaya eslabonando sin interrupciones desde el primer titular, hasta el titular actual**".

Proyectado ese principio a sede registral, la ley procura establecer la materialización formal de ese perfecto encadenamiento de titularidades, que conduzca desde el titular actual, a través de cada uno de sus antecesores, hasta la persona que era propietaria en el momento de matricularse el inmueble, de modo tal que refleje íntegramente la historia jurídica de la finca.

Puede suceder, sin embargo, que por distintas circunstancias las transmisiones hayan respetado el principio sustancial del tracto, sin haberse plasmado previamente en asientos registrales. El legislador ha previsto algunas de esas hipótesis, que la doctrina suele denominar de "tracto abreviado", o "tracto sucesivo abreviado", en el art. 16 que contiene una enumeración que no podemos considerar taxativa, sino simplemente enunciativa.

En tales casos el tracto sucesivo no se encuentra vulnerado cuando —a pesar de que el acto de disposición se otorga por un titular que todavía no está inscripto— el nuevo asiento contiene una relación detallada y completa en la serie de transmisiones, que de esta manera reflejan en el folio el perfecto eslabonamiento de titularidades.

Cuando el "tracto registral", que es meramente formal, ha quedado interrumpido, pero el "tracto sustancial" se ha producido fuera del registro, debe articularse una manera de restablecer la coincidencia entre la realidad sustancial y su expresión formal; como la ley nada ha previsto, el único remedio para esa hipótesis es la decisión judicial que establezca cuál es la titularidad real, a través de las sucesivas transmisiones que no fueron registradas.

Concluye el Tribunal Superior de Justicia afirmando que en el caso de autos "**surgen del tenor de la escritura efectuada por mandato judicial (sentencia Nº 22, del 15 de julio de 1977, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bell Ville) la totalidad de los antecedentes de dominio que permiten verificar la cadena ininterrumpida de titularidades, a partir de la adquisición por el señor Garrone del inmueble de marras**" y, en virtud de ello ordena al Registro se cumpla lo dispuesto por el Juez que otorgó escritura a favor de quienes adquirieron los derechos a Garrone, dejándose debida constancia registral de las distintas transmisiones que permiten establecer la real existencia de tracto con el anterior titular registral señor Caric.

VI.- Conclusión.

1) El Registro, al calificar los documentos judiciales, debe examinar, entre otras cosas, el cumplimiento del tracto.

2) Cuando el tema ha sido motivo de discusión en sede judicial, y esta se ha pronunciado, por sentencia con fuerza de cosa juzgada, sobre la existencia sustancial de tracto, el Registro debe acatar esa **orden** judicial, pues esa registración es materialmente factible, y no puede elevar un "obstáculo registral" en contraposición con la realidad jurídica extrarregistral.

Luis Moisset de Espanés

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana