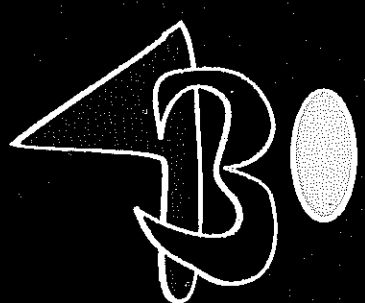
LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

informativa de derecho privado y registral
LUNES 4'30

sumario

Año XI - Núm. 235 - 2ª Quincena de mayo, 1998

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 4
SENTENCIAS 7

MESA REDONDA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL 12

LA RESOLUCION DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997, por Emiliano Cano..... 14

¿POR QUÉ HACEN LAS LEYES LOS JURISTAS?, por Silvia Rodríguez Coladas 17

EL ARTICULO 1357.2 DEL CÓDIGO CIVIL O UNA FORMA IRREGULAR DE APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, por Cesar Belda... 24

PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO, por Constancio Villaplana 36

AMÉRICA *CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO, por el Dr. Edilberto Cabrera* 46

LITERATURA *"Verba volant, scripta manent", por Inés Fernández* 58

HUMOR *CORRAL JR.* 57

RESEÑA LEGISLATIVA..... 6

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

AVISO A LOS SUSCRIPTORES

Este es el último número del ejercicio económico 1997-98 de la LUNES. El siguiente, 236, se os enviará, según la costumbre, contra reembolso del importe de la suscripción anual que se incrementa en un 10 %, pasando a ser de 22.000 ptas. Bastará con desatender el contra reembolso para darse de baja tácitamente en la suscripción. Como siempre. O como nunca.

Cerramos el ejercicio con un déficit de unas 800.000 ptas. que serán aportadas por el Decanato Territorial, con parte de la reserva presupuestaria establecida a tal fin. Nuestro eterno agradecimiento. La intención de absorber tal déficit y el mucho tiempo transcurrido desde que se estabilizó la suscripción en 20.000 pesetas, nos han aconsejado el aumento del 10%. Maldito parné.

casos prácticos

CASOS PRACTICOS DE VALENCIA

DOS SUPUESTOS DE CANCELACIONES ORDENADAS EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO.

—Se presenta en el Registro un mandamiento ordenando la cancelación de una nota marginal de afección por cinco años al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y que figura al margen de la inscripción que ahora se ejecuta por el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria.

Los asistentes entendieron que no existía ningún inconveniente en cancelarla, por tratarse de una nota al margen de un asiento posterior a la hipoteca que se ejecuta y seguir la misma suerte que el asiento de dominio. Señalándose además por algún asistente que esa nota marginal no recoge ninguno de los supuestos de preferencia a favor de la Hacienda para el pago de otros tributos.

—Se presenta otro mandamiento judicial en el que se ordena la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutada por el art. 131 de la Ley Hipotecaria, excepto una anotación de demanda posterior en favor de la comunidad de propietarios, por la afección a los gastos de comunidad del art. 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Por unanimidad, se entendió que la citada anotación sólo podía mantenerse cuando la demanda se entabló contra los titulares de las cargas ya registradas al tiempo de anotarse dicha demanda (así resulta de la doctrina sentada por la R/DGRN de 15 de enero de 1997).

¿UN CASO DE ENAJENACIÓN DE BIENES SUJETOS A UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISA?

Se presenta una escritura de partición de herencia en virtud de un testamento otorgado por el causante de la herencia en el que después de legar a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia, ordena que extinguido este legado, si su hija Marta continua soltera lega a ésta el tercio de libre disposición y a su fallecimiento pase a su hermana. Pero si Marta contrae matrimonio y tiene hijos, pase todo a los hijos de Marta. Y en el supuesto de que Marta no tuviese hijos, lega a su

otra hija y en su defecto a sus descendientes los bienes de la herencia, con la condición de que cuiden de ésta en caso de necesidad.

Se presenta ahora la escritura de partición, en la que la viuda renuncia al usufructo, planteándose el Registrador si se trata de un supuesto de sustitución "si sine liberis decesserit" en cuyo caso los hijos puestos en condición están en la sustitución. Y por lo tanto, habría que esperar hasta el momento del fallecimiento de Marta.

Por algunos asistentes, se entendió que en este caso no existía propiamente tal sustitución, pues al renunciar la viuda y extinguirse el usufructo universal y vitalicio, debería atenderse al estado civil de Marta en el momento de la extinción que era el de soltera y admitir la venta que se otorga con posterioridad por las dos hermanas.

Sin embargo, la mayoría entendió que la venta solo cabría si el juez aprobaba la subrogación real de ciertos bienes en lugar de los afectados por la sustitución fideicomisaria, como se recoge en el Derecho catalán art. 189 del Código de Sucesiones.

¿CONSERVA EL CÓNYUGE SEPARADO JUDICIALMENTE LA LEGÍTIMA VIDUAL, CUANDO NO ES CULPABLE CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN ANTERIOR?

Un matrimonio obtiene en 1978 la separación canónica y en 1984 la civil en virtud de sentencia firme, en la que se reconocía la culpabilidad del marido de acuerdo con la normativa anterior, que establecía distinciones según la culpabilidad o no de los consortes. Fallecido el cónyuge culpable bajo testamento abierto en el que desheredó al otro cónyuge, sin justa causa probada, se pretende inscribir ahora la escritura de partición de herencia otorgada exclusivamente por los hijos sin intervención del otro cónyuge ni adjudicación alguna a su favor.

El Registrador se plantea si el cónyuge sobreviviente conserva su derecho a la legítima por aplicación del art. 834 C.c.

Hay que señalar que la R/DGRN de 25 de junio de 1997 aunque trataba un supuesto distinto abordaba el tema y declaraba "lo cierto es que la redacción del artículo 834 del Código civil vincula la negación de derechos legitimados al estado legal de separación (salvo la hipótesis excepcional de conservación de los mismos en favor del inocente en caso de culpa del otro)...".

En la misma Resolución se reconoce que los preceptos del art. 834 y 835 del Código civil, que provienen de la Ley de 24 de abril de 1958, han permanecido inalterados pese al cambio fundamental operado en la regulación legal de la separación conyugal y siguen haciendo referencia a supuestos de culpabilidad de los cónyuges (como también recogen otros preceptos art. 144, 152-4º y 855-1º del C.c.), para admitir que el cónyuge inocente conserve sus derechos legitimarios pese a la separación.

OTRO SUPUESTO DE DESHEREDACIÓN.

Sobre una finca incluida en la herencia del causante se reconocen los siguientes derechos: la mitad para el otro cónyuge y sobre la otra mitad los derechos de la viuda y un hijo del segundo matrimonio y se recoge la desheredación hecha en testamento por el causante a los 2 hijos del primer matrimonio desheredados por no prestar alimentos.

El Registrador señala que si los hijos desheredados impugnan solo tendrán derecho a la legítima estricta, en caso de que por Sentencia se reconozcan sus derechos. Por lo que, la inscripción de la herencia estaría sujeta a la suspensión de la fe pública que recoge el art. 28 de la Ley Hipotecaria, durante dos años desde la fecha del fallecimiento del causante.

También se apuntó que en ningún caso puede prescindirse de la aplicación del art. 857 del Código civil que reconoce el derecho de los hijos o descendientes del desheredado a ocupar su lugar y conservar sus derechos como herederos forzosos respecto a la legítima.

Mercedes Tormo Santonja

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.)

ADVERTENCIA. Las *hojas sueltas* de las RR de 20 y 29 de abril se adjuntaron al número anterior. Ahora publicamos los prometidos extractos.

R. 20 ABRIL 1998 (BOE 7 MAYO)

MERCANTIL. SRL.

1) EXPRESIÓN DE LA EDAD DE LOS OTORGANTES. 2) TÍTULO DE LAS APORTACIONES (NO DINERARIAS). 3) REPRODUCCIÓN (PARCIAL) ESTATUTARIA DE DISPOSICIONES LEGALES

La consignación de la edad, por medio de la indicación de la fecha de nacimiento, solo es exigible respecto de los otorgantes del acto sujeto a inscripción (y no del cónyuge que solo presta su consentimiento a la aportación).

Las aportaciones (no dinerarias en el caso) se entienden hechas por título de propiedad, por aplicación analógica del art. 36.2 LSA.

La reproducción parcial de normas legales en los estatutos unicamente constituye defecto cuando pueda parecer que se pretende la exclusión de una norma imperativa (la firma del informe de gestión por los Administradores, en el caso).

R. 24 ABRIL 1998 (BOE 27 MAYO)

EXPEDIENTE DE DOMINIO: ES CAUCE ADECUADO PARA INMATRICULAR UN PISO QUE FORMA PARTE DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. EL AUTO HA DE SER FIRME.

Supuesto de hecho: se presenta en el RP el testimonio de un auto recaído en expediente de dominio en el que se declara la existencia de una parcela de terreno plenamente identificada y que sobre ella se construyó, por persona distinta del promotor del expediente, un edificio de dos plantas que se dividió en régimen de propiedad horizontal con dos elementos privativos y se ordena que uno de ellos, en concreto el piso alto, se inscriba a favor del promotor del expediente. En el auto se describe el total edificio y se determina la

parte de uso singular y exclusivo y la cuota respectiva.

El Registrador deniega la inscripción por los siguientes defectos: 1) no consta la firmeza del auto; 2) no ser el expediente de dominio título hábil para constituir una finca en régimen de propiedad horizontal; 3) haberse promovido el expediente por quien no es titular de toda la finca sin que conste siquiera que hayan sido citados los cotitulares, es decir los dueños del otro elemento privativo; 4) ordenarse sólo la inscripción de uno de los elementos privativos y 5) no constar la citación de la persona de quien proceden los bienes o sus causahabientes.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ revocó la nota del Registrador. La DG confirma el primer defecto. El segundo defecto no es confirmado ya que el auto no constituye el régimen de propiedad horizontal, se limita a declarar que estaba constituido. En cuanto a los defectos tercero y cuarto manifiesta que no hay obstáculo para inmatricular una cuota de participación en una comunidad especial si aparece completamente definido su régimen, como es el caso, sin que pueda rechazarse so pretexto de no haber sido promovido el expediente por todos los cotitulares del inmueble, cuya citación, por lo demás es obligatoria y cuya declaración de titularidad no se pretende. En cuanto al quinto defecto manifiesta que la observancia de los requisitos de citación de las personas de quién procedan los bienes y de los cotitulares del inmueble, como trámite esencial del procedimiento, sólo puede ser objeto de calificación por el Registrador cuando se configura como garantía de derechos inscritos que pueden verse afectados por el resultado del procedimiento. (A.C.)

R. 29 ABRIL 1998 (BOE 14 MAYO)

MERCANTIL. S.L.

SOCIEDADES LIMITADAS UNIPERSONALES A PARTIR DE 1.1.1996. EL TÍTULO PARA SU NECESARIA CONSTANCIA REGISTRAL ES LA ESCRITURA PÚBLICA. ART. 126 LSRL.

Se plantea si es título adecuado para inscribir en el Registro Mercantil la situación de unipersonalidad de una sociedad preexistente a la entrada en vigor de la Ley de SRL de 23 de marzo de 1995, la simple declaración privada de su administrador único con la firma legitimada notarialmente que fue presentada después de 1-1-96.

El artículo 126 de la nueva Ley con referencia a la constancia registral de la unipersonalidad establece que se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el RM. Sin embargo se estableció un régimen de excepción que, por una parte, dilataba en el tiempo el plazo para solicitar la inscripción hasta 1.1.1996, sin considerar la fecha en que hubiese sobrevenido la situación a publicar, y, por otra, simplifica las exigencias formales al permitir que se practicase en base a un declaración suscrita por persona con facultades para certificar, y firma legitimada.

Esta regla excepcional ha de interpretarse restrictivamente; una vez vencido el plazo transitorio ,la misma ha dejado de ser aplicable en todos sus efectos. Por tanto la DG confirma la nota del Registrador. (M.R.P)

R. 6 MAYO 1998 (BOE 27 MAYO)

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA: INSCRITO EL DERECHO REAL DE OPCIÓN DE COMPRA, LA TRANSMISIÓN QUE EN EJERCICIO DEL MISMO SE PRODUZCA PREVALECE SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES REALIZADOS POR EL CONCEDENTE SIEMPRE QUE SE ACREDITE FEHACIENTEMENTE QUE EL DERECHO DE OPCIÓN SE HA DESENVUELTO CON PLENO RESPETO DE LOS TÉRMINOS EN QUE FUE CONSTITUIDO.

Supuesto de hecho: en el RP consta inscrito un derecho de opción de compra que sólo podrá ejercitarse en el plazo de un mes a partir del día 9 de mayo de 1990 y sólo en el caso de que el concedente de la opción no pague al optante una determinada deuda antes del día 10 de mayo de 1990. Posteriormente, consta en el RP los siguientes asientos: 1) anotación por la que se hace cons-

tar que ha recaído sentencia en la que se condena al titular registral a otorgar escritura pública de compraventa de la finca a favor del optante; 2) inscripción a favor del adjudicatario de la finca como consecuencia de la subasta judicial llevada a cabo dentro de un juicio ejecutivo estando ya cancelada la anotación de embargo derivada de dichos autos. Se presenta copia de la escritura otorgada por la Magistrada — Juez en rebeldía del concedente de la opción por la que se enajena al optante la finca en cumplimiento de la sentencia recaída y que fue objeto de anotación.

El Registrador deniega la inscripción por estar la finca inscrita a favor de persona distinta de la demandada, no alegándose ni constando del Registro haberse cumplido ninguno de los dos requisitos fijados para el ejercicio del derecho de opción —falta del pago de determinada deuda y ejercitarse en el plazo estipulado— y no ordenarse la cancelación de las inscripciones posteriores a la de opción de compra.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente del TSJ confirma la nota del Registrador, no así la DG. Inscrito el derecho real de opción de compra, la transmisión que en ejercicio del mismo se produzca prevalece sobre los actos dispositivos posteriores realizados por el concedente de modo que, presentada la venta resultante del ejercicio de este derecho, el asiento de la venta intermedia se cancelará al inscribirse aquella siempre que se acredite fehacientemente que el derecho de opción se ha desenvuelto con pleno respeto de los términos en que fue constituido. En el caso debatido la sentencia declara que el derecho de opción ha sido correctamente ejercitado, por tanto dicha sentencia junto con la escritura otorgada en su desenvolvimiento es título bastante para cancelar los asientos posteriores a la anotación de la misma. (A.C.) ■

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña BOE-DOGV hasta 31-5-98

Disposiciones nacionales

IMPUESTO DE TP Y AJD — LEY Y REGLAMENTO.
Tres resoluciones de 5 mayo 98 de la Secretª de Estado de Hacienda (BOE 23) publican sendos acuerdos del Consejo de Ministros de 2 abril, mandando ejecutar las sentencias del Tribunal Supremo de 3 oct y 3 nov 1997, por las que se declaran nulos. A) El art. 45.1.B de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Texto Refundido de 24 sep 93, en cuanto no contiene el ap. 9º del art. 48.1.B del anterior Texto Refundido de dicho Impuesto. B) Y, total o parcialmente, los arts. 39, 54.3, 62.b.2, 64.5.2, 70.4 y 75.3-5-6.

Disposiciones autonómicas

CATALUÑA — PUERTOS.
Ley catalana 5/98 de 17 abr (DOGC 5 mayo y BOE 28 mayo): Puertos de Cataluña.

VALENCIA — TURISMO.
Ley valenciana 3/98 de 21 mayo (DOGV 22): Turismo de la Comunidad Valenciana.

EXTREMADURA — COOPERATIVAS.
Ley extremeña 2/98 de 16 abr (DOE 2 mayo y BOE 29 mayo): Sociedades Cooperativas de Extremadura.

SENTENCIAS

Por ***Mª Emilia ADÁN GARCÍA***

STS 19 DICIEMBRE 1997

CONVERSIÓN DE BIEN GANANCIAL EN PRIVATIVO POR ACUERDO DE CESIÓN ENTRE LOS CÓNYUGES. Artículos citados: 618, 633 y 1323 del Código Civil.

HECHOS.- D. AAA y Dª BBB contrajeron matrimonio el 28 de mayo de 1972.

El 9 de noviembre de 1976, D. AAA adquirió en documento privado un inmueble, con carácter ganancial. El 6 de marzo de 1985, ambos cónyuges, en documento privado, expresamente reconocido por las partes, establecieron la separación de hecho, y pactaron un proyecto de capitulaciones matrimoniales en el que se atribuía a la esposa el citado inmueble. El seis de marzo de 1985, D. AAA hizo añadir al documento privado de compra del inmueble litigioso una cláusula en la que cedía a su esposa todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato.

El 24 de mayo de 1985, los cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se pactó "que se consideran como propios de cada cónyuge los bienes que figuren a su nombre en títulos, registros, depósitos o documentos". Simultáneamente, se liquida la sociedad conyugal en escritura de la misma fecha, en la que no se hace mención al inmueble. La esposa ha venido disfrutando del inmueble desde la separación matrimonial.

Dª BBB interpone demanda solicitando que se le reconozca la propiedad del piso, D. AAA reconviene argumentando que el piso es de su exclusiva propiedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvención por entender que la cesión hecha por el marido a la mujer de los derechos sobre el piso es una donación, y es ineficaz por no cumplir los requisitos ad solemnitatem precisos. Además considera que el piso debe entenderse que pertenece al marido al estar el documento privado suscrito por él.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia. Entiende la Audiencia que fue voluntad de las partes la atribución de la vivienda a la esposa, sin que estemos en presencia de una donación. La vivienda se le adjudica en virtud de una distribución de bienes gananciales, que no precisa forma pública para producir efectos inter partes; así, en la escritura de capitulaciones se atribuía a cada cónyuge los bienes que figuraran a su nombre en cualquier documento, y el pacto del seis de marzo de 1985 y la cláusula adicionada tiene tal carácter.

Presentado recurso de casación por el marido, el Tribunal Supremo lo desestima por los siguientes motivos:

—Los cónyuges pueden celebrar entre si todo tipo de contratos, y ello afecta no sólo a los bienes de los que son titulares, sino también a "posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante". La posibilidad de contratar no sólo se refiere a las compraventas y donaciones, ya que la cesión de derechos o el reconocimiento de derechos son modalidades contractuales que pueden ser utilizadas por las partes dentro de su libertad negocial, gracias al permisivismo del artículo 1323 del Código Civil.

—No es aplicable al caso ni el artículo 618 ni el 633 del Código Civil, pues no se trata de una donación sino que esta adjudicación ha de entenderse comprendida dentro "de la complejidad de operaciones inherentes a la separación de hecho que en origen se consumó en el documento privado de 6 de marzo de 1985, pues bien consecuente es, explicarse aquel reco-

nocimiento/cesión en un conjunto de adjudicaciones duales de carácter sinalagmático de ese reconocimiento y cesión de derechos entre ambos consortes".

STS 20 DICIEMBRE 1997

SERVIDUMBRE CONSTITUIDA POR EL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos citados: 541 del Código Civil.

HECHOS.- Los matrimonios A y B fueron los promotores de un inmuebles formado por varias plantas, en las que existen diversos pisos y locales. El local X fue dotado de un sistema de ventilación, para lo cual colocaron dos motores en el balcón o terraza existente al fondo de la planta primera, para tomar aire del patio al que no daba la entreplanta en que se sitúa el local X, y sí la planta primera.

El 12 de abril de 1977 los promotores arrendaron a D. CCC la planta primera, en cuyo balcón estaban ya situados los motores. Efectuada la división horizontal del edificio se adjudicó al matrimonio A la entreplanta y la planta primera del edificio, en escritura pública de fecha 14 de mayo de 1982.

En escritura pública de 31 de diciembre de 1985 el matrimonio A vendió a D. DDD el local X.

En escritura pública de 28 de febrero de 1990 el matrimonio A vendió a D. CCC la planta primera del edificio, haciéndose constar que la misma estaba libre de cargas, y que estaba arrendada al comprador. Posteriormente D. CCC retiró del balcón los dos motores, suprimiendo el sistema de ventilación del local X.

D. DDD interpuso acción confesoria de servidumbre del artículo 541 del Código Civil, en beneficio del local X consistente en colocar dos motores en el balcón de la planta primera. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, al entender que el propietario único estableció un signo aparente de servidumbre entre ambos locales consistente en la colocación de los dos motores de ventilación en el balcón de la casa, dotando de ese modo de ventilación al local X. Posteriormente al vender a personas distintas el local y el piso primero no retiró el signo aparente ni expresó en las respectivas escrituras públicas de venta la no existencia de la servidumbre, por lo que hay que entender que quedó constituida. No basta la expresión "libre de cargas" para considerar hecha una manifestación contraria a la existencia de la servidumbre.

El que las servidumbres continuas y aparentes se adquieran en virtud de título o por la prescripción de veinte años (art. 537 CC) no impide que puedan adquirirse también por el artículo 541 del Código Civil.

La relación jurídico-procesal queda plena y perfectamente constituida entre el propietario del que dice ser predio dominante y el que se afirma ser dueño del predio sirviente, cualquiera que sea la forma de constitución de la servidumbre predial.

STS 31 DICIEMBRE 1997

RESCISIÓN DE UNA DONACIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES. Artículos citados: 643 y 1111 del Código Civil.

HECHOS.- El matrimonio A donó a su hija Dª BBB un piso, en escritura pública de fecha 9 de septiembre de 1991. Dicho matrimonio era avalista de la sociedad X, en la deuda contraída por la sociedad X con el Banco de C.

Posteriormente la sociedad X suspendió pagos, y tras diversas vicisitudes fue declarada en quiebra.

El Banco de C interpuso acción de rescisión de la donación por fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial la estimó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.- Dos son los motivos de casación alegados:

—Infracción del artículo 643 del Código Civil, al entender que los donantes se reservaron bienes suficientes para pagar la deuda avalada a la sociedad X; además, en aquél momento la situación de la sociedad deudora no era la que luego se produjo.

El Tribunal Supremo desestima el motivo al entender que no basta la mera existencia de bienes para desterrar la presunción de fraude. Entiende el Tribunal Supremo que para evitar la presunción de fraude habría que probar que al donar quedaban al donante bienes suficientes para pagar a los acreedores, y en el caso debatido, resulta probada la insuficiencia de los mismos, y que sólo el piso donado podía ser objeto de agresión fructífera.

—Infracción del artículo 1111 del Código Civil, al entender que el Banco no ha llevado hasta sus últimas consecuencias los embargos trabados sobre otros bienes tanto de la sociedad como de los avalistas. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, ya que entender que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá, es una interpretación formalista y exagerada que no puede admitirse. El significado del precepto es que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. "Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero que en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica.

STS 4 de mayo 1998

DEROGACIÓN DEL ART. 129 DE LA LEY HIPOTECARIA EN EL INCISO SOBRE "PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL" Y NULIDAD DE DIVERSOS PRECEPTOS DE SU REGLAMENTO.

El TS estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en autos sobre oposición al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales y, en consecuencia, anula la sentencia recurrida, declarando, en sustitución de la misma, la inaplicación por derogación al ser norma opuesta a la CE , del segundo párrafo del art. 129 de la LH y la de los arts. 234 a 236-o), ambos inclusive, del Reglamento Hipotecario , en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa con la estimación en lo principal de la demanda, y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido.

<<Segundo.- Tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la CE es ley superior y posterior, los jueces y tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la "cuestión de constitucionalidad", a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postcontitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el TC (SSTC 4/1991 [RTC 1991, 4], 14/1991 [RTC 1991, 14] y 109/1993 [RTC 1993, 109], entre otras). En el caso que examinamos, la única norma con rango de ley concernida es el párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria (TR de 8 de febrero de 1946, con fundamento en la Ley de 30 de diciembre de 1944 [RCL 1945, 1 y NDL 18371]) que, fuera del ejercicio de la "acción hipotecaria", sujetándose al procedimiento judicial sumario que se establece en el art. 131 de la misma ley, permite, además, que "en la escritura de constitución de la hipoteca" pueda "válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, la cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario". A diferencia de lo que acontece con el "procedimiento judicial sumario", cuyas reglas capitales de desarrollo procesal, con independencia de las precisiones reglamentarias, se consignan en dos extensos artículos (art. 131 y 132 de la Ley Hipotecaria), el llamado "procedimiento extrajudicial", merced a la deslegalización que autoriza el art. 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria [art. 234, 235, 236 a), 236 b), 236 f), 236 g), 236 h), 236 i), 236 j), 236 k), 236 l), 236 m), 236 ñ), 236 o), aprobado por D de 13 de febrero de 1947, con las modificaciones introducidas por RD 290/1992, de 27 de marzo (RCL 1992, 947)], sujetas, por tanto, a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el art. 9 de la CE.

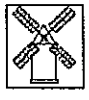
Tercero.- El "procedimiento extrajudicial" de ejecución hipotecaria carece de tradición en España, antes de la promulgación del CC e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el "fuero juzgo", que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. El reconocimiento, no obstante, en el CC (art. 1872) de la facultad del acreedor prendatario de "proceder por ante notario a la enajenación de la prenda", supuesta la insatisfacción del crédito garantizado, con grandes debates acerca de la licitud y validez del pacto expreso que se introdujo como práctica notarial para autorizar la ejecución extrajudicial de la hipoteca, suscitó la cuestión sobre la aplicación al crédito hipotecario de la facultad concedida al acreedor prendatario. Sin embargo, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (28 de noviembre de 1883, 12 de julio y 21 de octubre de 1901, 5 de diciembre de 1903, 19 de febrero y 28 de mayo de 1904, 19 de septiembre de 1906, 9 y 17 de junio de 1910, 27 de febrero y 29 y 30 de octubre, 12 de noviembre de 1913 y 2 de junio de 1914) y algunas sentencias del TS (de 21 de octubre y 3 de noviembre de 1902), apoyándose en el señorío del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC) e, implícitamente, en una concepción escasamente publicista de la disciplina procesal, sometida al influjo de su consideración apendicular, como rama jurídica, y a la "soberanía" de los pactos privados, determinaron una práctica que alcanzó rango de norma, inferior a las leyes formales, en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (art. 201).

Cuarto.- Hoy en día resulta difícil de compartir, con una mentalidad jurídica actual, concorde con la evolución científica, y sobre todo social, los argumentos que sirvieron de justificación a la equiparación de la facultad concedida al acreedor prendario, con la establecida, por analogía, para el acreedor hipotecario, incluso, desde una perspectiva meramente lógica, puesto que la norma citada (art. 1872 del CC) figura, sistemáticamente, colocada en el capítulo II del Título XV del Libro IV, esto es, fuera de las "disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca", y dentro del conjunto referido a "la prenda", lo cual arguye una voluntad inequívoca del legislador, según la estructura del título, de establecer, al margen de los preceptos comunes, reglas propias y,

por tanto, específicas, de cada institución, unas aplicables sólo a la prenda (el expresado capítulo), y otras aplicables sólo a la hipoteca (el capítulo siguiente). Pero, además, los más recientes argumentos que emplea en su defensa el RD 27-3-1992 núm. 290/1992 no son atendibles: confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende "es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial", finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato, e ítem más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de derecho público. Tampoco puede sostenerse —como continúa diciendo el préambulo de dicha disposición— que "la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado", pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscrita por la intervención de los tribunales de justicia. Este "derecho privado" que pugna con los principios de las sociedades de civilización desarrollada no puede mezclarse con el "derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipotecada", que, así dicho, sin matizaciones, puede confundirse con el prohibido pacto comisorio o, en un terreno más general, con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva. Finalmente, el argumento utilizado, en otras ocasiones de subrayar su semejanza con la institución del arbitraje, es abiertamente equivocado, dado que, así como la potestad de decidir el derecho, o sea, de establecer la certeza del derecho puede remitirse, por voluntad de las partes, al juicio de árbitros, la ejecución del laudo es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción.

Quinto.- No ignoramos que, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y, concretamente, en este Alto Tribunal han recaído resoluciones que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario, aunque alguna, como el auto de 4 de abril de 1995, decida la inadmisibilidad por inadecuación de procedimiento, esto es, no entra en el conocimiento de las pretensiones de fondo. No obstante, estas resoluciones que pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni por ello, la vinculan en sus decisiones. Son éstas las sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995, respectivamente, que, desde luego, responden a la resolución de cuestiones diversas del caso ante esta jurisdicción civil planteado. En la primera, originada por un recurso de la "Asociación de consumidores de la Comunidad Autónoma de Madrid", en lo que interesa (al margen de otras alegaciones), la ratio decidendi se apoya en que frente a lo alegado por el recurrente no se impide "un derecho a la oposición en cuanto a la certeza y exigibilidad del crédito, y al no permitir la suspensión del procedimiento más que por causa criminal o procedimiento registral", y mutatis mutandi considera aplicable al caso los razonamientos del TC acerca de la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario del art. 131, equiparación que, a nuestro juicio, no es posible, por la neta diferencia entre ejecución procesal (que sostenemos es la constitucional) y ejecución extrajudicial (que sostenemos que no lo es). Tampoco se comparte la idea de que la ejecución extrajudicial vale por su origen contractual, conforme a razones ya expuestas, que nos llevarían, si se aceptara este principio, a permitir una jurisdicción civil plenamente convencionalizada. Es aceptable el rechazo de la pretendida "reserva de ley", en la referida sentencia, como argumento de impugnación, para atender a la regulación del procedimiento según los criterios aportados que estima inatendibles, si bien, como se verá más adelante, la "reserva de ley" que importa —y no se considera, sin duda, por no haber sido alegada— es la relativa a la aplicable a las leyes procesales. En la segunda, que resuelve un recurso del "Consejo General de la Abogacia", básicamente, en lo que nos concierne, se abunda en la idea, ya examinada y no compartida, de circunscribir el "monopolio de las actividades de ejecución" a "lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales", lo cual, como fácilmente se infiere, da al traste con la ejecución judicial de los títulos extrajudiciales, o al menos propicia, una interpretación desmembradora por vía legal de aquel cometido jurisdiccional. Los criterios expuestos por las expresadas resoluciones, formuladas al filo de alegaciones diversas a las en nuestro caso concreto planteadas, no alcanzan a desvirtuar las razones en que nos apoyamos para llegar a soluciones contrarias.

Sexto.- Desde la promulgación de la vigente CE, la regulación del "Poder Judicial" responde a criterios que refuerzan su significación en el conjunto de los poderes del Estado, con transcendencia hasta entonces no reconocida. El "Poder Judicial" se traduce como función estatal en la "jurisdicción" o actividad que despliega el Estado para hacer valer la eficacia del ordenamiento jurídico en los casos concretos controvertidos mediante la aplicación judicial del derecho. Conforme al art. 117.1 de la CE, el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados (coerción, cautelar, documentación, disciplinario, etc.), dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración, y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración (no obstante, esta primera, en cuanto versa sobre materias disponibles, cabe confiarla a la decisión de árbitros) y de ejecución (se entiende forzosa ya que siempre es posible el cumplimiento voluntario de las obligaciones ciertas o aceptadas), se desarrollan (a salvo las excepciones que la propia CE establece en favor del TC o de la jurisdicción militar) en el único marco posible del "Poder Judicial" que tiene carácter "exclusivo". El art. 117.3 de la CE proclama, en efecto, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. Los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción se complementan mutuamente, pues, mientras el primero separa de la



función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo o autoridad que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones. Esta exclusividad e integridad de la jurisdicción también significa que no pueden los juzgados y tribunales ejercer más funciones que las jurisdiccionales. Por eso, la CE igualmente establece "que los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho" (art. 117.4 CE).

Séptimo.- La función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los jueces y tribunales integrantes del "Poder Judicial", directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos, diferentes del juez, línea reforzada por el señalado precepto de la CE y los concordantes de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), según explicita, además, entre otras la STC nº 167/1987, de 28 de octubre (RTC 1987, 167), al declarar "que la titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la CE les ha conferido en su art. 117.3".

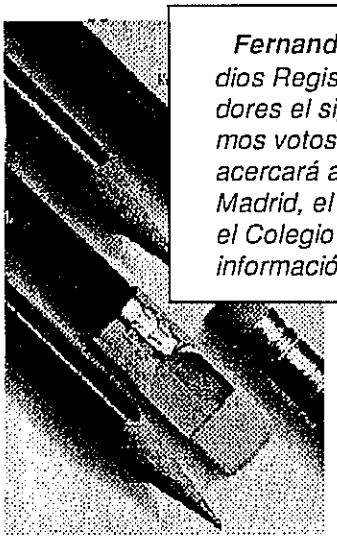
Octavo.- La confrontación de estos conceptos y criterios, con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución "extrajudicial", arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento, cuya naturaleza de ejecución, al margen de la jurisdicción, no es objeto de debate doctrinal serio. Ni siquiera soslayando su carácter de inadmisible ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad, puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la "jurisdicción voluntaria" que no es en puridad actividad jurisdiccional, no obstante que, contingentemente, por razones variables y coyunturales de política legislativa, sea en gran parte actividad judicial, compartida, en algunos procesos, con los notarios y otros funcionarios públicos. Consecuentemente, el art. 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la CE por oposición del art. 117.2 de la misma.

Novena.- También, la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el art. 24.1 de la CE, que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, derecho que inevitablemente se relaciona con la recta observancia del art. 117.3 ya señalado, cuyas conexiones con aquél revelan una gran interdependencia, tanto más, cuanto, de acuerdo con el art. 53.a) de la CE, corresponde a los poderes públicos el deber de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial (STC 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987, 199]). Este derecho no se satisface, desde luego, porque se admita, por vía reglamentaria, que el ejecutado en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no pueda realizar reclamaciones distintas a las que permiten la suspensión, si se acredita la admisión de querella por falsedad del título hipotecario, o se justifique la cancelación de la hipoteca, en atención a la remisión que establece el art. 236 del Reglamento Hipotecario a los cinco últimos párrafos del art. 132 de la Ley Hipotecaria (oposición por medio de juicio declarativo para solicitar la nulidad del título o de las actuaciones). En principio, el derecho a la jurisdicción (art. 24) garantiza el libre acceso que no puede ser entorpecido u obstaculizado sino por causa fundada en ley, siempre que razonablemente no impida o cercene el ejercicio de este último. Pero, sobre todo, lo que no puede confundirse es el derecho a oponerse a la ejecución por causas limitadas o taxativas que forman parte integrante del derecho de acción en su vertiente pasiva, con el reconocimiento de un derecho, al parecer ex novo, a plantear un juicio declarativo de oposición que agrava la posición del ejecutado o de los terceros, aún más que en la ejecución judicial de la hipoteca que autoriza el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dado que en éste las causas de oposición admitidas tienen mayor amplitud, con lo cual se produce la paradoja de que una ejecución ni siquiera garantizada por su naturaleza jurisdiccional (y, por ello, inconstitucional) resulta más gravosa y perjudicial para el ejecutado que la judicial.

Décimo.- Razonada la derogación postconstitucional del art. 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la CE), y, de acuerdo con el art. 6 de la LOPJ que prohíbe a los jueces y tribunales que apliquen preceptos contrarios a la CE o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado art. 9 de la CE, en relación con el art. 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar "reserva de ley" que esta disposición constitucional prevé para "las normas de competencia y procedimiento".

En efecto, las normas procesales civiles —y éstas materialmente lo son en cuanto al objeto que regulan— reclaman, formalmente, que consten en leyes (o normas equivalentes), según se desprende de lo establecido en el precepto constitucional que se cita y en el art. 149.1.6º, también, de la CE, de modo que las normas reglamentarias de carácter procesal no pueden aplicarse>>.

(Sobre la cuestión, ver, en la página siguiente, un resumen de lo tratado en la *Mesa Redonda* celebrada recientemente en el Colegio de Registradores)



Fernando Curiel, Vocal-Director del Centro de Estudios Registrales del Colegio, circuló entre los Registradores el siguiente resumen, de su puño y letra. Hacemos votos para que continúe en esa difícil labor que nos acercará a todos cuantos no podemos desplazarnos a Madrid, el contenido de tantos actos que se celebran en el Colegio sobre temas de actualidad. Formación e información. Un lujo que le agradecemos.

Mesa redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial (en el Colegio de Registradores, 27 de mayo de 1998).

De las exposiciones de los tres ponentes, D. José Vicente Gimeno Sendra (Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Procesal), D. Fernando de la Puente (Notario, Registrador) y D. Javier Angulo (Registrador), pueden extraerse algunas conclusiones:

1ª. Competencia del Tribunal Supremo en materia de control de constitucionalidad de las leyes.

El control de la constitucionalidad de las leyes de fecha posterior a la Constitución es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional. Respecto a normas preconstitucionales (tal sería el caso del artº. 129 de la Ley Hipotecaria), dicho control corresponde también al Tribunal Supremo y demás órganos judiciales ordinarios, quienes en cada caso concreto pueden optar por plantear una cuestión de constitucionalidad o apreciar por sí mismo la cons-titucionalidad o inconstitucionalidad y, en su caso, dejar inaplicada la norma cuestionada.

2ª. Valor de la doctrina del Tribunal Supremo sobre constitucionalidad de una Ley.

La creación de doctrina legal en materia de constitucionalidad es competencia del Tribunal Constitucional. La doctrina del Tribunal Supremo puede tener, en ciertos casos, valor "interinamente", en tanto el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la misma materia. Debe tenerse en cuenta a este repecto:

a) Doctrina constitucional del Tribunal Supremo "secundum legem" (interpretación y aplicación de una norma a la luz de la Constitución): valor "interino" en tanto exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

b) Doctrina constitucional del Tribunal Supremo "contra legem" (inaplicación de una norma por su inconstitucionalidad): carece de cualquier valor vinculante para cualquier Juzgado o Tribunal. (Este es el supuesto de la sentencia comentada).

3ª. Valoración del fondo de la sentencia.

a) Inconstitucionalidad del artº. 129.2 L.H. a la luz de los arts. 117.3 y 24 C.E. (tutela judicial, reserva de jurisdicción).

Ninguno de los ponentes coincidía con la sentencia al apreciar esta inconstitucionalidad:

—No hay en nuestra Constitución un inflexible principio de exclusividad jurisdiccional de las ejecuciones (téngase en cuenta, por ejemplo, la ejecución por la Administración de sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS).

El artº 1872 C.c. rompe igualmente esa pretendida unidad.

El arbitraje rompería también esta unidad, y el Notario es un árbitro especialmente cualificado e independiente.

—Estamos en presencia de un supuesto de disponibilidad y ejercicio de un derecho privado y, por tanto, en el campo de la autonomía de la voluntad, dentro del cual cabe que las partes acudan a equivalentes jurisdiccionales en materia de ejecución.

—La tutela judicial efectiva no se extiende a la ejecución; la ejecución civil es materia en la que puede tener su manifestación la autonomía de la voluntad.

—El procedimiento de ejecución extrajudicial no es supuesto de autodefensa, prohibida por la Constitución, ni puede equipararse al pacto comisorio.

Por tanto, ya se niegue carácter procesal a la ejecución extrajudicial y se considere que se trata de un supuesto de ejercicio de un derecho de realización con la garantía de la intervención de un funcionario público independiente, ya se considere que la ejecución extrajudicial es un verdadero proceso pero que no existe en nuestra Constitución una reserva judicial de la ejecución civil, debe concluirse que la ejecución extrajudicial no incurre en inconstitucionalidad (así lo h a entendido el TS en SS de la sala de los contencioso-administrativo de 16 y 23 de octubre de 1995).

b) Inconstitucionalidad del desarrollo reglamentario del procedimiento extrajudicial por infracción del principio de reserva de Ley (arts. 9.3 y 149.2.6 C.E.).

Se entendió que el desarrollo meramente reglamentario del procedimiento supone una infracción del principio de reserva de Ley del artº. 9.3 y 149.1.6 C.E., si bien alguno de los ponentes mantuvo que cabría entender que la previsión del artº 129 L.H. daba cobertura legal al desarrollo reglamentario.

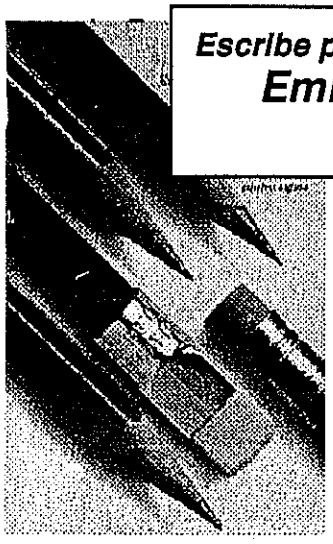
4º. Alcance de la S. 4 mayo 1998.

En cuanto acuerda la inaplicación de una ley preconstitucional por inconstitucionalidad, debe reconocerse la competencia del T.S. para la apreciación de ésta, pero, por tratarse de doctrina "contra legem", no vincula a ningún otro Juzgado ni Tribunal. Es una sentencia dada para un caso concreto y sobre materia sobre la que la Sala de lo civil del Tribunal Supremo crece de competencia para crear doctrina legal.

No supone, por tanto, derogación de norma alguna, cuya nulidad se declare con efecto general. La situación en cuanto a calificación registral de cláusulas o actos relativos a una ejecución hipotecaria extrajudicial no ha variado por la publicación de la sentencia. El Registrador actuará como hasta ahora, aplicando todas las normas vigentes.

(Frente a esta tesis, defendida por D. Vicente Gimeno y Fernando de la Puente, Javier Angulo mantuvo una opinión contraria: entendiendo que la S. supone una constatación de la derogación de una norma por la Constitución, consideró que no se podía inscribir la cláusula de previsión del procedimiento extrajudicial, ni expedir la reglamentaria certificación de cargas, ni inscribir adjudicaciones formalizadas en futuras ejecuciones. En cambio, aceptaba la posibilidad de inscribir las adjudicaciones ya finalizadas antes de la publicación de la Sentencia).

Hubo unanimidad en apreciar las ventajas del procedimiento extrajudicial, cuya subsistencia y aplicación se defiende, y, si el único problema es la infracción del principio de reserva de Ley, promover cuanto antes (la reforma en curso de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Hipotecaria es una buena ocasión) la subsanación de esta deficiencia. ■



Escribe para Lunes:
Emiliano Cano Fernández
Registrador de la Propiedad

La Resolución de 17 de diciembre de 1997.

"Siguiendo la doctrina que resulta de la misma, el Registrador de la Propiedad deberá seguir exigiendo la presentación de la escritura de nombramiento inscrita en el Registro Mercantil, lo que disipará todas sus dudas, más si ésta no se presenta y ha de extender la nota, o si presentada no lleva la nota de inscripción en el Registro Mercantil, la nota de suspensión de la inscripción del documento debe ser de contenido diferente, expresando que no se acredita la vigencia y nombramiento del compareciente en nombre de la sociedad.".

Una vez más nos adentramos en un tema que fue preocupación constante a lo largo de nuestra actividad profesional: **La representación de sociedades.** Ya en nuestro trabajo dedicado a tal materia, publicado en Revista Crítica de D. Inmobiliario nº 593, manifestábamos que la inmensa mayoría de las escrituras en que una persona comparecía respresentando a una sociedad adolecían del defecto de no acreditar la representación, y ello porque tanto si se trataba de administradores como de apoderados, la escritura describía minuciosamente las facultades del representante a fin de acreditar que el acto que realizaba estaba comprendido dentro de ellas, pero muy pocas testimoniaban, si se trataba de administradores, la cláusula de nombramiento y la correspondiente la duración del cargo, y si se trataba de apoderados igualmente aparecían literalmente las facultades, mas no quién era el concedente del poder, ni su nombramiento y vigencia. Con respecto a los apoderados, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12-IV-96 ya supuso una buena llamada de atención, permitiendo al Registrador exigir la presentación de los poderes, ya que la calificación de la capacidad ee materia sujeta a calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y el Registrador no tiene por qué descansar en la apreciación que de tal materia realice el Notario autorizante.

Esta Resolución que ahora comentamos constituye un nuevo aviso a los Registradores de la Propiedad para que controlen tal materia.

El supuesto de hecho de la Resolución es sencillo: escritura de 8-VI-90 de dación en pago de determinadas fincas otorgada por el administrador de una sociedad cuyo nombramiento se verifica tres dias antes del otorgamiento de la escritura, y que se formaliza en escritura número anterior de protocolo de la de dación en pago y cuya inscripción en el Registro Mercantil correspondiente no se acredita. Según resulta de los Hechos, la presentación de la escritura de nombramiento en el Registro Mercantil de Madrid tuvo lugar el 21-XI-90 y la extensión de la nota de calificación tuvo lugar el 9-V-91.

A los efectos de este comentario carece de importancia la existencia de otra escritura de cancelación de hipoteca en garantía de obligaciones hipotecarias, emitida por la sociedad que transmitía las fincas, otorgada por el representante de la sociedad tenedora de dichas obligaciones, dado que no era objeto de discusión la actuación del representante de la sociedad que otorgaba la escritura de cancelación.

Dado el juego de fechas a que antes hemos hecho referencia, y puesto que la nota de suspensión se firma el 9-V-91, al Registrador debió olerle mal el que el nombramiento de administrador realizado el 5-VI-90 y formalizado en escritura de 8-VI-90 (el mismo día en que otorgaba la escritura de transmisión de las fincas) y con fecha de presentación en el Registro Mercantil de 21-XI-90, no apareciese despachada aún el 9-V-91. La alarma parecía lógica, ya que tal escritura podría ser

defectuosa, lo que dejaba totalmente en el aire la validez de la transmisión, por lo que se decide a extender la nota de suspensión.

La nota en principio parecía lógica. Si las dudas del Registrador afectaban a la validez del nombramiento y la calificación de éste correspondía al Registrador Mercantil de Madrid, lo más seguro para acreditar la capacidad era exigir la inscripción del nombramiento, ya que el Registrador Mercantil disponía del historial registral adecuado para tal calificación. Más he aquí, que tal como manifiesta la Dirección General, la inscripción previa en el Registro Mercantil era una exigencia contenida en el artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil de 14-XII-56, pero que no ha pasado a los posteriores. En éstos subsiste la exigencia de la inscripción previa de los nombramientos en el artículo 11, pero para la inscripción en el propio Registro Mercantil de los actos otorgados por los administradores y apoderados, pero no para los que han de ser objeto de inscripción en otros Registros.

El Registrador basa su calificación en la obligatoriedad de la inscripción de los nombramientos que resulta de los artículos 125 de la Ley y 4 y concordantes del Reglamento así como en la doctrina de la Resolución de 3-III-86, que no aclara gran cosa, ya que es anterior a la reforma del Reglamento, y la nota hubiese sido correcta bajo el régimen del Reglamento anterior, que imponía la obligatoriedad de tal inscripción previa, mas la Dirección General atendiendo al contenido del artículo 68 del Reglamento de 30-XII-89, que dispone que el recurso se circunscribirá a las cuestiones que se relacionen directamente con la calificación del Registrador, concreta exclusivamente la Resolución a si es necesaria la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de administrador para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos otorgados por éste.

Considerado desde este punto de vista la doctrina de la Resolución es **impecable**. El artículo 125 de la Ley ya dispone que el nombramiento de administrador surtirá efecto desde el momento de su aceptación y resultaría contrario a tal precepto el que el mismo no pudiese actuar hasta que se hubiese practicado la inscripción de su nombramiento, lo que implicaría dejar paralizada la actividad de la sociedad, respecto a los actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, hasta tal inscripción. Cierto que el mismo precepto dispone que tal nombramiento deberá ser presentado en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación, más el incumplimiento de tal obligación podrá provocar responsabilidad del administrador, pero no afecta a la validez del nombramiento, ni a la de los actos jurídicos realizados por el mismo antes de la inscripción, por lo que la Dirección General acaba decidiendo que tal circunstancia cae fuera del ámbito de la calificación del Registrador de la Propiedad.

Cierto que a continuación la Dirección General nos dice, que si bien a tenor de la calificación no cabe mantener el defecto, ello no debe llevar a desconocer las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el administrador de una Sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento que destruyan la presunción de exactitud registral, establecida en los artículos 20 del Código de comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil.

Como decimos, desde el punto de vista del artículo 68 del Reglamento del Registro Mercantil, **impecable**. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, quizás, la Dirección General debió ir un poco más allá de lo que literalmente dice la nota, ya que lo que el Registrador estaba queriendo decir es que no le acreditaban el nombramiento y vigencia del mismo, lo que quedaba envuelto en la simple expresión de **falta de inscripción**, ya que ésta va ligada a la validez del nombramiento, por lo que se relaciona con el contenido de la nota. No es la primera vez que una Resolución de la Dirección General se aparta del contenido literal de una nota de calificación (véanse Resoluciones de 16-XI-93 y 12-I-94) y quizás en esta ocasión tal extralimitación resultaba aconsejable.

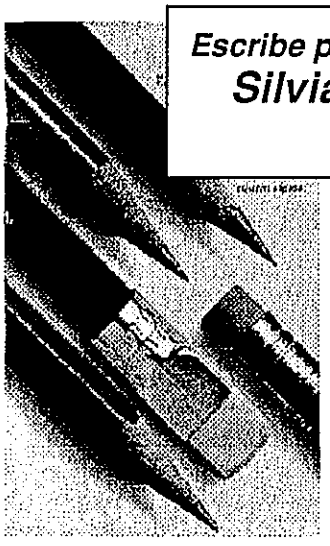
Siguiendo la doctrina que resulta de la misma, el Registrador de la Propiedad deberá seguir exigiendo la presentación de la escritura de nombramiento inscrita en el Registro Mercantil, lo que

disipará todas sus dudas, más si ésta no se presenta y ha de extender la nota, o si presentada no lleva la nota de inscripción en el Registro Mercantil, la nota de suspensión de la inscripción del documento debe ser de contenido diferente, expresando **que no se acredita la vigencia y nombramiento del compareciente en nombre de la sociedad.** Lo que sucede es que en la práctica esta calificación va a exigir la presentación de un cúmulo de documentos, ya que partimos del supuesto de que la escritura de nombramiento no está inscrita, por lo que habrá que acreditar cuál es el órgano social que ostenta la administración, cuál es el plazo de tal cargo, si se han cumplido los requisitos formales de convocatoria de la Junta que procede al nombramiento, ya que en este punto, si se trata de sociedades limitadas, el régimen es muy amplio, conforme al artículo 46 de la Ley, y si la certificación de la Junta, que procede al nombramiento, contiene todas las circunstancias de los artículos 97 y 112 del Reglamento. Si por añadidura el órgano de administración es un Consejo la cuestión se agrava, ya que entonces habrá de añadir algunas cuestiones más, como son, si se cumplen los requisitos de convocatoria de la sesión en que se acuerda facultar a uno de los Consejeros para ejecutar el acuerdo, si se da el quórum de asistencia y votación y la aprobación del acta, (circunstancias exigidas por el artículo 57 de la Ley de S.L. y 97 y 185 del Reglamento), y si la actuación lo es a través de un Consejero Delegado, entonces la cuestión no tiene solución más que acreditando la inscripción en el Registro Mercantil, ya que el artículo 141-2 de la Ley de S.A., igualmente aplicable a las S.L. por la remisión del artículo 57 de esta Ley, nos dice que la delegación no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la retroacción de sus efectos cuando se practique la inscripción, conforme al artículo 152 del Reglamento.

Más con todas estas circunstancias ¿estará el Registrador seguro de la capacidad del compareciente? Pues seguramente tampoco, puesto que el nombramiento puede haber sido revocado por un acuerdo posterior, que tampoco estará inscrito por falta de la inscripción previa del anterior, conforme al artículo 11 del Reglamento,o la sociedad puede estar disuelta. Pues bien todas estas cuestiones que son fácilmente apreciables por el Registrador Mercantil que tiene el historial registral, son de más complicada constatación por el Registrador de la Propiedad, lo que sólo puede comprobar mediante la exigencia de presentación de múltiples documentos, con la consiguiente demora en el despacho, contraria a la agilidad exigida por el tráfico mercantil, con lo que llegamos a la conclusión de que la doctrina de la Resolución puede ser **acertada jurídicamente, pero entorpecedora en el aspecto práctico,** y que la eliminación del contenido del artículo 95 del Reglamento anterior puede haber sido desacertada.

Pero es que la cuestión no sólo afecta a los actos a inscribir en los Registros de la Propiedad, sino que también puede afectar a actos inscribibles en el Registro Mercantil, ya que son frecuentes los casos en los que en una misma escritura confluyen representantes de distintas sociedades, cuyos domicilios corresponden a distintos Registros Mercantiles, bien porque comparecen para constituir sociedades con domicilio en otra provincia, o porque son nombrados administradores personas jurídicas de sociedades radicantes en otro Registro, etc., en cuyo caso la dificultad es la misma para los Registradores Mercantiles, y si no llegamos a la situación de probatio diabólica, de lo que no cabe duda es de que complica extraordinariamente el despacho del documento. Y decimos esto porque el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil no puede salvar el escollo, ya que tal precepto está presidido por un epígrafe relativo al **"Tracto sucesivo"**, y el tracto solo puede predicarse respecto a los asientos del mismo Registro, y no de los de otro, y así aunque el precepto en su apartado 3 nos diga que **"Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos"**, y aún cuando el precepto así examinado no se refiere expresamente a actos a inscribir en el propio Registro en que se ha de inscribir el nombramiento, no cabe otra posible interpretación habida cuenta del epígrafe que lo preside.

Al menos la Resolución tiene la virtud de avisar a los Registradores de la necesidad de examinar todos los requisitos, a que anteriormente hacíamos referencia, cuando se trate de actos otorgados por administradores no inscritos en el Registro Mercantil. ■



Escribe para Lunes:
Silvia Rodriguez Coladas
Licenciada en Derecho

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

¿Por qué hacen las leyes los juristas?

Hace muy pocos días, por casualidad, tuvimos ocasión de leer un texto titulado "¿Deben los juristas hacer las leyes?", escrito por Félix Pons (recogido en uno de los números de diciembre de la Revistilla), en el cual el autor se cuestiona acerca de la conveniencia de que los juristas sean los principales creadores de las Leyes, llegando a la conclusión de que pueden "proponerlas, informarlas y corregirlas", pero no hacerlas en definitiva, por las razones que en dicho artículo se exponen.

Reconocemos que un poco de extrañeza nos causó aquella pregunta en sí, quizás porque nunca se nos ocurrió plantearnos algo que considerábamos que era demasiado obvio.

Pero como pensamos que, por el hecho de que un determinado hábito o costumbre esté arraigado en la sociedad y admitido por la mayoría, no tiene que ser forzosamente bueno, comenzamos la lectura de aquel texto con curiosidad y con la mente abierta y dispuesta a dar un giro de ciento ochenta grados, si realmente nos llegaba a convencer.

Tras su atenta lectura, nos percatamos de las grandes diferencias de pensamiento entre el autor y nosotros, y decidimos poner nuestra opinión, también por escrito, comenzando esta modesta reflexión con otra pregunta: ¿Por qué hacen las leyes los juristas? Para poder contestarla hemos examinado la cuestión desde (1) una perspectiva histórica y otra (2) práctica, tratando también de examinar los puntos concretos relativos (3) al carácter abstracto de las normas y (4) su pretendida separación de las ideas del pueblo, así como (5) la cuestión del poder de los juristas.

1. Perspectiva histórica:

Remontándonos a épocas pasadas, observamos que la finalidad del arte político, para los griegos, consistía en hacer felices a los ciudadanos; pero, en la ideología helénica, la felicidad consistía en la virtud, y la más alta de todas las virtudes era la Justicia.

En el Derecho romano los "iuris prudentes" eran las autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto. La palabra romana "ius", de donde proceden las derivaciones: jurídico y juristas, significaba en Roma "lo justo", es decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: los "jurisprudentes".

Parece razonable que, por el bien del pueblo, y en aras de la Justicia, considerada ésta como la "Constans et perpetua voluntas in suum cuique tribuendi" —la idea de dar a cada uno lo suyo—, fueran precisamente los juristas, los expertos en diferenciar lo justo de lo injusto en los diferentes ámbitos de la vida, es decir, los supremos creadores de las leyes.

La labor del jurista puede apreciarse desde épocas muy lejanas. Así la obra legislativa cumbre del Derecho romano hasta Justiniano, la Ley de las XII Tablas —fecha aproximada: año 450 antes

de J.C.— fue elaborada por el colegio de los **decemviri legibus scribundis**, que estaba integrado por patricios que habían desempeñado, durante los años precedentes, la MAGISTRATURA SUPREMA. Aunque haya opiniones en contra —que, generalmente, no se siguen—, lo cierto es que siempre se atribuyó su autoría a personas expertas en Derecho: El historiador hipercrítico PAIS consideró que la publicación de las XII Tablas se verificó un siglo y medio más tarde de la fecha tradicional, precisamente en la época de APIO CLAUDIO EL CIEGO, y cuyo escriba fue el jurisconsulto romano **Cneus Flavius**; y LAMBERT formuló la hipótesis de que aquella Ley fue hecha por un jurista del siglo II antes de Jesucristo, probablemente Sexto Elio Peto.

Ahora bien, también tenemos que constatar que, como nos relata ARANGIO RUIZ, "la labor de los decenviros, se realizó a satisfacción de todo el pueblo, pues administraron Justicia imparcialmente, discutieron cada principio o norma, aceptando toda sugerencia oportuna y, por último, sometieron a los comicios centuriados las **diez** tablas de normas así preparadas para su aprobación" (Las dos restantes parece que no siguieron este procedimiento).

Pero la importancia —o más bien la exaltación— del jurista resplandece en el caso de la célebre Constitución del emperador Valentiniano III, conocida con el nombre de "Ley de Citas" de 9 de noviembre del año 426. En ella se establecía que las opiniones de las ilustres figuras de Paulo y Ulpiano —profusos escritores de todas las materias jurídicas— Papiniano —caracterizado por su búsqueda moral—, Gayo —claro y brillante— y Modestino —cuyas obras estaban por lo general escritas en griego—, eran sancionadas como fuentes del Derecho, directamente aplicables en determinados casos de lagunas, y por tanto alegables por los litigantes para fundamentar sus respectivas pretensiones. (No se prohibía que se utilizasen las razones de otros juristas en tanto que su posición doctrinal estuviese reconocida en las obras de uno de los cinco elegidos oficialmente).

Opuestos los pareceres de estos cinco, como señala JUAN IGLESIAS —Derecho romano, prevalecía la opinión de la mayoría, y, en caso de empate, el criterio de Papiniano; y si no era posible aplicar ninguno de estos dos criterios, el juez era libre para adoptar el que considerara conveniente.

En este caso, como vemos, ni siquiera el jurista tenía que elaborar una ley, una regulación positiva. Bastaba la opinión vertida en sus obras, que era directamente aplicable como norma jurídica.

Posteriormente, Justiniano decide compilar los **iura**, el **ius** que había regido en Roma, y nombra una Comisión integrada —bajo la presidencia de Triboniano— por dos profesores de la escuela de Berito, dos de Constantinopla y once abogados de esa ciudad, además de Constantino. Esta comisión se entregó rápidamente a la tarea de compilar el **ius** y en tres años terminó el Digesto o Pandectas, aunque para su elaboración se calcula que llegaron a casi 1265 libros, de juristas clásicos, los que tuvieron que ser consultados por aquella comisión encargada de la codificación, algunos de ellos rarísimos, desconocidos incluso para los que podían ser considerados como universitarios de la época.

Tal fue la importancia y utilidad de los juristas, que el pueblo romano nunca dejó de lado el pensamiento jurídico y, lo cierto, es que hay que reconocer que fue un pueblo eminentemente práctico y políticamente eficaz.

Autores como SAVIGNY propugnaron en su día, además, la concesión a la doctrina científica del valor de fuente del Derecho o norma directamente aplicable.

Por todo ello no es extraño que actualmente LATORRE— "Introducción al Derecho"—, señale que, históricamente, la opinión de los juristas fue la más importante fuente del Derecho Romano en su época de esplendor.

También nos encontramos a lo largo de la historia casos extremos en sentido contrario. Podríamos citar varios ejemplos, pero vamos a hacer referencia, precisamente, a la que es calificada por GONZALEZ PALOMINO —Estudios Jurídicos de Arte Menor— como la cita traslaticia más traida y llevada, y que en términos de mercado, la denomina "cita barata". Tal es la de JULIO H. VON

KIRCHMANN, procurador del rey en el Estado de Prusia, que vino a ser un continuador de todos aquellos detractores de la Jurisprudencia científica.

Decía KIRCHMANN que, a diferencia de lo que pasa con las ciencias auténticas cuyos errores no afectan a sus objetos, un error de la Ciencia del Derecho afecta al Derecho mismo: como obra humana el legislador imprime a su creación los errores científicos de que él mismo participa. También dijo que, a diferencia de las restantes ciencias, la Jurisprudencia se alimenta de las imperfecciones de su objeto. Por ello las lagunas, los equívocos, las contradicciones del Derecho, son el tema favorito de los juristas, los cuales, de ese modo, a través de la Ley positiva, se convierten en gusanos que sólo viven de la madera carcomida. Y pronunció una sentencia que se ha hecho famosa y que dió mucho que pensar en su día: "Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras conviertense en basura".

Evidentemente se trata de una posición extrema que responde a una corriente que preconizaba su aversión hacia la Ciencia del Derecho (Petrarca, Erasmo, Luis Vives, Rabelais, etc.).

Con convencimiento, podemos afirmar que ni siquiera su famosa frase tiene vigencia en la actualidad. El Digesto, La Partidas y un sinfín de leyes derogadas siguen siendo actualmente útiles y, de ningún modo, pueden considerarse como basura.

Además, LEGAZ señala que: es cierto que los errores de la ciencia del Derecho afectan al Derecho mismo, pero esto no quiere decir que la ciencia que estudia un Derecho erróneo quede vinculada por ese error. En cualquier caso, la norma impone una cierta solución y ésta nada tiene que ver con verdad o error, sino con Justicia e injusticia.

Evidentemente, como imperfecta es la naturaleza humana, imperfectas son sus obras. Pero creemos que aún adolecerían de mayores defectos, si se encomendara la formación de las leyes a personas que no han sido preparadas para esta función y, por ende, no están acostumbradas a pensar desde un punto de vista jurídico.

2. Punto de vista práctico:

Desde esta perspectiva, tenemos que hacer algunas consideraciones:

Como señala CASTAN, el orden es cualidad esencial del universo entero: todos los seres están sometidos a una norma que preside su existencia y sus operaciones. Dentro de las normas morales o de conducta, las más importantes son las normas jurídicas, las que constituyen el Derecho, se encargan del mantenimiento del orden social, y tienen como finalidad suprema la Justicia entendida "como principio de armonía entre las exigencias individuales y sociales".

El jurista es persona ACOSTUMBRADA a procurar esta armonía y su actuación se centra en la búsqueda del bien común, orientación que imprime SANTO TOMAS DE AQUINO en su conocida definición de Ley.

Con cierto tono humorístico, FRANCISCO SOSA WAGNER —en su obra "Los juristas, las óperas y otras soserías"— nos dice que "el jurista se encuentra con el mundo sucio y, por ello, ha de encauzarlo todo y meterlo en leyes y en reglamentos, que es como ir poniendo diques y construyendo presas. Piénsese en el legislador. Este ha de encerrarlo todo para construir un mundo armónico".

Lo dicho no implica que la Ley que se dicte beneficie a todos, pero sí debe beneficiar a la mayoría, dentro de los límites que la moral social impone. Además la justicia es un arquetipo ideal absoluto que debe inspirar las leyes, y, por consiguiente, a los juristas encargados de hacerlas. Pero, no es la legislación la que crea muchos de los conceptos jurídicos que recoge, sino la Ciencia del derecho la que los impone al legislador.

El jurista es la persona más AVANZADA y PREPARADA para determinar la proporcionalidad en el reparto de cargas y tributos, la proporcionalidad en la distribución de los derechos y los correlativos deberes, lo cual no quiere decir que esté siempre esta proporción exactamente establecida en la Ley, y que el Derecho vigente, por el mero hecho de estar vigente, tenga un

contenido que sirva para calificarlo de Derecho justo. Pero creemos que el jurista, mejor que cualquier otro profesional, puede aproximarse a la proporción ideal, proporción que debe existir no sólo en cada caso regulado, sino también entre los diferentes casos que se regulan.

Como señala KOSCHAQUER, una bien desarrollada dogmática jurídica constituye el supuesto mejor para conseguir leyes bien formuladas y una codificación útil.

Por otra parte, nos hace reflexionar la frase de Portalis, tomada del discurso preliminar del Código de Napoleón: "on ne fait pas les codes, ils se font" — "a los Códigos no se les hace, se hacen". También la ciencia jurídica tiene una dimensión práctica y creadora. El jurista —legislador, juez, abogado, científico— por los más variados **medios técnicos**, contribuye a actualizar una idea de Justicia, que, por lo pronto está viviente en la sociedad, pero que él mismo puede ayudar a sustituir proponiendo un ideal superior de Justicia, susceptible de alcanzar arraigo y adhesión social.

Dentro de esos variados medios técnicos, podemos englobar el asesoramiento e intervención de los profesionales, del sector laboral, o del grupo social a quien va dirigida la Ley o a quien va a afectar la regulación correspondiente. Pero creemos que, en ningún caso, este mero asesoramiento pueda alcanzar el rango de auténtica dirección y suplir las funciones del jurista, que es quien precisamente conoce (i) el procedimiento de formación de la Ley, (ii) la estructura que ésta ha de presentar, (iii) los límites de su contenido (hasta dónde puede llegar), (iv) su viabilidad y consecuencias y, por supuesto, el jurista es el que (v) está acostumbrado a pensar desde el punto de vista del Derecho y (vi) conoce un sinfín de leyes que se han hecho con anterioridad y, como no, los errores en que incurrieron sus predecesores, gracias a que —en su día—, esas leyes fueron comentadas y criticadas favorable o desfavorablemente según sus merecimientos. —Observese que diferente es su cometido del que les atribuyó Kirchman—.

Se ha dicho que los juristas están, tal vez, mas indicados que cualquier otro sector de la sociedad para proponer la introducción de leyes que tengan la finalidad de impulsar la transformación económica y social (i) porque tienen conocimientos y una formación especializados, (ii) porque han adquirido experiencia en el trámite de asuntos relacionados con la vida de las sociedades y de los individuos, (iii) porque saben afrontar las dificultades y los problemas de carácter jurídico y práctico planteados por la adopción de nuevas medidas y (iv) porque su condición de instrumentos fundamentales del orden social les confiere una posición de especial importancia. En cualquier caso la elaboración de una ley es un acto que reviste especial complejidad e implica también una especial responsabilidad.

3. La abstracción de las normas:

En el referido artículo se critica también (1) la abstracción en la que incurren los juristas y (2) su ulterior separación de las ideas del pueblo, creando un mundo de conceptos, quizás ininteligible para éste.

Examinaremos separadamente, aunque de forma muy breve, las dos distintas cuestiones a que se refiere aquella crítica —la 1ª a continuación y la 2ª en el epígrafe siguiente—:

Respecto a la cuestión del carácter abstracto de la norma, consideramos que forzosamente la teoría del Derecho ha de operar con conceptos genéricos.

La Ley tiene la misión de clasificar, de modo claro, una cantidad enorme de fenómenos vitales, muy distintos entre sí y sumamente complejos, caracterizados por notas distintivas —mas o menos fácil o difícilmente cognoscibles—, y ordenarlos, de modo que, siempre que "sean iguales", puedan serles enlazadas "iguales consecuencias jurídicas".

Para llevar a cabo esta misión, el camino más corto parece ser el que consiste en formar, de conceptos abstractos, supuestos de hecho bajo los que puedan ser subsumidos, sin esfuerzo, todos los fenómenos vitales que presentan las notas distintivas del concepto. Así se forman los conceptos

del derecho de crédito y del derecho real, y, dentro de este último, los de propiedad y derechos reales restringidos, y aun dentro de éstos, los de usufructo, servidumbre, etc., y así sucesivamente.

Esto no quiere decir que hayamos llegado a un sistema de conceptos abstractos sin lagunas. En realidad, ese es un ideal que nunca se ha conseguido.

Como observa RADBRUCH, cada caso singular de la vida, no es un mero ejemplo de la Ley jurídica general y abstracta, sino que, a la inversa: la ley existe para que, con ella y por ella, se decidan con rectitud y justicia los diferentes casos singulares que en la vida se ofrecen.

Así, por ejemplo, la institución del matrimonio es siempre semejante a sí misma, cualquiera que sea la situación material y moral de los cónyuges.

La institución es abstracta por naturaleza, pero precisa que goce de una cierta flexibilidad para que cumpla su fin, y así se hace por muy diversos procedimientos.

No obstante, hay que recordar que no sólo hay normas generales y abstractas, sino también particulares y concretas, viéndose en la actualidad superada la doctrina que tradicionalmente considera a la generalidad y a la abstracción como requisitos y elementos esenciales de la norma.

En cualquier caso, los conceptos jurídicos, las proposiciones normativas, son medios de conocimiento de la realidad jurídica. Y son medios necesarios, a nuestro juicio, para poder conocer esta realidad y especialmente para ordenarla. Como dijo LEGAZ, sabemos que una unión de sexos puede ser "matrimonio', que la muerte de un hombre puede ser "asesinato", que un trueque de bienes puede ser una "compraventa" porque hay unos conceptos, expresados en unas proposiciones normativas, en los que encajamos nuestra visión de estos casos. Realmente no encontramos un método mejor para plasmar la realidad jurídica, aunque el expuesto pueda adolecer de algunos fallos.

En este punto, posición extrema, y calificada de anárquica por HERNANDEZ GIL, sería la de KANTOROWICZ: "Nadie conoce el Derecho impuesto por el Estado, contenido en los Códigos, nadie vive conforme a él".

Y con esta última opinión, pasamos a examinar la otra cuestión:

4. La desconexión entre las normas y las ideas del pueblo:

Ciertamente, cuando la diferencia entre la construcción jurídica y la vida emerge en esta última, pueden derrumbarse las conquistas del pensamiento jurídico. Es entonces cuando surge la diferencia, como señala PEREZ SERRANO, entre el Derecho de los Juristas y el Derecho Popular. El primero supone una desconexión de la realidad y de las convicciones jurídicas del pueblo y por ello resulta incomprensible para éste. En estos casos, sí parece que el objeto del Derecho es el lucimiento de las geniales ideas de un jurista que, despreocupado de lo que realmente solicita la sociedad, busca mostrar sus profundos conocimientos en esta o aquella materia.

Evidentemente los conceptos deben ser susceptibles de ser vividos e incorporados a la realidad social porque es la misma sociedad la que los demanda, y porque, como señala LÓPEZ MEDEL, el Derecho, en su expresión informal —la costumbre— y en su expresión normativa —la ley— es, ante todo, una forma de vida social. El Derecho lo es para el pueblo, no para ser utilizado por el jurista como objeto demostrativo de sus cualidades investigadoras y a veces divagadoras, olvidando que es un servidor de aquél y erigiéndose en un déspota señor. Así, San Isidoro, al referirse a la Ley positiva, decía que ha de ser "honesta, justa, **posible, en conformidad con la naturaleza, en armonía con las costumbres del país..., útil, clara, no sea que en su oscuridad oculte algún engaño,** establecida para utilidad común de los ciudadanos".

El Derecho de los juristas es derecho hecho por los juristas, cuya función no es sólo hacer ciencia sino práctica y debe nacer vinculado a las experiencias del legislador en el ejercicio del Derecho, porque la ciencia del Derecho o sirve a la vida, o no sirve para nada, y como ha dicho algún filósofo contemporáneo, "sobre un clavo figurado, sólo cabe colocar un gabán también figurado".

IHERING nos habló así del carácter individualizador de la Jurisprudencia, contrario a la simple constatación de conceptos muertos, fruto de una fantasía jurídica sin control. Carácter individualizador que anima la materia jurídica y la convierte en una red de instituciones llenas de vida.

El Ordenamiento Jurídico, en su conjunto, requiere de la comprensión y ulterior aceptación por la sociedad. Pero ello no implica que cada uno de los preceptos jurídicos en que se desarrolla, sea objeto de este entendimiento.

Así, por ejemplo, contraer matrimonio es un acto tan popular como frecuente, en sus dos formas, civil y religiosa. Al pueblo le interesa que exista una institución de estas características, pero no le interesa directamente, por ejemplo, el concepto de matrimonio putativo, y no, por ello, va a renunciar a sus consecuencias y efectos.

En cualquier caso existen correctivos que evitan una sustancial separación entre la realidad social y los conceptos:

a.- Según H. CAIRNS la filosofía ha dado a la ciencia jurídica la dirección metodológica, los ideales para la Legislación y una profunda inteligencia práctica, que contrapesa las abstracciones a que fácilmente se entregan los juristas.

b.- Tampoco hay que olvidar que frente al Derecho estricto existe un Derecho Equitativo que sirve de vía de acceso del sentir de la sociedad en cada momento, dejando a las partes y, en definitiva, al Juez, un cierto margen para apreciar las circunstancias y dar al caso una solución más humana y por tanto más cercana a la "realidad viviente".

Estos conceptos que forman el Ius Aequum, tales como la Equidad, la Buena Fe, el Orden Público, las Buenas Costumbres, son introducidos por el legislador jurista, a modo de válvulas de escape, disminuyendo la rigidez de las normas positivas y dando entrada al espíritu que impera en la sociedad a cada instante, en cada espacio de tiempo.

Por consiguiente, si bien insistimos en que el derecho nace para el pueblo y a éste tiene que servir, sin embargo no podemos aceptar posiciones románticas sobre la formación de las leyes por el pueblo y, por supuesto, también rechazamos, por parte de los juristas, una compilación conceptual inútil y, simplemente consideramos que hay que retomar el camino correcto, a través de un Derecho que tenga cierto carácter casuístico y esté íntimamente ligado al sentir de la sociedad.

Sería utópico imaginar una Justicia administrada por jueces populares (y muy inquietantes, según nuestra opinión) y si se cree que se puede prescindir del pensamiento jurídico, por ser inasequible para el pueblo, también siguiendo el mismo razonamiento, tendríamos que prescindir de la aeronáutica, de la ingeniería nuclear y de una infinidad de cosas que los ciudadanos de a pie no acertaríamos a comprender sino tras varios años de estudio.

De todos modos no creemos que sea un buen ejemplo el de la Ley del Suelo de 1956, que el autor cita como ley hecha por arquitectos, y parece proponer como experiencia de un nuevo sistema en orden a la formación de las leyes. Paradójicamente, a pesar de la intervención de estos profesionales, la "construcción" de la ley carecía de "cimientos sólidos" y ello dio lugar a su reducida aplicación práctica.

Respecto a la Ley de 1990 y ulterior Texto Refundido de 1992, del cual desconocemos si de nuevo existió una intervención directiva de los arquitectos, fue un fin triste el que el destino le tenía reservado, ya que el Tribunal Constitucional la hirió de muerte el pasado 20 de marzo de 1997, a través de una sentencia que dejó, poco más o menos, las tres cuartas partes de su contenido sin efecto.

5. El poder de los juristas:

Muy poco diremos de esto porque no creemos que sea relevante la cuestión acerca de si los juristas, en la actualidad, están perdiendo poder a la vez que lo ganan otros profesionales, por ejemplo, los informáticos, a quien el autor califica como los demiurgos del futuro.

—En primer lugar, porque pensamos que no se trata de una cuestión de poderes, sino de aptitudes.

Aunque la realización de un programa de ordenador para ser utilizado, por ejemplo, en una farmacia, se encomienda a un informático, no obstante la Ley reguladora de las oficinas de farmacia, debe ser encargada a los juristas, aunque estos precisen el asesoramiento del sector, para que así puedan ser conocidas sus pretensiones, fines, medios, estado de la situación... y así los juristas puedan regular, dar forma adecuada a Derecho y especialmente limitar sus peticiones, cubriendo sus necesidades hasta donde sea posible, previniendo en todo momento sus consecuencias.

—En segundo lugar, porque creemos, respecto a la informática, que ésta es una herramienta del presente y del futuro, pero no es ni más ni menos que eso: una herramienta, no un fin considerado en sí mismo.

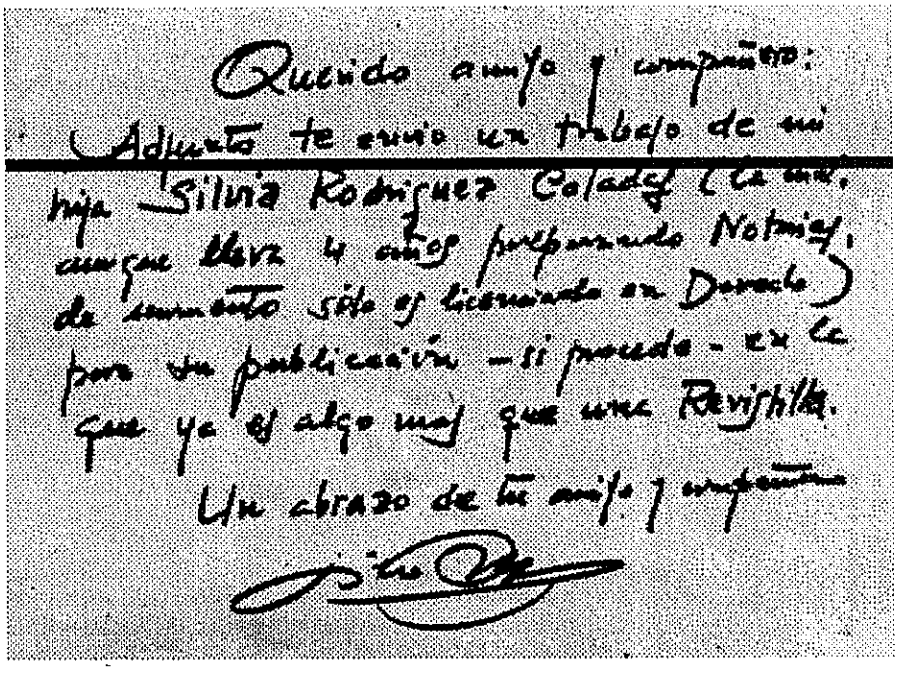
—En tercer lugar, porque consideramos que es una discusión estéril la que versa sobre el poder de juristas y otros profesionales. En la actualidad cada cual tendrá poder en su respectivo ámbito, y en él es donde tiene que ejercer y aplicar sus conocimientos.

Como afirma KARL LARENZ, la cuestión de la necesaria limitación y control del poder no se plantea sólo frente a aquellos a quienes se confía una parcela del poder estatal, sino también, en las modernos sociedades industriales, frente a los poseedores de un considerable poder económico, como son las grandes uniones de empresas, las multinacionales o, en general, las empresas que tienen una posición de predominio en el mercado.

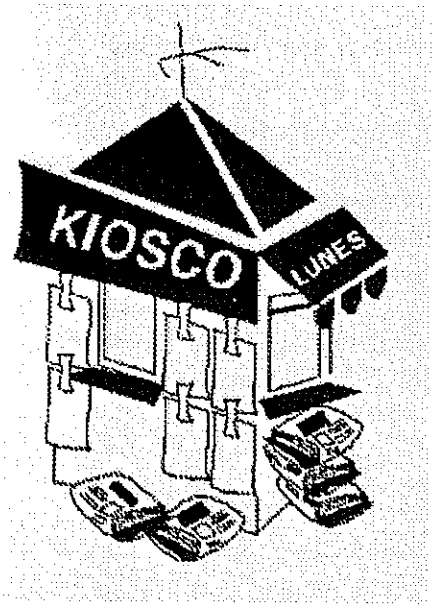
Y para terminar solo nos queda recordar que, como dijo DORS, la fuente viva y siempre actual del Derecho FUE, ES y SERA la doctrina. Podrá ser considerada como privilegio de unos pocos, pero al margen de todo eso, siempre seguirá existiendo como función libre, como insobornable investigación de la verdad jurídica, una ciencia del Derecho...

A lo que se puede añadir que, ciertamente, puede ser que los juristas no hagan bien las leyes; pero, de momento, son los que mejor las hacen.

Pontevedra, ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho.


Querido amigo y compañero:
Adjunto te envío un trabajo de mi hija Silvia Rodríguez Coladas (la mía, aunque lleva 4 años preparando Notarías, de momento sólo es licenciada en Derecho) para su publicación —si procede— en la que ya es algo más que una Revistilla.
Un abrazo de tu amigo y compañero

(Fdo. **Lino Rodríguez Otero**. Registrador de la Propiedad)



El artículo 1357.2 del Código Civil o una forma irregular de aportación a la sociedad de gananciales (I).

Cesar Belda Casanova
Notario

(Tomado de La Ley, 9 marzo 1998)

SUMARIO: I.- Introducción.- II. Antepasados y premoniciones: 1. La accesión invertida. 2. Alquiler de la vivienda por la sociedad de gananciales. 3. Confesión de privaticidad anterior al artículo 1324.4. La aportación a la sociedad de gananciales.- III. Una visión crítica del artículo 1357.2 del Código Civil: 1. Forma de concretar material y jurídicamente el contenido del derecho del cónyuge y del propietario. 2. El artículo 1357.2 y el Registro de la Propiedad: A) Precio aplazado o hipoteca. B) Documento que accede al Registro para hacer constar el pago: a) Carta de pago del acreedor. b) Acta de entrega del capital pendiente. c) Escritura pública. d) Inscripción sin consentimiento del cónyuge titular. 3. Vivienda habitual. Sociedad de gananciales. 4. Interrupción de la condición de familiar. 5. ¿Norma dispositiva o imperativa? 6. Actos fraudulentos del propietario. 7. Casuística hipotecaria: A) Hipotecas de máximo. B) Hipotecas de propietario. 8. Aspectos fiscales del artículo 1357.2.- IV. Los artículos 1356 y 1357 del Código Civil, o la historia de una mitosis irredenta.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 609.2 del Código Civil señala <<La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición>>.

Dentro del Derecho de obligaciones existe un principio rara vez formulado, pero no por ello menos cierto: Nadie adquiere si no quiere adquirir. La donación exige la aceptación del donatario; las adquisiciones por los padres para sus hijos están sometidas a una rendición de cuentas al finalizar la patria potestad (art. 168 del Código Civil), y hasta el reparto de dividendos de una sociedad, que suponemos una de las adquisiciones más automáticas presupone un acto voluntario tácito por parte del socio que permanece dentro de la sociedad y que participa en dicho reparto.

Y sin embargo, dentro de la sociedad de gananciales la existencia de una presunción legal nos desvirtúa parcialmente este principio. Al presumir el art. 1361 gananciales los bienes existentes dentro del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, las adquisiciones verificadas con el metálico matrimonial, que por el solo hecho de existir en el matrimonio adquiere ese carácter, provoca una adquisición ope legis en favor de la comunidad conyugal; y en sustitución del metálico que se desembolsa.

Realmente, el legislador no tenía otra solución si quería ser consecuente con la presunción del art. 1361 y con la consideración de que son gananciales (art. 1347.3 en su redacción actual) los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

Pero con el art. 1357.2 el legislador ha ido un poco más allá. Porque se ha encontrado con dos principios informadores de la regulación de gananciales que han concurrido en la génesis del artículo: la presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio por un lado (art. 1361 del Código

Civil), y el principio de que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que le pertenezcan al comenzar la sociedad (art. 1346.1). Y entre estos dos principios concurrentes ha optado por una protección a ultranza de la vivienda habitual y ha desvirtuado parcialmente el contenido del art. 1346.1 del Código Civil.

Pero ese paso más allá que supone el artículo para proteger los derechos del otro cónyuge sobre la vivienda habitual, excede con mucho de la simple protección. Por una parte, consagra en nuestro Derecho positivo, aunque sea por la puerta falsa, un tipo de negocio jurídico hasta la fecha contemplado con desconfianza, e incluso hostilmente, por buena parte de los operadores jurídicos: La aportación a la sociedad de gananciales como negocio sustantivo. Pero, por otra parte, amplía el campo de la consideración del carácter ganancial de los bienes, sin resolver, como luego veremos, los requisitos formales necesarios para que ese carácter pueda resultar oponible entre partes o incluso respecto de terceros durante la vigencia de la sociedad de gananciales y no solamente en su liquidación.

II. ANTEPASADOS Y PREMONICIONES.

A efectos de simplificar la redacción denominaremos propietario al cónyuge que adquiere antes de haber comenzado la sociedad de gananciales, y cónyuge al beneficiado por el pago aplazado con cargo a la sociedad legal de gananciales.

El art. 1357 señala: <<Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354>>.

Por su parte, el art. 1354 viene a señalar que: <<Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas>>.

El art. 1357.2 no sugería, cuando apareció, virulencia alguna. Venía de la mano del art. 1354 que se limita a extrapolar a la regulación de gananciales los principios de la comunidad romana —tan tradicional y clásica— cuando un mismo bien es en parte ganancial y en parte privativo. Y por otra parte, se ocupaba de la regulación de la vivienda y del ajuar familiares. Casi casi un artículo inofensivo.

Y, sin embargo, el objetivo de las reflexiones contenidas en este artículo va encaminado a exponer que el art. 1357.2 quiebra con el principio estático del dominio tal como se ha entendido hasta ahora. Y cómo para reforzar el contenido económico de la vivienda familiar se ha abierto en nuestro Ordenamiento una vía que obvia parcialmente el principio de especialidad, no entendido en el sentido hipotecario-registral, sino en el sentido del contenido económico del dominio.

Y ello porque en el momento en el que un cónyuge adquiere un bien para la sociedad conyugal partimos de un hecho cierto —la existencia de un dinero ganancial—, y de un resultado cierto —el bien ganancial inmerso en su integridad, o en la porción que se determine en el título de adquisición—, dentro de la comunidad germánica que es la comunidad de gananciales. Es decir, existe durante todo el tiempo de vida de ese bien dentro de la sociedad de gananciales un momento de adquisición. Y en tanto que referido a dicho momento existe un contenido concreto del derecho adquirido. Pero el art. 1357.2 obvia ese momento por cuanto nos encontramos con una desnaturalización del contenido privativo del derecho y una metamorfosis en contenido ganancial continuada, y generalmente no amparada por un soporte formal que concrete el contenido del derecho.

Y en última instancia, por cuanto el referido artículo va añadiendo contenido económico a la sociedad de gananciales, en el momento de la liquidación los derechos del cónyuge serán superiores a los que hubiera ostentando en caso de no existir el artículo objeto de este trabajo. Curiosamente, esa adquisición no habrá operado al adquirir de los terceros vendedores y comprando para la sociedad, sino adquiriendo del propietario y para la sociedad, y sin el consentimiento expreso de éste.

Y todo ello sin perjuicio de que del examen de la situación jurídica que el artículo provoca se puedan derivar efectos que en el ámbito del Derecho privado puedan resultar anómalos, pero interesantes e incluso convenientes.

Como se puede pensar, el art. 1357.2 no ha aparecido en nuestro texto civil sino después de una evolución. De una situación rígida representada por la inmutabilidad del régimen económico conyugal después del matrimonio no se ha llegado al art. 1357.2 sin una evolución determinada. Tiene que haber mediado un estadio, unos antepasados, que no propiamente antecedentes jurídicos intermedios. De esos antepasados vamos a ocuparnos:

1. LA ACCESIÓN INVERTIDA.

El antecedente más remoto lo encontramos en el antiguo art. 1404.2 del Código Civil, derogado por la reforma de 13 de mayo de 1981: la accesión invertida. Recordaremos simplemente que antes de la reforma de 1981, las construcciones con dinero ganancial sobre suelo privativo convertían al suelo en ganancial, acompañado de un derecho de reembolso en favor del cónyuge por el valor del suelo. Y lo consideramos un antecedente por cuanto implicaba un cambio en la titularidad de un bien, de privativo a ganancial; y por una causa seguramente muy parecida a la que impulsó la redacción del art. 1357.2: la necesidad de proteger la posición jurídica del que más desembolsa, generalmente por construir la vivienda habitual, y sin que para ello haya que haber modificado un régimen económico matrimonial, por otra parte, salvo en los últimos años de la vigencia del artículo, inmodificable.

El antiguo art. 1404 permitía, en efecto, que un bien privativo sobre el que se que se realizaran obras pasara en su globalidad a la consideración de ganancial. Tiene en común con el art. 1357.2 el que se trata de otorgar trascendencia jurídica a una actuación material: la obra en un caso, y el destino para vivienda habitual en el otro. Y de resultas de ese hecho, se modifica puntualmen-

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

te el contenido jurídico de un bien sólo tangencialmente ínsito dentro de la esfera patrimonial de los gananciales. La doctrina y la práctica jurídica eliminaron la incertidumbre de la normativa del art. 1404 y consideraron que el carácter ganancial se adquiría en el momento de finalización de la obra, de modo que tenía que servir para el fin para el que, en proyecto, había sido concebida; y debía considerarse terminada cuando se encontraba en estado de servir para el uso natural de otras de las mismas características. Y precisamente ahí estriba la diferencia con el art. 1357.2, en que en este artículo nos encontramos con un devenir condicionado por la forma de los pagos.

2. ALQUILER DE LA VIVIENDA SATISFECHO POR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Algo parecido ocurrió con el tratamiento jurídico que la doctrina le dió a las relaciones de inquilinato gananciales, pero pactadas por un cónyuge antes de celebrarse el matrimonio. La cuestión se llegó a debatir incluso en relaciones contractuales después de celebrado el matrimonio, suscritas únicamente por uno de los cónyuges. Pero el magisterio de LACRUZ impuso el criterio de que este tipo de relación jurídica no encuadraba simplemente en el concepto de derecho, sino que se trataba de una relación mixta de derecho y obligación. Y que en tanto que el alquiler venía satisfecho con dinero presuntivamente ganancial, salvo pacto en contrario, también el resultado de la relación debía ser ganancial. La solución anterior era más difícil de mantener cuando el alquiler había sido contratado por un soltero, que posteriormente contraía matrimonio. En caso de que posteriormente se resolviera el contrato la doctrina entendió, a nuestro juicio con buen criterio, que la indemnización por resolución del contrato, o cualquier otra que se derivara de la relación arrendaticia debía tener carácter ganancial. Y ello porque aunque indudablemente la norma legal amparaba la privaticidad de la relación contractual en virtud de su origen, el fin social obligaba a tener en cuenta que, dado que la renta se iba satisfaciendo con dinero ganancial, la propia relación contractual se ganancializaba. En el fondo, también es la necesidad de proteger la vivienda habitual lo que fundamenta esa solución. El art. 1318.1 señala que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Y la realidad nos demuestra que una de las cargas más onerosas es la de la vivienda, sea en alquiler o en propiedad. Si el patrimonio ganancial está afecto a esa obligación, justo es que en dicho patrimonio recaiga, por tanto, tal derecho arrendaticio.

3. LA CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD ANTERIOR AL ARTÍCULO 1324.

El tercer antepasado estimamos que lo fue la práctica jurídica que desembocaría en el art. 1324 del Código Civil: la confesión de privaticidad. Recordemos que antes de 1975 el régimen económico era inmodificable. En los casos de adquisiciones por uno de los cónyuges con dinero procedente de bienes privativos, si el dinero no coincidía, en la cantidad, en el momento, en el acto, y hasta casi casi en el papel moneda que se empleaba para comprar un bien, con el producto de la venta del otro, el bien adquirido venía engullido por el insaciable dragon de la ganancialidad que todo lo absorbía.

La práctica permitió que la confesión del cónyuge no adquirente pusiera fin a esa injusta consecuencia, al tiempo que sentó los cimientos del ya citado art. 1324. Pero esa práctica introdujo igualmente un principio de motilidad dentro del carácter de los bienes existentes en el matrimonio. Como no existía una regulación legal propia que amparara ese tipo de confesión, ésta se practicó tímidamente hasta la reforma de 1981. Y no es frecuente encontrar lo que podemos denominar como confesiones sobrevenidas antes de la introducción del art. 1324. Y sin embargo sí hubo algunas en la práctica de muy distinta ventura en su calificación registral.

Pero posteriormente, cuando el Reglamento Hipotecario modificó el art. 95.6 el legislador contempló los efectos de dicha confesión sobrevenida. Dice el artículo: <<La justificación o confesión de la privaticidad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. **No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona**>>. En suma, si se quiere hacer tránsito de un patrimonio ganancial a uno privativo, de acuerdo. Esa oportunidad se le da a los cónyuges sobre todos sus bienes de carácter ganancial, bastando a tal fin, simplemente con la confesión del otro. Pero cuando se pretende un segundo tránsito porque se encuentren arrepentidos del primero, entonces ya no cabe porque se contraviene la doctrina de los propios actos.

El criterio que incorporan los artículos citados nos parece progresista y congruente; pero tengamos en cuenta que por la vía del art. 95.6 se está reconociendo el que la rectificación, que es en definitiva de lo que se trata, que quiebra con la presunción de ganancialidad, puede operar como canal de comunicación entre los patrimonios privativos y el ganancial de forma que el tránsito se puede referir, puntualmente, a la práctica totalidad de los bienes gananciales adquiridos por los cónyuges.

Aunque no sea propiamente una cuestión que afecta al tema que estamos tratando se nos permitirá un breve paréntesis sobre un punto que siempre nos ha llamado la atención: La particular regulación de las garantías de que va acompañada la confesión en beneficio de los acreedores y herederos forzosos.

Nada que objetar a las garantías en favor de los acreedores: Si Vd. quiere confesar, confiese; pero que ello no perjudique a los acreedores cuyo derecho debe ser protegido antes que el suyo.

Pero en cuanto a los herederos forzosos las cuestión no parece tan clara en el caso de que el heredero forzoso sea a la vez heredero; que es lo habitual, por otra parte. Si el heredero forzoso es un legatario la solución del art. 95.3 nos parece impecable. Pero supongamos que es un heredero, y acepta la herencia pura y simplemente. El legislador ha optado por una vía de escape para que ese heredero no tenga que pasar por la confesión de su causante y disponga, por así decirlo, de una reválida para confirmar los plenos efectos jurídicos de la confesión,

cuando se la conceda al cónyuge supérstite. Efectos que se plasmarán en la libre disponibilidad por éste como beneficiario de la confesión.

La pregunta surge cuando nos planteamos si el heredero —forzoso—, heredero como continuador de la personalidad jurídica de su causante, y que ha aceptado su herencia pura y simplemente, puede no ratificarla confesión. O, visto por activa, si es necesario que ratifique necesariamente, o la aceptación pura y simple, en tanto que implica una sucesión en la personalidad jurídica del causante, implica esa ratificación.

Somos conscientes de que se nos puede oponer la necesidad de salvaguarda de las legítimas, y que también las donaciones son reducibles por los herederos forzosos en cuanto perjudican las legítimas. Pero esa reducción exige un avalúo contable que en este caso no se da. Aquí se le confiere al heredero forzoso, que curiosamente ha obtenido ya la condición de heredero por la aceptación de la herencia, un poder omnímodo para convalidar o no un acto de su causante sin que tenga que justificarse que se vulneran legítimas. En suma, se está permitiendo al heredero que sucede en la globalidad del conjunto de derechos y obligaciones del causante el que no ratifique o que desconozca un acto formal de su causante contenido en una escritura pública. Acto que, además, ni siquiera es un acto dispositivo propiamente, sino un acto rectificatorio de una adquisición que por presunción legal tendría de otro modo carácter ganancial. Por eso entendemos que la regulación del art. 1324 y su desarrollo reglamentario en el art. 95.4 ha querido compensar, de alguna manera, la posibilidad de rectificación sobrevenida a la que antes aludíamos.

Pero si la quiebra del principio de los propios actos del art. 95.6, aunque de poco rigor jurídico, nos parece teleológicamente muy acertada, dicha quiebra en la regulación del art. 95.4 nos parece insuficientemente desarrollada. Y, como ya hemos apuntado, entenderíamos que la solución fuera ésta en cuanto se tratare de legatarios herederos forzosos que como tales sucesores a título particular no continúan una personalidad jurídica. E incluso respecto de los herederos que lo sean forzosos será necesario arbitrar un sistema que salvaguardare sus derechos legitimarios. Pero, en tanto que éstos estén cubiertos, con la actual regulación se está obligando al viudo o viuda a recabar nuevamente una ratificación de los hijos que en no pocos casos puede resultar incómoda.

Hemos de pensar que no nos encontramos con un problema simultáneo de la partición de la herencia, que se resuelve conjuntamente con ella y que, en tal caso, no plantearía más cuestión. Se trata, al contrario, de un tema muy definido en el tiempo, y de ahí es de donde surgen la mayoría de las cacofonías que la regulación provoca: La adquisición se realiza años antes del fallecimiento del causante. Y el beneficiario de la confesión se olvida, por lo general, de que su cónyuge confesó en su día. Y años después de haber manifestado la herencia del confesante es cuando surge la oportunidad o la necesidad de vender. Por ello quizá sería deseable una reorientación más ajustada al principio de los propios actos en el sentido de limitar la posibilidad de que el heredero que es legitimario, en tanto que se cubran sus legítimas, no pueda desconocer los actos realizados por su causante, en congruencia con lo que es un principio de nuestro Derecho dentro de nuestra tradición romanista.

Tras este paréntesis, importa resaltar que el art. 1324 y su desarrollo reglamentario hipotecario subsiguiente dejan sentir igualmente ese principio de vasos comunicantes entre patrimonio ganancial y privativo que el legislador ha venido abriendo desde los antecedentes antes citados. Pero, frente a lo que ahora veremos que ocurre con el art. 1357.2, aunque todos los supuestos suponen subconjuntos dentro del marco de la comunicación de los patrimonios privativos y gananciales, ninguno plantea un problema de incertidumbre en cuanto al contenido concreto del derecho subjetivo de que cada cónyuge es titular; ni en lo que respecta al momento de adquisición dominical ni en lo referente a la cuantificación del contenido del derecho.

Ni tampoco el último antecedente, el más importante, que a continuación examinaremos.

4. LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Ese último antecedente, curiosamente, deriva de un precepto fiscal.

El art. 48.3 del antiguo Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados declaraba exento del pago de dicho Impuesto: <<la aportación a gananciales>>. Sin embargo, la figura de la aportación a gananciales como tal no era demasiado familiar, ni siquiera por la mayor parte de los operadores jurídicos en el momento de publicación del Texto Refundido. Hay que pensar que la posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial aparece en nuestro Derecho con la reforma de 2 de mayo de 1975, en tanto que el Texto Refundido era de 30 de diciembre de 1980. Y aunque la causa de la exención era consecuente con la naturaleza del negocio transparente que la jurisprudencia fiscal le había otorgado globalmente a la modificación del régimen económico matrimonial, y liquidación de bienes gananciales o aportación a la sociedad de gananciales de bienes privativos, eran los propios civilistas los que no estaban familiarizados con <<la aportación a gananciales>> en un sentido estricto. La aportación a la sociedad de gananciales sólo tenía sentido si dos cónyuges, en separación de bienes, porque lo habían pactado antes de casarse —cosa bastante inusual en 1980—, o después, a partir de 1975, decidieran pactar que volviera a regir entre ellos el régimen de la sociedad de gananciales; y a dicha sociedad aportarán determinados bienes.

Pero la puerta estaba abierta. Y lo que llama la atención es que la hubiera abierto una norma fiscal: ¿Era posible que <<la aportación a gananciales>> no fuera un contenido adjetivo del pacto sustantivo que era modificar el régimen económico familiar, sino que, en sí mismo fuera un negocio sustantivo e independiente?

En un principio la práctica impuso cautela. El negocio de aportación a gananciales permitía corregir situaciones de auténtica injusticia y hacer gananciales bienes que, al desaparecer la accesión invertida del antiguo art. 1404 del Código Civil, se veían condenados a tener

carácter privativo porque el solar pertenecía a uno solo de los cónyuges, y aunque la obra se realizaba con dinero ganancial, la edificación devenía privativa del propietario del solar, so pena de solucionar ese indeseado efecto teniendo que pasar por el oneroso Impuesto de Transmisiones Patrimoniales con la venta de una mitad.

No parecía, en un primer momento, tan claro que la aportación pudiera romper el cordón umbilical de las capitulaciones matrimoniales. Hasta el punto de que en algunas zonas tributarias floreció el pacto de capitulaciones matrimoniales en el que los cónyuges, ya en gananciales, pactaban entre sí que rigiera el régimen de gananciales, y a su sociedad aportaban determinados bienes. El pacto puede ahora parecernos extraño, e incluso en fraude de ley y como tal se le intentó calificar en alguna ocasión, usando ese comodín que era el art. 25.3 de la antigua Ley General Tributaria, o incluso inútil desde el punto de vista de su contenido material; pero no lo era. LLAGARÍA VIDAL explicó en este sentido que los cónyuges simplemente congelaban su régimen económico conyugal, que a partir de ese momento era el de gananciales tal como estaba regulado en el Código Civil el día de la escritura. Cualquier cambio legislativo sobre el régimen legal no habría afectado al así pactado en tanto que convencional.

Pero el negocio de aportación a gananciales acabó obteniendo carta de naturaleza jurisprudencial y la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmó sus características autónomas. Salvo error u omisión, la primera de las resoluciones que inicia una línea ascendente es la de 10 de marzo de 1989, siguiendo luego con un reforzamiento de la doctrina legal en numerosas otras (14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, entre otras). Últimamente, como ha puesto de manifiesto la última resolución sobre la materia, de 28 de mayo de 1996, se ha cerrado el círculo negocial la resaltarse sobre este tema la necesidad de excluir el carácter abstracto que en algunos casos se ha pretendido conferir a este tipo de negocios, y exigir claramente la circunstancia de la causa que justifique la existencia del negocio que constituye la aportación a la sociedad de gananciales. Resolución que en el orden fiscal concuerda con el contenido de la sentencia del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, de 27 de marzo de 1995, que viene a mantener para este tipo de negocios la exención del pago de los impuestos tanto de donaciones cuanto de transmisiones patrimoniales independientemente de cuál sea la causa de la aportación, retomando la idea de la exención del antiguo art. 48 del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales, facilitando, por tanto, la expresión verdadera de la causa que justifica la aportación, cual puede ser la intención simplemente de fortalecer el contenido de la sociedad de gananciales. Con ello se consigue, en orden a la expresión de la causa de la aportación mantener el carácter gratuito de la aportación sin tener que recurrir a la invención de créditos de unos cónyuges contra otros para justificar una aportación onerosa inexistente.

III. UNA VISIÓN CRÍTICA DEL ARTÍCULO 1357.2 DEL CÓDICO CIVIL.

Comencemos por examinar el supuesto más normal: Una joven con trabajo estable que decide comprar un piso y financiar su adquisición con una hipoteca. Unos meses después, se casa y va a vivir al piso con su enamorado esposo. Pasan los años. La hipoteca se paga buenamente. Y nuestra pareja llega a una feliz ancianidad. El marido fallece antes (como suele ocurrir), y la esposa considera que no debe manifestar el piso porque para eso es suyo. Pero la esposa normalmente no habrá tenido en cuenta que nuestro pequeño art. 1357.2 le ha provocado una situación de condominio junto con su difunto esposo y que será necesario determinar el contenido de su derecho para poder proceder a la liquidación de su herencia.

Y éste, que es el supuesto más fácil, ya provoca una serie de preguntas:

¿Se puede considerar efectivamente que el marido llegó a adquirir el dominio? ¿En qué proporción, y de que forma podremos acreditarlo en el Registro? ¿Qué beneficios fiscales podremos obtener de la existencia del artículo? Y otras muchas cuestiones que intentaremos resolver con las pocas herramientas jurídicas de que disponemos en la materia.

El tema se encuentra tan imbricado con su aspecto práctico y teórico que resulta muy difícil plantear una exposición completamente ordenada. Por ello examinaremos simultáneamente los problemas que van surgiendo en el matrimonio tanto mientras se encuentra casado en gananciales como una vez que se procede a la liquidación de la sociedad, ya por voluntad de los cónyuges, ya por fallecimiento de uno de ellos.

1. FORMA DE CONCRETAR MATERIAL Y JURÍDICAMENTE EL CONTENIDO DEL DERECHO DEL CÓNYUGE Y DEL PROPIETARIO.

Vamos a abundar en ejemplos y plantear otro supuesto habitual: Una pareja de novios que decide comprar un piso de v.p.o. Ambos tiene un trabajo estable y además están interesados en obtener una subvención a fondo perdido y una subsidiación de intereses. Han preguntado en el Ministerio de la Vivienda y les han informado que si acumulan sus rentas no hay subvención. Así es que deciden que el piso lo comprará uno de los dos, normalmente el de mayor renta. Pero, con los tiempos que corren, el cónyuge (ahora todavía novio) quiere tener la seguridad de que si el matrimonio no es el paraíso esperado, al cabo de un tiempo no pasará la mano por la pared de todo el dinero que aporte a la sociedad conyugal para pagar el piso del propietario. Y ahí es donde resulta fundamental el art. 1357.2. Pero también es ahí donde empiezan los problemas de los operadores jurídicos que deben explicarlo.

En principio no existe ningún problema si se enfoca la cuestión desde el punto de vista de la titularidad material. La propiedad pertenecerá a los cónyuges en la proporción que indica el art. 1354 del Código Civil. Pero esa es una realidad que sólo puede determinarse tras un proceso traumático de liqui-

dación de gananciales. Como puso de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de enero de 1993, el art. 1357.2 es un componente normativo que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar el contenido de la titularidad dominical en el momento de disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Está claro que en una instancia judicial el artículo otorga un contenido normativo a la naturaleza de los pagos aplazados y permitirá que la sentencia concrete el derecho del cónyuge sobre el piso de propietario.

Pero el art. 1357.2 no es sólo una norma de liquidación, aunque en la misma deba ser tenida en cuenta. Al contrario, su ubicación lo es dentro de la naturaleza <<De los bienes privativos y comunes>> en la Sección segunda del Capítulo IV, que regula la Sociedad de gananciales. No es, por tanto, una norma de liquidación sino de tráfico; y de una interpretación sistemática se concluye que hay que determinar el alcance que se le debe otorgar durante la vigencia de la sociedad de gananciales y no sólo en su liquidación.

El problema durante esta etapa deriva de la dificultad de armonizar dos situaciones de hecho y una de derecho, pero que no accede al Registro de la Propiedad, con el fin imperativo del Derecho de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos:

Por una parte, la consideración de lo que sea vivienda familiar.

Por otra, la dificultad que provoca el que nos encontramos con el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo —el pago aplazado— ; y que esos pagos consecutivos provocan, cada uno de ellos, una modificación, día a día o mes a mes, de la cantidad de dominio de que una persona es titular sobre un bien, generalmente, además, de cuantioso valor económico. Modificación que, además, es de carácter traslativo de un patrimonio privativo a la comunidad de gananciales.

Y la tercera dificultad deriva de que el nacimiento de la sociedad de gananciales, ya por pacto, ya por matrimonio, no accede al Registro de la Propiedad si no es por la puerta falsa de la inscripción de alguna finca.

En resumen, ¿de qué medios disponemos para concretar en el día a día de la sociedad de gananciales la titularidad dominical privativa y ganancial sobre la vivienda habitual sobre la que pende un precio aplazado?

El art. 91 del Reglamento Hipotecario, introducido por la reforma de 12 de noviembre de 1982, que constituye la norma básica sobre la materia, señala: <<1.- Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter.

2.- El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

3.- La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del art. 1357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal>>.

El artículo anterior sería la norma especial frente a la general, constituida por el art. 58 del Reglamento Hipotecario, introducido en la misma reforma que el anterior, y que señala: <<Se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen o el Juez o el Tribunal lo mande, el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción por cuenta o saldo del precio en la venta o de abono de diferencias en la permuta o adjudicación en pago. Igualmente bastará la extensión de una nota marginal cuando así especialmente lo establezca alguna Ley.

Bastará el consentimiento de un solo cónyuge, para la extensión de la nota marginal a que se refiere el párrafo anterior, cuando el inmueble ganancial transmitido se hubiere inscrito en su día solamente a nombre de aquél>>.

Realmente, la redacción del art. 91 en su conjunto constituye una muestra de lo mejor que la precisión jurídica puede llegar a conseguir de un precepto tan exiguo como lo es el art. 1357.2; máxime cuando tiene que hacer pie en una norma tan simple y primitiva como lo es el art. 1354. Pero el redactor del Reglamento Hipotecario no podía hacer milagros. Y el artículo en sí intenta armonizar la nueva normativa de protección de la vivienda familiar haciéndola compatible con principios tan inmutables en nuestro Derecho como los que sientan los arts. 1280.1 y 1218 del Código Civil. Por eso pasaremos a examinar las distintas cuestiones que nos surgen de su examen.

2. EL ARTÍCULO 1357.2 Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Como hemos resaltado antes, el matrimonio, en sí, no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Ni siquiera lo es la inscripción del régimen legal de gananciales en tanto que viene aparejado como efecto legal con la celebración del matrimonio. Aquí nos encontramos con que un soltero adquiere una vivienda y a continuación se casa. La vivienda habrá tenido acceso al Registro, por lo general, antes de la boda. Y el legislador dice que el posterior destino como vivienda habitual no es inscribible, pero en cambio sí lo son los pagos a cuenta del precio aplazado, en los cuales se especificará, además, qué parte de precio se satisface con dinero privativo y qué parte con ganancial. El artículo es un dechado de buenas intenciones, pero no tiene en cuenta ni la práctica jurídica ni el sistema ordinario de adquisición dominical. Veamos:

A) Precio aplazado o hipoteca.

El artículo únicamente contempla las viviendas adquiridas con precio aplazado, que son las menos. Lo normas es la adquisición al contado y posterior constitución de hipoteca. Y aunque nada se dice en el Reglamento, estimamos que la más mínima lógica permitirá extrapolar todo lo que se refiere al precio aplazado igualmente a las adquisiciones financiadas con hipoteca. Ateniéndonos al tenor literal del artículo podría defenderse su aplicabilidad exclusivamente a las ventas con precio

aplazado. Pero, en tal caso, la posición jurídica del cónyuge quedaría circunscrita al régimen general de un derecho de reembolso en el momento de liquidación de la sociedad conyugal por las cantidades gananciales de la hipoteca. No parece que quiera ser esa la solución del legislador, máxime si pensamos que la asimilación precio aplazado-deuda hipotecaria, sí que opera en otras normas de protección de la vivienda habitual, como es la fiscal en orden a desgravaciones. En suma creemos que se puede mantener una interpretación sociológica (art. 3 del Código Civil) y defender la aplicabilidad del artículo igualmente al aplazamiento de pago que suponen los préstamos hipotecarios.

Indudablemente, no puede admitirse por contra el simple préstamo personal como medio para producir la ganancialización de la titularidad dominical de la vivienda en virtud del pago aplazado. Y ello por dos razones:

—El préstamo personal no tiene modo de acceder al Registro de la Propiedad a los efectos del art. 91 del Reglamento Hipotecario.

—Y sobre todo, le falta el carácter de derecho real que pueda operar una modificación del carácter de una titularidad jurídica como estamos contemplando.

B) Documento que accede al Registro para hacer constar el pago.

La inscripción de la vivienda constará con carácter privativo. Y lo que es más grave, constará igualmente como privativa la deuda garantizada con la hipoteca. El propietario, sencillamente, no tiene que volver a pasar por el Registro de la Propiedad para nada. ¿Qué documento podrá servirnos para operar la modificación registral que recoja el carácter privativo o ganancial del precio aplazado que se ha ido pagando? El documento de cancelación de hipoteca o de carta de pago del precio aplazado, por lo general, es otorgado unilateralmente por el acreedor. Y, desde luego, a éste le preocupa bien poco la procedencia del dinero con el que se ha satisfecho la deuda. Así pues, surge la pregunta que estimamos medular en toda esta cuestión: ¿Cuál es el documento al que se refiere el artículo, y que instrumentaliza esta forma de adquisición dominical?

a) Carta de pago del acreedor.

Podría ser la carta de pago del acreedor si no fuera por lo inusual de la intervención de los deudores en su otorgamiento. Cuestión distinta sería una venta con precio aplazado garantizado con letras de cambio acumuladas o no a una condición resolutoria. En tal caso, la carta de pago podría venir otorgada con la comparecencia del otro cónyuge, aunque no resultara en absoluto necesario. Y por la vía del art. 91.2 del Reglamento Hipotecario manifestar las letras, o incluso la cantidad de las mismas que han sido satisfechas con cargo a privativos o gananciales.

Pero hemos de darnos cuenta de que esta opción supone que se está reconociendo que se ha operado una comunicación de un patrimonio privativo a uno ganancial en una escritura de carta de pago, lo cual, desde luego, no es lo más habitual. Si bien, dicha escritura respeta los dos principios de consentimiento formal en documento público y anuencia de aquella persona a quien debe perjudicar la declaración de voluntad.

b) Acta de entrega del capital pendiente.

Otra vía formal para recoger el consentimiento de los cónyuges sería el acta de entrega del capital pendiente.

Suele ser frecuente en los préstamos concedidos para financiar construcciones que el importe queda aplazado parcialmente, y es entregado a medida que se efectúa la obra. Pues bien, en el momento de la formalización del acta notarial de recepción de la cantidad aplazada podría darse la comparecencia de ambos cónyuges y la consignación de las dos manifestaciones que provocarían la rectificación registral: que es vivienda habitual y que se ha satisfecho con dinero ganancial. Aunque entendemos que esta última podría obviarse en tanto está el art. 1361 del Código Civil para amparar con su presunción la comunicación ganancial por la procedencia del precio.

Pero fijémonos que en los dos casos expuestos se dan dos circunstancias comunes: la primera es que se trata de supuestos de muy poca frecuencia. Y la segunda es que el soporte formal que documenta la transmisión dominical no es ni siquiera una escritura pública, sino simplemente un acta notarial.

No existe duda de que esos dos tipos de actas podrían venir otorgadas por ambos esposos, aunque, como se ha dicho, la comparecencia del cónyuge sería innecesaria.

Y no cabe duda deque el cónyuge no podría por sí solo otorgarla sin el consentimiento del otro en tanto que no es titular registral (art. 58 in fine interpretado a contrario sensu).

La duda no surge en si puede venir otorgada únicamente por el titular registral —el propietario como señalábamos al principio—. Indudablemente ello es posible. Pero lo que aquí estamos pretendiendo es, no sólo que el propietario destruya las letras en presencia del notario o que declare recibido un dinero del banco, sino que además diga que dicho dinero es ganancial y que, por tanto, se atribuya a la sociedad de gananciales una porción más del contenido económico global que supone la vivienda habitual. La rectificación ganancializará una porción del dominio hasta la fecha exclusivo del propietario sin contar con el consentimiento del cónyuge. En suma, nos encontraremos con una declaración de voluntad similar a la de la adquisición de un bien para la sociedad de gananciales. Pero con un matiz diferencial: cuando un cónyuge adquiere con dinero presuntivamente ganancial, y para la sociedad de gananciales, se está haciendo tránsito de un tercero al patrimonio ganancial. Por el contrario, cuando se paga parte de un precio aplazado con dinero presuntivamente ganancial a nombre de quien se paga, que es el propietario, es el que pierde, pues su titularidad, inicialmente privativa sobre el todo, se va ganancializando. Y por otra parte, no se trata de un dominio exterior que ingresa en un patrimonio, sino de un dominio de un cónyuge que entra en la comunidad germánica.

De todo lo expuesto, lo que no acaba de encajar dentro de nuestro

sistema de prueba, es que se está pidiendo que efectúa una manifestación, y que esa manifestación acceda al Registro de la Propiedad, a la persona que, en principio, se va a ver perjudicada precisamente por esa manifestación. De ahí que pensemos que esa forma de hacer constar el carácter ganancial de los pagos sobre la vivienda habitual no tenga virtualidad práctica alguna, máxime existiendo una fórmula ordinaria que examinamos en el siguiente apartado.

c) Escritura pública.

La tercera vía, lógicamente, sería la escritura pública otorgada por ambos cónyuges en la que se solicita la rectificación registral, haciendo constar, por una parte, que la vivienda que pertenece al propietario es vivienda habitual, y por otra, que la cantidad x que supone el total o una parte del precio aplazado que constar en el Registro ha sido satisfecha con cargo a la sociedad de gananciales.

Si atendemos a la naturaleza de este tipo de negocio, no encontramos diferencia causal alguna con lo que anteriormente hemos examinado como aportación a la sociedad de gananciales. Indudablemente, con cada uno de los desembolsos el bien se ganancializará. Y al final, ambos cónyuges podrán otorgar la escritura pública prevista en el art. 91.3 del Reglamento Hipotecario y concretar la cuota ganancial sobre la vivienda.

Los pagos que el propietario efectúa con dinero ganancial tienen la consideración de tales por la presunción del art. 1361. Pero, en realidad, puede tratarse de cantidades recibidas por los propietarios a título gratuito de cualquier persona, sólo que alcanzadas por la presunción. En suma, en tanto que derivan de una presunción, su carácter, verdaderamente, es abstracto. Pues bien, lo que llama la atención de toda esta materia son las dificultades que la práctica jurídica ha opuesto para admitir el negocio de aportación a gananciales, en tanto que el art. 91.3 del Reglamento Hipotecario está contemplando un supuesto en que claramente se admite dicha aportación puntual, referida a un bien concreto, y con carta de naturaleza reconocida en una norma reglamentaria.

d) Inscripción sin consentimiento del cónyuge titular.

Inscripción del art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario a instancias del cónyuge y sin el consentimiento del propietario.

Anteriormente hemos expuesto que en el conflicto entre seguridad jurídica (art. 1346.1) y protección de la vivienda familiar el legislador optó por esta última. Pero en el conflicto entre requisitos formales del art. 40 de la Ley Hipotecaria y garantía en favor del cónyuge sobre la vivienda habitual, el redactor del Reglamento Hipotecario no se ha atrevido a alterar unos principios hipotecarios que desde 1861 ordenan al Registro y a la calificación de los Registradores.

Si el cónyuge pretende hacer constar el carácter ganancial de los pagos efectuados, en garantía de su derecho durante la vigencia de la sociedad de gananciales, o recurre a alguno de los medios anteriormente vistos, o necesita el consentimiento formal del propietario.

Esa negativa radical, de lege ferenda, debería encontrar alguna matización, o cuanto menos una fisura en su construcción dogmática, en beneficio del cónyuge, para salvaguardar sus derechos y antes de llegar al momento de la liquidación de gananciales. Pensemos que no estamos hablando de una simple disquisición doctrinal. La protección que el art. 91.1 del Reglamento Hipotecario dispensa formalmente a la vivienda habitual puede saltarse con una simple manifestación falsa en el momento de otorgar la escritura pública de compraventa en fraude de los derechos del cónyuge. Y después de la reforma del Código Penal y tras haber sido introducido el nuevo art. 192, en relación con el art. 390.1 en su redacción de 23 de noviembre, la Ley Orgánica 10/1995, ni siquiera esa manifestación falta es ya delito.

En los casos en que se ve venir una próxima separación conyugal, el propietario podría tener la tentación de actos previos en perjuicio de los derechos de su cónyuge. El mecanismo de protección de la vivienda familiar que tan arrojadamente quiere introducir el art. 1357.2 se estrella contra el consentimiento formal.

No podemos pensar en una práctica notarial que pueda llegar a modificar, de facto, el art. 91.3, pues sus términos son categóricos, y la determinación de las cuotas exige el consentimiento de ambos cónyuges. La verdad es que tampoco la estimamos necesaria.

Lo interesante sería permitir al cónyuge, en tanto que materialmente ya tiene derecho, que pudiera incorporar dicho derecho, sin tener que contar con el consentimiento del propietario, al Registro de la Propiedad. Lo cual, por otra parte, no sería más que sublimar el principio de protección del art. 1320.

Bastaría con recurrir a la ambigua redacción del número 2 del art. 91 y rellenarla de documentos auténticos entendidos en el sentido del art. 34 del Reglamento Hipotecario para que el cónyuge pudiera tener garantizado su derecho.

Pero, con esa posibilidad surgen distintas cuestiones:

—¿De qué forma accede la celebración del matrimonio al Registro?

—¿Y el carácter de vivienda habitual decidido por los cónyuges?

—¿Y la constancia de los pagos aplazados y sus cantidades?

Y, sobre todo, surge la cuestión de en qué forma el Registrador de la Propiedad consentiría que sin sentencia judicial ni consentimiento del titular registral se introdujera una modificación a instancias de un no titular.

Se trataría de un nuevo tipo de nota marginal, para cuya práctica, respetando el principio rogatorio, habría que admitir la documentación auténtica que amparara las situaciones de hecho y de derecho a que en páginas anteriores hemos hecho referencia.

Examinaremos distintos apuntes de respuesta a las preguntas planteadas:

En cuanto al matrimonio, bastaría, lógicamente certificación matrimonial y certificación negativa del Registro Civil de que no se ha recogido mención alguna modificando el régimen legal de gananciales.

En cuanto al carácter de vivienda habitual la cuestión es más complicada por cuanto un simple certificado de empadronamiento no figura mas que como documento

administrativo. En torno a ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado no le otorgó más valor que el de principio de prueba para la adquisición de la vecindad civil (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1967), entendemos que no se le puede dar un alcance concluyente en orden a intentar desvirtuar un asiento registral. Ahora bien, si dicho certificado de empadronamiento pudiera venir incorporado o acompañado de otro tipo de documentación, como un acta de notoriedad se le podría conferir un mayor alcance en orden a la constatación del carácter de vivienda habitual. Acta que, lógicamente, requeriría los complementos que el Notario estimara convenientes en orden a producir indubitadamente el reflejo de la condición de vivienda habitual en el Registro.

Cuestión distinta sería que el propietario hubiere manifestado voluntariamente en otro documento auténtico su declaración de que la vivienda iba a constituir su domicilio conyugal. Pensemos en que se recoge este tipo de manifestaciones en las financiaciones para adquisición de viviendas de v.p.o. o de v.p.t. Ello centra la posibilidad de la modificación que estamos examinando a los cónyuges de los propietarios de este tipo de viviendas. Pero hay que pensar en la gran incidencia que ello podría presentar en la práctica. Y se podría considerar como tal vivienda conyugal a partir del momento límite en que el adquirente estuviere obligado a ocuparla —generalmente tres meses— a partir de su adquisición de la obtención de la financiación cualificada. Respecto del cónyuge, jugaría la presunción del art. 68 del Código para la consideración de vivienda habitual.

Por último, la constatación de los pagos del precio aplazado nos abre igualmente algunas posibilidades.

Si se hubiere satisfecho totalmente el precio bastaría con acompañar la carta de pago en la que constara que cantidad había sido satisfecha después de la afección como vivienda habitual.

—Si el precio aplazado se refiriera a letras de cambio, como los números, series y vencimiento de las letras constarían en el Registro, la inutilización de cada una de esas letras permitiría claramente determinar la parte ganancial de los pagos a partir del certificado matrimonial, o en su caso, del momento en que constara la afección de la vivienda como domicilio conyugal.

—Si el pago aplazado lo es de una deuda hipotecaria, entendemos que las condiciones del pago se derivarían del propio contenido de la hipoteca: la forma para hacerlas constar tendría que ser la certificación de los pagos librada por el acreedor e incorporada a escritura pública o cuanto menos a acta a instancia del cónyuge. Y no a efectos de cancelación parcial, sino a los solos efectos de recoger la manifestación formal del acreedor respecto a las cantidades satisfechas después del momento en que se justifique la afección de la vivienda como domicilio familiar.

—Podría pensarse en una certificación bancaria, al uso de lo dispuesto en el art. 153 de la Ley Hipotecaria. Dicha certificación concretaría qué cantidades hubieren sido satisfechas a partir del momento en que la vivienda ha adquirido su condición de vivienda habitual. Si la Ley Hipotecaria permite dicha certificación para derivar derechos en favor del propio certificante, no parece impensable otorgar a la misma carácter probatorio privilegiado cuando se trata de deducir derechos en favor del cónyuge del propietario.

Todo lo anterior estimamos que, de lege ferenda, no violaría el principio de consentimiento formal del titular y cumpliría, en definitiva, con el fin social de la norma. Máxime si entendemos todas estas propuestas en el alcance estricto en el que se formulan: Introducir una nota marginal en favor del cónyuge del propietario en garantía de sus derechos reconocidos por la Ley. Pero sin que ello suponga en absoluto, el establecimiento de una presunción iuris et de iure, ni una concreción absoluta y definitiva de la participación que ostentaría la sociedad de gananciales sobre un bien inicialmente privativo. A favor del propietario le quedaría, por supuesto, la opción contradictoria ante los Tribunales, pero de esta forma se evitaría, en armonía con la filosofía de la ley, que se pudieran realizar actos dispositivos fraudulentos en perjuicio del cónyuge del propietario.

Y sin que todo lo anterior vaya mas allá de un desideratum de lege ferenda.

3. VIVIENDA HABITUAL — SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Llama la atención que el art. 1320 se encuentra dentro de lo que la doctrina ha entendido como normas patrimoniales comunes a todos los regímenes económicos matrimoniales. Pero el art. 1357, curiosamente, se encuentra dentro de la regulación de gananciales. Es lógico si pensamos que todo el art. 1357.2 se fundamenta, como ya hemos dicho, en la presunción de ganancialidad. Y es más lógico si se piensa que los otros dos regímenes regulados en el Código escoran hacia los principios de la separación de bienes.

Pero el legislador no ha tenido en cuenta aquellos otros regímenes convencionales en los que los principios de la comunidad son tan o más fuertes que en gananciales: comunidad universal o cualquiera de sus variantes.

De todas formas no vamos a abundar en ello dado la muy poca, o nula problemática que plantearían en la práctica.

4. INTERRUPCIÓN DE LA CONDICIÓN DE FAMILIAR.

Pero, por supuesto, no interrupción de los pagos aplazados.

Es posible que la familia se traslade temporalmente, recuperando la condición de familiar transcurrido un tiempo. Afortunadamente para el propietario los mecanismos juegan a su favor, y al requerirse su consentimiento para las notas marginal del art. 91.2 del Reglamento Hipotecario la concreción de los plazos será algo fácilmente demostrable.

Pero entendemos que la carga de la prueba irá en contra del propietario cuando entremos en el ámbito de lo contencioso. Pues ahí será él quien deberá probar los períodos en que la vivienda no ha ostentado la condición de familiar. Aunque sólo sea por una aplicación analógica del art. 1960.2, que aquí sí podrá ser alegado por el cónyuge, haciendo valer la presunción que el artículo sienta, debiendo el propieta-

rio demostrar el periodo interrumpido en su beneficio.

Cuestión distinta será que alguno de los cónyuges cese temporalmente en la convivencia familiar, por motivos de trabajo o cualquier otro de carácter temporal. Los requisitos de calificación que la doctrina ha sentado en torno al domicilio como concepto independiente unido al concepto de posesión civilísima entendemos que permitirán salvar el escollo de considerar interrumpida la condición de familiar, considerándose, en beneficio del cónyuge, que ya sea éste o aquél los que se ausenten temporalmente, no por ello se interrumpe la consideración de vivienda familiar a los efectos del artículo que estamos examinando.

5. ¿NORMA DISPOSITIVA O IMPERATIVA?

O lo que es lo mismo, ¿cabe admitir la exclusión por pacto entre cónyuges de los efectos del art. 1357.2 respecto de un piso que pertenezca al propietario antes de entrar en gananciales? Existe una base lógica para mantener una postura positiva. Aquí podríamos alegar el apotegma de que el que puede lo más, puede lo menos. Si los cónyuges pueden excluir el régimen de gananciales pactando el de separación de bienes, o incluso el de comunidad universal, se puede defender que se excluya ese efecto puntual y novedoso del funcionamiento de los gananciales mediante pacto expreso en escritura pública.

Y no podemos negar que quizá instintivamente sea esta la solución que más simpatía nos provoca.

Pero el régimen de gananciales, o cualquier otro régimen legal de nuestros Derechos forales, se encuentran constituidos conceptualmente como sistemas normativos completos, aunque en algunos puntos se resquebraje el dique conceptual como ya hemos visto. Pero la protección a la vivienda habitual está insita dentro de los gananciales y ha sido cuidadosamente contemplada en la reforma de 1981. Por ellos entendemos que en definitiva se trata de un efecto parejo de la propia regulación de la sociedad en el Código Civil, y por tanto estimamos que no se puede admitir pacto matrimonial expreso que excluya la aplicación de nuestro pequeño artículos.

La misma solución, por tanto, habrá que mantener en cuanto a la aplicación del art. 1324 del Código Civil. Es decir, cabe que el cónyuge confiese que las cuotas son satisfechas con dinero exclusivo del propietario, y que por tanto la vivienda conserve su carácter exclusivamente privativo. Ahora bien, ¿esa confesión estaría regulada por el art. 1324 y por tanto, en caso de fallecimiento, necesitaría de la ratificación de los herederos forzosos del confesante? La solución afirmativa nos disgusta más todavía que en el caso anterior, porque estamos casando un art. 1357.2 que lleva al límite el principio de la protección de la vivienda habitual, con un art. 1324 del que ya hemos hecho la crítica en páginas anteriores. Pero, como puso de manifiesto LACRUZ en sus comentarios a la Reforma, el art. 1324 es un precepto en sede de normas de régimen económico matrimonial, pero pensado por y para la sociedad de gananciales. Y en ésta, el art. 1357 hemos visto que tiene carácter imperativo.

Un último apunto sobre el tema: Como en el Registro de la Propiedad no constará seguramente ni el matrimonio, ni el carácter de vivienda habitual, esta confesión de privaticidad deberá afectar a un bien inscrito como privativo, no como ganancial, al contrario de lo que ocurre normalmente. Una cacofonía más.

6. ACTOS FRAUDULENTOS DEL PROPIETARIO.

El legislador regula los aspectos registrales del art. 1357.2 en el mismo artículo en el que regula los del art. 1320. Y eso puede provocar el espejismo de hacer pensar que en caso de que el propietario realice actos de disposición sobre la vivienda habitual contemplada en el art. 1357.2 nos encontraremos en sede del párrafo 2 del art. 1320.

Hasta ahora, los actos de disposición así realizados conllevaban una protección de tercero latino del art. 32 de la Ley Hipotecaria para el adquirente. Y consecuentemente una sanción de indemnización de daños y perjuicios para el disponente, reforzada por el Código Penal con el tipo de la falsedad en documento público.

No estaba mal.

Ahora ya hemos visto que la sanción penal ha desaparecido.

Pero quien así pensara se encontraría en un grave error. Porque la vivienda habitual del art. 1357.2 no es la del art. 1320. En este último, el cónyuge es un ocupante al que la Ley, por matrimonio, le apareja unos derechos. Pero en el primero la sociedad de gananciales del cónyuge es la que tiene esos derechos. Por eso no estamos en sede del art. 1320 sino del art. 1322, y los actos realizados sin el consentimiento del cónyuge serán anulables por él o sus herederos en perjuicio de los adquirentes.

El caso contemplado anteriormente no resulta, afortunadamente, muy frecuente. Pero no es tan infrecuente la constitución de segundas hipotecas unilateralmente por el propietario. Pensemos en el caso de un propietario con una vivienda antes de comenzar gananciales. Queda afecta como domicilio habitual y su cónyuge va adquiriendo los derechos que hemos visto. Se acaba de pagar. Y posteriormente la familia pasa a vivir a otra vivienda. El propietario a cuyo nombre exclusivo figura la primera vivienda la vuelve a hipotecar. Cuando el Notario le pregunta sobre si dicha vivienda es su domicilio conyugal, el propietario con buena fe, responde que no. Y se autoriza la escritura. Pues bien, el propietario está disponiendo de los derechos gananciales de su cónyuge y durante el plazo de cuatro años la hipoteca será anulable por el art. 1322 del Código Civil.

Por eso entendemos, siempre de lege ferenda, que debería desarrollarse alguna de las opciones anteriormente apuntadas, u otras, mejores seguramente, para reflejar en el Registro de la Propiedad la condición de vivienda familiar y eliminar el riesgo contemplado.

El tema, como es obvio, conecta con la siguiente cuestión: ¿cuando la vivienda deja de ser habitual, el propietario recupera la totalidad de la cuota atribuida a la sociedad de gananciales? Obviamente no, por cuanto la presunción de ganancialidad del dinero de los pagos hemos visto que fundamenta toda la filosofía que el artículo encarna. La vivienda conservará ese ca-

Centro de Estudios Hipotecarios

rácter mixto privativo-ganancial que el art. 1354 dicta, y la siguiente vivienda habitual comenzará o no, nuevamente con el régimen.

Sin embargo, la patología que hemos examinado dos párrafos atrás, no aparece contemplada en ningún supuesto del art. 91 del Reglamento Hipotecario ni entendemos que pueda serlo con el pacto contenido del artículo reglamentario.

Para concluir con este apartado, señalar que respecto de terceros que pretendan trabar embargo sobre la vivienda familiar del art. 1357.2 no estarán, consecuentemente con lo señalado antes, en sede del art. 144.5 del Reglamento Hipotecario que exigiría simplemente la notificación al no titular, sino en sede en el propio art. 144.1 del Reglamento Hipotecario que señala que para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto de deudas propias de uno solo de los cónyuges.

7. CASUÍSTICA HIPOTECARIA.

A) Hipotecas de máximo.

Dentro del precio aplazado hemos incluido, forzando la norma, a la hipoteca ordinaria o de tráfico. En ella los pagos son periódicos, y con arreglo a un cuadro de amortizaciones prefijado desde el momento de la constitución.

Pero la cuestión puede no ser tan pacífica cuando nos encontramos con una hipoteca de máximo en garantía, por ejemplo, del saldo que arroje una cuenta corriente vinculada a la garantía hipotecaria. Pues, en tal supuesto, lo normal será que la cuenta corriente fluctúe en función de las necesidades económicas del deudor. Si la amortización de la cuenta es linealmente progresiva no existirá problema, pues el monto global cuando la hipoteca se encuentre totalmente amortizada determinará la participación de la sociedad de gananciales en la vivienda. Pero es amortización lineal en ese tipo de hipotecas no suele ser lo ordinario. Y en ese caso puede ocurrir que los capitales amortizados y luego nuevamente dispuestos con cargo a la misma vivienda superen con mucho el valor de la vivienda afecta a la familia.

La solución, sin embargo, nos parece sencilla. Lógicamente el monto global de la hipoteca actuará como límite máximo a la participación ganancial en la vivienda. Los excesos serán créditos que nacerán o no entre el propietario y la sociedad de gananciales.

Pero el supuesto si plantea un problema insoluble si se le quiere dar al párrafo 2 del art. 91 del Reglamento Hipotecario el desarrollo que antes hemos apuntado como deseable de poder hacer constar en el Registro las amortizaciones parciales en garantía de los derechos del cónyuge. Y ello porque en este caso no podría determinarse hasta el final, dado que sobre la hipoteca estaría pendiente una cuenta que se podría amortizar con dinero privativo o ganancial. Y la naturaleza de esas amortizaciones no podría saberse con certeza hasta el momento de la cancelación de la cuenta, pues hasta ese momento se puede volver a disponer de la totalidad y comenzar nuevamente con las amortizaciones. Y lógicamente la participación ganancial se definiría no por la primera, sino por la última amortización.

B) Hipotecas de propietario.

El supuesto fue estudiado por ROCA SASTRE, y abundado en su naturaleza por ese inmenso jurista que fue REY PORTOLES. Se explicará mejor con un ejemplo: Un deudor soltero adquiere una vivienda que posteriormente hipoteca en garantía de una serie de letras de cambio. Se casa. Las letras circulan y son adquiridas por el deudor al final de una cadena de endosos. En este, principio, se produce la confusión de acreedor y deudor, y por tanto la obligación debiera extinguirse automáticamente (art. 1192 del Código Civil). Pero en este caso, la vuelta a la circulación de las letras hace que la relación cambial e hipotecaria se sobrepongan al precepto civil y la hipoteca subsiste en favor de los futuros tenedores. Supongamos que el endoso de adquisición de las letras en la persona del propietario ha sido adquirido con dinero ganancial, y el que determina el pago final con privativo, o viceversa. ¿A qué momento hay que atender para determinar la ganancialidad del pago y por tanto la comunicación dominical a la sociedad de gananciales? Indudablemente la hipoteca de propietario supone una situación anómala, pero ello no obsta par que el momento definitorio sea el del pago definitivo; pues hasta entonces no se encuentra cumplida la obligación y no se pueden concretar las porciones que pertenecen a privativo y ganancial en el dominio. En definitiva, reproducimos lo dicho anteriormente para la hipoteca de máximo.

8. ASPECTOS FISCALES DEL ARTÍCULO 1357.2.

Hasta ahora la exposición ha rodado más por los caminos de la crítica que del elogio. Y seguiremos haciéndolo en el apartado siguiente. Pero forzoso es reconocerle al art. 1357.2 dos indudables méritos:

a) El de disipar cuantas dudas fiscales pudieran existir sobre la exención absoluta del supuesto de aportación a gananciales. Y ello por todas las razones expuestas anteriormente.

b) pero ante todo, porque el artículo produce una situación de condominio dentro de un bien —generalmente uno de los de más valor, aisladamente considerado— del patrimonio familiar. Y esa posibilidad de comunicación permite que en la liquidación de la sociedad de gananciales que se produce por fallecimiento de uno de los cónyuges, se incluya dicho bien, que de otra forma estaría estanco en el patrimonio del difunto, de manera flexible y en la forma que más convenga a los intereses del viudo o viuda, que de esta forma pueden incluirlo dentro de su cuota ganancial sin tener que soportar únicamente el usufructo del tercio de mejora, o el universal para los casos en que el difunto haya dejado testamento previo.

Pero además, en liquidación de gananciales para casos distintos del fallecimiento, en que interesa adjudicar el bien al cónyuge extrayéndolo del patrimonio privativo, ese condominio que provoca el art. 1354 facilita el poder recurrir a las normas civiles y fiscales que tratan de la liquidación de gananciales, y no a las que contemplan la compraventa.

IV. LOS ARTÍCULOS 1356 Y 1357 DEL CÓDIGO CIVIL, O LA HISTORIA DE UNA MITOSIS IRREDENTA.

Normalmente, las contradicciones del Código Civil, suelen ser salvadas por la Doctrina con los medios que la lógica jurídica impone frente a las antinomias.

Los dos artículos que encabezan este apartado contienen, desde nuestro punto de vista, una disfunción con respecto a la ratio legis que al legislador le llevó a introducir el párrafo 2 del art. 1357.

El art. 1357 lo damos por reproducido. El art. 1356 reza así: <<Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. **Si el primer desembolso tuviera carácter privativo, el bien será de esta naturaleza**>>.

Examinemos un ejemplo: Un marido, que adquiere con dinero privativo una vivienda que destina a domicilio conyugal desde el primer día. Ha pagado cien mil pesetas privativas que en el momento de la firma de la escritura le ha donado su padre, y los otros doscientos millones que ha costado la vivienda han sido satisfechos con cargo al patrimonio ganancial, constituido básicamente por las rentas de los alquileres de su esposa. Pues bien, por el art. 1356 la vivienda es íntegramente suya, sin perjuicio del derecho de crédito sobre la mitad de los gananciales aportados.

Por supuesto que es una hipótesis exagerada, pero las consecuencias son las indicadas.

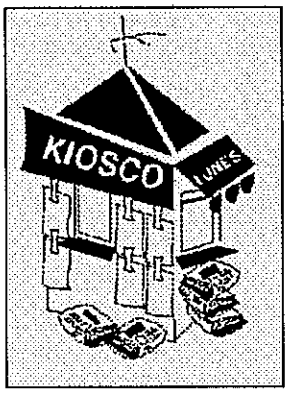
Si por el contrario el primera pago hubiere tenido lugar antes del matrimonio la vivienda habría sido, en cuanto a doscientos millones, ganancial como ya sabemos.

Se nos puede oponer el argumento de que si el primer pago durante el matrimonio es privativo será porque ha mediado un consentimiento expreso del otro cónyuge para que esos sea así. Y que, en definitiva, no era necesario reforzar el régimen de ganancialidad en el matrimonio pues ya jugaba la presunción del art. 1361 del código Civil. En tanto que en el art. 1357.2 se ha querido fortalecer la situación de la vivienda familiar. Y en apoyo de ello está que, de hecho, el art. 1357.1 sigue el mismo criterio que el art. 1356, que corresponden en detalle a las reglas generales de los arts. 1347 y 1346 respectivamente.

El argumento nos parece demasiado endeble. El legislador no es un aventurero. Si aplica un régimen automático a la adquisición privativa de una vivienda que luego pasa a destinarse a vivienda familiar, forzando una desnaturalización del carácter privativo y no solo dispensando la protección de la vivienda habitual, sino constituyendo un condominio entre gananciales y parte privativa, no creemos que, por contra, cuando se adquiere durante el matrimonio con dinero privativo, y se permite que la vivienda siga siempre con ese carácter, sea porque presuponga que previamente ha mediado la confesión de privaticidad.

La génesis que explica lo que para nosotros constituye una antinomia funcional hay que ir a buscarla en un momento de la elaboración de la Reforma de 1981. No hemos podido encontrar los textos que amparen las manifestaciones contenidas en este apartado, pero parece lógico entender que los arts. 1356 y 1357 constituían un único artículo, largo, eso sí, pero único. Luego, en un momento determinado, quizá por razones tan simples como la de distribuir los números de los nuevos artículos entre los derogados, el artículo se partió en dos, y el art. 1357.2 que iba a situar la excepción no sólo para las adquisiciones de vivienda habitual, con dinero privativo de antes del matrimonio, sino también para las efectuadas después, vio como se alejaban de su órbita de aplicación las adquisiciones durante la sociedad de gananciales de cualquier clase de bienes, incluida la vivienda habitual, con precio aplazado, que para siempre iban a tener, sociedad de gananciales o vivienda habitual en medio, carácter privativo.

La hermenéutica del art. 1357.2, la interpretación sociológica, la histórica o simplemente el sentido común impondrán una aplicación inmediata del párrafo segundo de nuestro art. 1357 a su artículo anterior. Pero no lo permite la interpretación sistemática. Por eso, también de lege ferenda, debe redimirse la separación expuesta. ■



HIPOTECARIO — REGISTROS (Programa de 1981)

TEMA 72

PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO. MANIFESTACIONES Y NOTAS SIMPLES. CERTIFICACIONES: SUS CLASES Y VALOR. RECONSTITUCIÓN DEL REGISTRO DESTRUIDO.

PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO.

El principio de publicidad registral tiene dos diversas vertientes o manifestaciones (íntimamente ligadas entre sí), puestas ya de manifiesto por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861:

—Una material o sustantiva, que revela el fin inmediato del principio, es decir, dar notoriedad a los derechos reales inmobiliarios y precisar los efectos que la ley confiere a esa publicidad, y que se concreta en los principios de legitimación y fe pública.

—Otra, formal o adjetiva, que se refiere a los medios o modos de dar notoriedad a las inscripciones, permitiendo y facilitando a los particulares el conocimiento del contenido del Registro. Es la denominada publicidad formal.

Señala ROCA SASTRE que la publicidad formal justifica o fundamenta lo que se ha dado en llamar "publicidad como cognoscibilidad legal", es decir, aquel principio por el cual la fe pública registral operará con independencia de que se haya o no consultado efectivamente el Registro. En otras palabras, la

cognoscibilidad legal equivale a presumir el conocimiento efectivo de los asientos registrales, lo cual, lógicamente, debe ir acompañado de la posibilidad de acceso al Registro a quienes tenga interés en consultarlo; por la misma razón que el art. 6.1º del Código Civil, al proclamar que "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", requiere, como corolario ineludible, la completa publicación de dichas leyes en el Boletín Oficial del Estado.

Este aspecto adjetivo o formal de la publicidad se encuentra formulado en los arts. 221 y ss. LH y 332 y ss. RH.

Conformae al primero de los citados preceptos "Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos". Lo cual aparece completado o reforzado por el art. 228 LH, según el cual "Cuando el Registrador se negara a manifestar los libros del Registro o a expedir de su contenido certificación, podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al Presidente de la Audiencia (hoy hay que entender que al del Tribunal Superior de Justicia respectivo), si residiere en el mismo lugar, o en otro caso, al Juez de 1ª Instancia, quienes decidirán oyendo al Registrador. Contra la decisión de los mismos podrá recurrirse a la Dirección General de los Registros y del Notariado".

Y el art. 352 RH dispone por su parte: "Las autoridades, tribunales o funcionarios públicos que se encuentren tramitando expedientes, juicios o actuaciones, podrán reclamar directamente del Registrador las certificaciones o antecedentes que les interese o la manifestación de los libros...".

El art. 221 LH plantea el interesante problema de a quién se ha de dar a conocer el contenido del Registro.

En efecto, hemos visto cómo habla del "interés conocido" del solicitante, lo cual podría dar a entender que el simple hecho de acudir al Registro en demanda de información bastaría para que el interés del solicitante se exteriorizada, es decir, fuera "conocido", y no hubiera entonces problema en proporcionarle la información. Pero la cuestión no es tan sencilla, y la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1861 trató de aclararla, sin conseguirlo, pues sustituyó la expresión "interés conocido" por la de "interés legítimo", lo cual, como pone de relieve PRADA ALVAREZ-BUYLLA no añade nada significativo al texto legal, pues la legitimidad es un presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos.

Ello hay que unirlo al problema de las relaciones entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad, cuestión ésta que, como señala el citado autor, ha sufrido una innegable evolución desde la época en que fue publicada la primera Ley Hipotecaria hasta nuestros días. En aquélla (siglo XIX, siglo del liberalismo) se entendía el derecho a la intimidad como una extensión del derecho de propiedad, y por tanto como un derecho absoluto, una esfera cerrada a los demás y a la que nadie podía tener acceso. La evolución jurídica posterior, sin renunciar totalmente a estos principios, ha hecho que hoy se refiera la intimidad no a la esfera de la propiedad, sino a la de la personalidad (estimando que su esencia se encuentra en la misma naturaleza humana y su dignidad), y que más que un derecho absoluto es un derecho fundamental, que nace con la persona y se extingue con ésta.

En esta línea, el art. 18 de la Constitución española garantiza el derecho a la intimidad personal, mientras que la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, establece los límites de dicho tratamiento informático en cuanto pueda afectar a la esfera íntima de la persona, es decir, al ejercicio de sus derechos y libertades. La Exposición de Motivos de la Ley excluye de su ámbito la información suministrada por los Registros de la Propiedad y Mercantiles, en cuanto la publicidad es consustancial a la constitución, existencia y funcionamiento del Registro, como medio de seguridad jurídica preventiva; no obstante lo cual, el Colegio de Registradores suscribió el 3 de noviembre de 1994 un Protocolo de Colaboración e Información con la Agencia de Protección de Datos, con el fin de dar solución a los problemas de colisión entre el derecho a la intimidad y la publicidad registral. El contenido de este Protocolo ha informado, de manera inequívoca, las directrices marcadas con posterioridad por la Dirección General de los Registros en materia de publicidad registral, así como la reforma introducida en la Ley Hipotecaria por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, como más adelante estudiaremos.

Volviendo al problema de cuándo puede decirse que existe interés, conocido o legítimo, en averiguar el contenido del Registro, digamos que el incremento, a partir de los años setenta, de las consultas al Registro provocó una reacción restrictiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que,

interpretando la poco clara normativa hipotecaria al respecto, hizo entre otras las siguientes declaraciones (en las Resoluciones-Circulares de 8 de abril de 1983 y 12 de junio de 1985, y en la Instrucción de 5 de febrero de 1987):

A) Sólo deben acceder al contenido del Registro quienes tengan interés legítimo a juicio del Registrador. A este respecto, es de destacar que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988 declaró que la publicidad registral ha de facilitarse con cierta laxitud por los Registradores, ya que, de exigirse una demostración estricta del interés en la consulta, la proyección pública del Registro se vería gravemente menoscabada.

B) Cuando el solicitante de la información no sea la persona directamente interesada, sino un encargado para ello, el Registrador podrá exigir que se acredite el encargo, mediante una autorización firmada que especifique el sujeto autorizado y las personas o derechos objeto de manifestación, sin que baste una autorización genérica. Si bien el Registrador podrá dispensar de la justificación del interés o encargo a los profesionales del Derecho, oficinas públicas y entidades financieras, cuando la información solicitada se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con su legítima actividad, así como a otras personas o entidades (detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, etc.) cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de su actividad profesional o empresarial o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento.

C) En todo caso, se considera carentes de interés legítimo a quienes, a juicio del Registrador, pretendan acceder a la información registral con el fin de comercializarla por cualquier procedimiento. Es decir, se cierra el Registro a aquéllos que pretendan obtener lo que se ha dado en llamar "publicidad en masa".

Los Tribunales no siguieron esta postura restrictiva del Centro directivo, y así, tanto el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de abril de 1988 como el TSJ de Andalucía en auto de 9 de junio de 1994 adoptaron un criterio más permisivo.

Posteriormente, y sin duda por influencia, como dijimos, de la Ley de Protección de Datos y el posterior Protocolo ya citados, la Dirección General de los Registros dictó las Instrucciones de 29 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998, de las cuales podemos destacar:

—la creación del Servicio General de Indices, a llevar en el Colegio nacional de Registradores, e integrado con los datos suministrados por los Registros de España. Puede obtenerse información de él a través de cualquier Registro.

—la posibilidad de intercomunicación, informática o por fax, de los Registros entre sí y con el Servicio General de Indices a fin de suministrar notas simples.

—la posibilidad de consulta telemática al archivo del Registro, debiendo en todo caso el Registrador asegurarse de la imposibilidad de su manipulación o televaciado.

—la posibilidad de recepción de solicitudes de notas simples por fax.

—la prohibición de acceso directo por cualquier medio, físico o telemático, a los archivos de los Registros.

—la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal, excluyendo la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica. De suerte que la solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido.

—la necesidad de que la información se exprese con claridad y sencillez.

—la prohibición de expedición de publicidad formal cuando el objeto de la solicitud sea su incorporación masiva a bases de datos o registros paralelos con fines exclusivos de comercialización o reventa, sin responder a mandato alguno por parte del interesado en la información.

—la necesidad de que las solicitudes de información queden archivadas.

Y, en fin, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 modificó entre otros el art. 222 de la Ley Hipotecaria (justificando la reforma no sólo en la Ley de Protección de Datos, sino también en la Ley de Defensa de los Consumidores), recogiendo la doctrina de las dos Instrucciones citadas, a la cual añade:

—la atribución a la nota simple de un valor puramente informativo, definiéndola como un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca objeto de manifestación.

—la posibilidad de los interesados de elegir libremente el Registrador a través del cual obtener información sobre una finca, aunque no pertenezca a la demarcación de su Registro, siempre que deba expedirse mediante nota simple o consista en información sobre el Indice General de Fincas.

MANIFESTACIONES Y NOTAS SIMPLES.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en el art. 222 LH, se venía entendiendo que la publicidad formal se prestaba a través de las certificaciones (que más adelante estudiaremos) y de la "manifestación" del Registro, que comprendía dos modalidades: exhibición directa de los libros registrales y nota simple informativa. Ello tenía su apoyo en la anterior redacción del art. 222 LH ("Los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro...") y en el art. 332 RH ("La manifestación del Registro... podrá hacerse mediante exhibición de los libros o por nota simple informativa...".

En la actualidad, el precepto reglamentario sigue en vigor, pero, repetimos, el art. 222 LH ha sido objeto de modificación, y si bien se mantiene la redacción que antes tenía, ésta constituye ahora únicamente su apartado primero, pues se le han añadido siete apartados más, y de éstos (en combinación con la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 17 de febrero de 1998), se desprende que hoy en día la exhibición directa o física de los libros ha desaparecido (a pesar de que, como decimos, el art. 332 RH, así como el 333 y 334, todos los cuales se ocupan de la materia, siguen vigentes).

EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS.

En efecto, el ap. 2 del art. 222 LH dispone en la actualidad que "La manifestación que debe realizar el Registrador del contenido de los libros registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación... Se prohibe a estos efectos el acceso directo, por cualquier medio físico o telemático, a los archivos de los Registradores de la Propiedad..." (esta última prohibición ya venía recogida en la Instrucción del 98, e incluso en la anterior de 29 de octubre de 1996).

Queda claro por tanto (y a pesar de que, como hemos dicho, los arts. 332 a 334 RH no han sido derogados) que no hay más medios de manifestación que la nota simple o la certificación, sin que sea posible que el solicitante de información acceda físicamente a los libros del archivo. Ahora bien la exhibición (aunque indirecta) de los libros no ha desaparecido por completo, pues el ap. segundo, punto 1., de la Instrucción de 17-2-98 dice que "Los Registradores de la Propiedad, cuando realicen la manifestación mediante la exhibición de los libros... por concurrir circunstancias excepcionales que así lo aconsejen, deberán hacerlo por medio de fotocopia de los asientos, la cual no podrá retirarse por el interesado, y siempre, según el artículo 334 del Reglamento Hipotecario, sin que le sea permitido al particular copiar dichos asientos".

NOTA SIMPLE INFORMATIVA.

Como señala ROCA SASTRE, la nota simple fue introducida por el Reglamento Hipotecario de 1946, que dió cobertura legal a una práctica que por aquel entonces había surgido, derivada de la necesidad que los particulares y los Notarios tenían de conocer el estado del Registro, sin necesidad de personarse físicamente en éste.

A pesar de su escueta regulación (limitada al art. 332 RH, que únicamente se ocupa de ella por establecer que su contenido carece de garantía, que puede pedirse verbalmente o por escrito, y que el Registrador decidirá en cada caso si presta la información por nota o por exhibición de los libros) con el paso de los años su uso ha ido arraigando y en la actualidad constituye sin duda el medio de publicidad más utilizado. Ello obligó a la Dirección General de los Registros y del Notariado a ir supliendo la deficiente normativa legal con Resoluciones e Instrucciones que dieran respuesta a los problemas y necesidades prácticas que se iban planteando, hasta llegar a la repetida reforma introducida en el art. 222 LH, que en la actualidad ya establece una más completa regulación de la materia.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA

Combinando este precepto con el art. 332 RH, y a la luz de las Instrucciones de 1996 y 1998, podemos sintetizar el vigente régimen de la nota simple en la siguiente forma.

Solicitud. Puede ser verbal o escrita (art. 332 RH), pudiendo hacerse incluso por fax (Instrucción de 29-10-96). Las solicitudes quedarán archivadas (Instrucción de 17-2-98). El interés del solicitante queda a juicio del Registrador (art. 222.1 LH), remitiéndonos sobre este punto a lo antes dicho. La solicitud, siempre que sea para obtener nota simple, puede hacerse a cualquier Registrador, aunque no sea el competente por razón de la situación de la finca, quedando al efecto los Registradores obligados a interconectarse por fax o correo electrónico (art. 222.8).

Plazo de expedición. Nada disponen la Ley ni el Reglamento, por lo que habrá que entender aplicable el máximo de cuatro días por finca establecido por el art. 226 LH para las certificaciones.

Contenido. Se exige al Registrador el "tratamiento profesional" de la información registral (art. 222.2 LH), lo cual significa que ésta debe expresarse "con claridad y sencillez" (art. 222.4), de ahí que la nota simple (art. 222.5) haya de consistir en "un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca objeto de la manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de los derechos inscritos sobre la misma, y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o derechos inscritos".

Forma. La nota simple comenzó siendo un extracto de la situación registral, pero desde que una Ron. DGRN de 10 de junio de 1977 (coincidente con la aparición de los libros registrales de hojas móviles) permitió la utilización al efecto de fotocopia de la hoja registral, el uso de ésta se fue generalizando. Posteriormente, la Instrucción de 5 de febrero de 1987 calificó su empleo de excepcional, a pesar de lo cual su uso seguía siendo generalizado. Pero ya con la publicación de la Ley de Protección de Datos se siente la necesidad de evitar que a través del Registro se den a conocer datos "sensibles" de los titulares registrales (datos personales o relativos al estado civil), ajenos a los fines propios de la institución registral y que por tanto no deben ser suministrados por el Registrador. De ahí que las Instrucciones de 1996 y 1998 hablaran de que el tratamiento profesional de la publicidad formal "excluye la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica"". Y esta idea es recogida por el art. 222 LH, cuando alude a la "claridad y sencillez" con que ha de expresarse la publicidad formal, y al "sucinto extracto" del contenido de los libros en que debe consistir la nota simple, así como a la obligación del Registrador de velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal. De ello se desprende el rechazo del legislador al uso de la fotocopia, aunque no se debe perder de vista el hecho de que en el texto definitivo del art. 222 desapareció la prohibición taxativa del uso de la fotocopia que incluía al proyecto de ley de reforma.

Valor. El art. 332 RH dice que la nota es "sin garantía", idea que recalca el nueva art. 222 LH cuando dispone en su ap. 5 que tiene un "valor puramente informativo" (extremo éste que deberá hacerse constar expresamente en la nota, según el ap. 3). Por consiguiente, los eventuales errores que se cometan al expedirla no generarán responsabilidad (civil, se entiende) en el Registrador, a diferencia de lo que veremos ocurre en sede de certificaciones.

Obligación de expedirla. Normalmente, la expedición de una nota simple vendrá motivada por una solicitud del interesado en obtener la información, pero el nuevo (tras la reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) art. 253 LH dispone en su ap. 2. que simultáneamente a la nota de inscripción de todo título que se inscriba en el Registro, extenderá el Registrador nota simple informativa expresiva de la libertad o gravamen del derecho inscrito, así como de las limitaciones, restricciones o prohibiciones que le afecten.

Negativa a expedirla. Si el Registrador se negare a expedir la nota, ya vimos cómo el art. 228 LH permite al interesado acudir en queja al Presidente del TSJ o al Juez de 1ª Instancia.

Publicidad en masa. Entiende por tal la Instrucción de 1998 las solicitudes cuyo objeto sea la incorporación masiva de la información obtenida a bases de datos o registros paralelos con fines exclusivos de comercialización o reventa, por lo que aquéllas sólo podrán ser atendidas si cumplen alguno de los requisitos que la propia Instrucción enumera.

NOTAS DE INFORMACIÓN CONTINUADA.

Y antes de pasar al estudio de las certificaciones, vamos a ocuparnos de las "notas de información continuada", reguladas en los arts. 175 del Reglamento Notarial y 354.a) del Reglamento Hipotecario, que

fueron modificados por el RD de 29 de diciembre de 1994, de colaboración entre Notarías y Registros para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (desarrollo de un RD anterior, de 18-12-92, al que derogó), cuya finalidad, como se dice en el preámbulo, es la de evitar los fraudes en la contratación y, consiguientemente, alcanzar la mayor seguridad jurídica. Posteriormente, este RD fue aclarado por la Instrucción de la DGRN de 2 de diciembre de 1996.

Dispone el art. 175 del Reglamento Notarial que el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad (salvo en los casos que el propio precepto exceptúa) la información adecuada, mediante un escrito que contendrá las circunstancias que se detallan en dicho art. y en la Instrucción, y que podrá ser remitido al Registro por cualquier medio, incluido el fax.

Ya en el ámbito registral, establece el art. 354.a) RH que el Registrador suministrará la información mediante nota que contendrá no sólo la información solicitada (en los términos que aclara la Instrucción), sino también las solicitudes de información que respecto de la misma finca se hayan recibido de otros Notarios, pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores. El envío de la nota ha de hacerse como máximo en el plazo de tres días, hábiles siguientes, salvo las excepciones que se citan, y siempre por fax, aunque no hubiera sido éste el medio empleado por el Notario.

Deberá el Registrador, dentro de los nueve días naturales siguientes a la remisión de la información (de aquí el nombre de "notas de información continuada"), comunicar al Notario, en el mismo día en que se haya producido, el hecho de haberse prestado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. Idéntica obligación existirá respecto de las solicitudes posteriores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otros Notarios, reciba en el plazo indicado. Todo ello, hay que entender, para el caso de que no se hubiera presentado en el Registro la escritura otorgada en base a la información inicialmente suministrada; pues, de haberse producido tal presentación, carecen de sentido las comunicaciones previstas en el precepto.

En cuanto al valor de estas notas, la DGRN, en la repetida Instrucción de 2-12-96, las considera "notas simples", con lo cual puede darse por zanjada la polémica que la publicación del R.D. suscitó acerca de si son simples notas, sin garantía (pues dice el art. 354.a que el Registrador expedirá una "nota"), o bien (dado que el Reglamento Hipotecario se ocupa de ellas bajo la rúbrica "Certificaciones especiales", y que el art. 354.a habla de que el Registrador formalizará la nota "bajo su responsabilidad") forman una especie de "tertium genus" entre las notas simples y las certificaciones.

CERTIFICACIONES: SUS CLASES Y VALOR.

Las define ROCA SASTRE como las copias, transcripciones o traslados, literales o en relación, del contenido del Registro, constituyendo un medio de acreditar documentalmente la situación hipotecaria de las fincas o derechos. En otras palabras, son un medio de hacer público el contenido del Registro, de exteriorizar su contenido. Básicamente, y sin perjuicio de lo que iremos diciendo a lo largo de esta pregunta, se diferencian de las notas simples en que, así como éstas, según vimos, tienen un valor puramente informativo (art. 222.5 LH), las certificaciones (art. 225 LH) constituyen el único medio de acreditar, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. Sólo los Registradores tienen la facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro (art. 335 RH).

Solicitud. Pueden solicitar la expedición de certificación tanto los particulares como la autoridades judiciales o administrativas. Respecto de los primeros, exige el art. 227 que tengan "interés conocido" en averiguar el estado del inmueble o derecho real, la apreciación del cual queda a juicio del Registrador. Damos aquí por reproducido lo antes expuesto al hablar del interés en materia de publicidad formal. Según también vimos anteriormente, en caso de negativa del Registrador a expedir la certificación puede el interesado acudir en queja al Presidente del TSJ o al Juez de 1ª Instancia (art. 228 LH).

Las solicitudes, tanto las de los particulares (que adoptarán la forma de instancia, por escrito, art. 227 LH), como las de las autoridades judiciales o administrativas, deberán expresar con claridad las circunstancias exigidas por el art. 229 LH y 336 RH. Sólo deben presentarse obligatoriamente en el Diario aquéllas cuya expedición provoque algún asiento registral, pudiendo presentarse en los demás casos si el interesado lo pidiere o el Registrador lo estimara conveniente (art. 416 RH).

Dispone el ap. sexto de la Instrucción de 17-2-98 que las solicitudes de publicidad formal (hay que entender que las de particulares) quedarán archivadas, a fin de que durante un período de tres años pueda conocerse la persona del solicitante, su domicilio y su DNI o NIF; lo cual entra en contradicción con el art. 343 RH, que exige devolver la solicitud al interesado una vez expedida la certificación. Dado el superior rango de este último precepto, y la finalidad perseguida por la Instrucción, parece lo más oportuno devolver el original y archivar la copia.

Plazo de expedición. Los Registradores habrán de expedir las certificaciones en el más breve plazo posible, sin que en ningún caso pueda exceder del de cuatro días (hábiles, art. 109 RH) por cada finca o derecho (art. 236 LH), transcurrido el cual podrá el interesado utilizar el recurso de queja que concede el art. 228 LH (art. 237 LH).

Se entenderán expedidas después del cierre del Libro Diario, de suerte que si se expidieran antes se expresará, además de la fecha, la hora (art. 350 RH).

Forma. Los arts. 350 y 351 RH establecen normas, hoy en desuso, sobre el tipo de papel en que ha de expedirse la certificación. En cuanto a la utilización de fotocopia, vale lo dicho anteriormente para las notas simples, además de lo que luego expondremos acerca de las certificaciones literales. Y, en fin, aunque ningún precepto lo imponga, la certificación habrá de ir firmada por el Registrador, dado que según hemos visto es un documento público, y además genera responsabilidad para el Registrador por los errores que pueda cometer en su expedición, según más adelante estudiaremos.

Clases. Siguiendo a ROCA SASTRE podemos distinguir las siguientes:

A) Según los asientos a que se refieran (art. 223 LH y 337 a 340 RH):

a) Certificaciones de asientos de toda clase relativos a bienes determinados.

b) Certificaciones de asientos determinados que los solicitantes señalen, bien indicando el tomo y folio donde obren, bien refiriéndose a los que existan de una o más especie sobre determinados bienes.

c) Certificaciones de inscripciones o cancelaciones extendidas a favor o a cargo de personas determinadas.

d) Certificaciones de no existir asiento de ninguna especie o especies determinadas, sobre bienes determinados o respecto de determinadas personas.

B) Por su objeto, pueden ser:

a) Certificaciones de asientos o de documentos. Las primeras son las más frecuentes, y suelen referirse a asientos positivos (inscripciones, anotaciones, notas marginales), subsistentes (esto es, no cancelados) y de los libros de inscripciones. Como reglas especiales podemos citar el art. 345 RH, conforme al cual siempre que deba comprenderse en la certificación algún asiento de presentación (arts. 230 y 231 LH), se copiará literalmente, y el 340 RH, que permite la inclusión de los asientos cancelados sólo cuando el solicitante lo exigiere y en los casos prevenidos en el art. 234 LH. Las certificaciones de documentos son los relativos a aquellos que los Registradores conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales (art. 342 RH).

b) Certificaciones de dominio, de cargas (arts. 235 LH y 353.w RH), o de dominio y cargas.

C) Por la forma de reflejar el contenido del Registro, pueden ser las certificaciones literales o en relación, según se mandaren dar o se pidieren (art. 232 LH).

a) Literales. Comprenderán íntegramente los asientos a que se refieren. Cabe recordar, que, según ya hemos estudiado, la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal implica que éste haya de velar por el cumplimiento de la normas sobre protección de datos de carácter personal (art. 222.6 LH), y que haya de expresarla con claridad y sencillez (art. 222.4 LH), sin perjuicio de estos supuestos de certificaciones literales. En este punto, no debe pasarnos por alto que en la redacción definitiva de la disposición adicional 2ª de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (que introdujo el citado art. 222.4 LH) se añadió, respecto de lo que figuraba en el proyecto de Ley, a la frase "sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales a instancia de autoridad judicial o administrativa" la expresión "o de cualquier interesado".

b) En relación. Conforme al art. 232 LH, expresarán todas las circunstancias que los asientos contuvieren, necesarias para su validez, las cargas de la finca o derecho, y cualquier otro extremo que el Registrador juzgue importante o el interesado señale. En este último caso, si los datos omitidos contradijeren lo señalado por el solicitante, habrán de consignarse en la certificación; si lo omitido no contradice o desvirtúa lo relacionado en la certificación, el Registrador lo hará constar así (art. 344 RH).

Valor. Es la certificación, según vimos, el único medio admitido para acreditar en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes o derechos inscritos (art. 225 LH). Y al ser, como asimismo hemos visto, una copia o traslado de un documento obrante en un Registro público, tendrá la consideración y el valor probatorio de un documento público, siéndole aplicable lo dispuesto en el art. 1220 del Código Civil. En consecuencia, su valor como prueba dependerá de la conformidad que guarde con su original, disponiendo sobre este punto el art. 226 LH: "Cuando las certificaciones no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará a lo que de éstos resulte, salvo la acción del perjudicado por éllas para exigir la indemnización correspondiente del Registrador que haya cometido la falta".

Vemos por tanto cómo, a diferencia de la nota simple, la certificación genera responsabilidad civil en el Registrador, que le viene impuesta además por el art. 296.5º LH, conforme al cual responderá "Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley".

Efectos. Al margen de su valor, ya repetido, como único medio de acreditar el contenido del Registro, hemos de hacer referencia a ciertos efectos especiales que en ocasiones produce su expedición:

1) Conforme al art. 353.3 RH, la cancelación de las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a la Ley Hipotecaria, se entenderá solicitada por el solo hecho de pedirse la certificación. Igualmente, al expedirse una certificación se convertirán en inscripciones de dominio las de posesión, si no existiere asiento contradictorio.

2) Las certificaciones que los Registradores deben expedir en ciertos supuestos (procedimientos judicial o extrajudicial de ejecución de hipoteca, procedimiento ejecutivo ordinario, expedientes urbanísticos de reparcelación o compensación, procedimiento administrativo de apremio, etc.) provocan la extensión de una nota acreditativa de dicha expedición, y que ha de extenderse, según los casos, al margen de la última inscripción de dominio de la finca, o al margen del asiento que recoja la carga que se ejecuta.

De un lado, los datos contenidos en la certificación sirven para que el órgano actuante notifique la existencia del procedimiento a los titulares de derechos sobre la finca (en los términos recogidos en cada caso por la normativa aplicable). De otro, la nota marginal de expedición sirve de aviso o notificación (recordar lo antes dicho acerca del principio de cognoscibilidad legal) a los que con posterioridad adquieran algún derecho, a fin de que puedan personarse en el procedimiento si les interesare; sirve igualmente para determinar los asientos que, una vez concluido el expediente o procedimiento, han de ser cancelados.

Certificaciones especiales. Como tales (y aparte de las ya estudiadas "notas de información continuada", art. 354.a RH), recoge la LH las de información continuada y las que van acompañadas de un informe del Registrador (ambas introducidas por RD de 21-12-1983, pero que no puede decirse que hayan calado en la práctica).

A) Conforme al art. 354, el solicitante de una certificación podrá pedir que ésta tenga el carácter de certificación con información continuada. Esta información se referirá a los asientos de presentación que afecten a la finca y se practiquen desde la expedición de la certificación hasta los treinta días naturales siguientes. Estas certificaciones no podrán comprender más de una finca o derecho ni referirse a una finca no inmatriculada, regulando de modo prolijo el citado precepto los requisitos de la solicitud y las actuaciones a seguir por el Registrador.

B) Por su parte, el art. 355 dispone que, mediante petición expresa y por escrito en la solicitud de certificación, o a continuación de la ya expedida, podrá solicitarse que el Registrador emita un breve informe, no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral. La solicitud no podrá comprender más de una finca o derecho, y es incompatible con la solicitud de certificación con información continuada.

Con independencia de este tipo especial de certificación, dispone el nuevo (tras la reforma introducida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) art. 222.7 LH que "Los Registradores... deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten".

RECONSTITUCIÓN DEL REGISTRO DESTRUIDO.

Está regulada en las leyes de 15 de agosto de 1873 y 5 de julio de 1938, cuya vigencia viene declarada expresamente por el art. 238.2 de la Ley Hipotecaria. Podemos exponer la materia en la forma que sigue:

DILIGENCIAS PREVIAS.

Cuando quedasen destruidos los libros del Registro de la Propiedad, el Juez hará una visita extraordinaria, de la cual levantará acta. En ella se harán constar los libros que han sido destruidos, y una copia será enviada al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma. Este decidirá si procede o no la reconstrucción, fijando en caso afirmativo el día inicial del período legal de reconstitución (que será de un año, prorrogable por otro si lo acordare la Dirección General de los Registros). La reconstitución iniciada será anunciada en el Boletín Oficial del Estado y en el de la provincia respectiva, así como, por medio de edictos, en los Ayuntamientos del Distrito.

MODOS DE EFECTUAR LA RECONSTITUCIÓN.

La reconstrucción de los asientos destruidos puede hacerse presentando alguno de los documentos siguientes:

A) La misma copia de la escritura que hubiera sido inscrita antes de la destrucción.

B) También podrán serlo las segundas y posteriores copias, siempre que en éllas o en otras se reseñe la inscripción del derecho del transmitente y se acompañe declaración jurada, documento fehaciente, de haber estado ya inscrito el acto que contenga.

C) Acta de notoriedad, siempre que se acredite la pérdida o destrucción de los originales o matrices de los documentos anteriormente inscritos.

REGISTRACIÓN DE LA TITULACIÓN COMÚN.

La titulación común que se presente durante el período de reconstitución se inscribirá en la forma ordinaria.

No podrá practicarse ninguna inmatriculación al amparo del art. 205, si bien en su lugar podrá tomarse anotación preventiva, que subsistirá durante el término fijado para la reconstrucción y podrá convertirse en inscripción si se presenta en dicho plazo acta de notoriedad o documento con nota de haber estado inscrito en el Registro destruido. De lo contrario, será cancelada.

Si la finca a que se refieren los títulos presentados no estuviere reinmatriculada (en cualquiera de las tres formas antes examinadas), se tomará anotación preventiva de aquellos documentos, la cual se convertirá en inscripción si se procede a la reinmatriculación.

EFECTOS HIPOTECARIOS.

Durante todo el período de reconstitución no se aplican los arts. 17, 20, 32 y 34 LH y aquellos otros que se refieran a la falta de inscripción o anotación de un derecho, haciéndose constar esta circunstancia en las certificaciones que se expidan.

En especial, si se presentan a reinscripción varios títulos justificativos de sucesivas transmisiones, se comprenderán todos ellos en un solo asiento. Si son contradictorios prevalecerá el que tenga nota de fecha más moderna.

Si después de reinscrito un título se presenta otro con fecha posterior, se inscribirá éste a continuación de aquél, aunque no exista entre ellos relación inmediata de tracto, extendiéndose al margen del primero la oportuna nota de referencia.

El titular de algún derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere reinscrito su título podrá solicitar a aquél la reinscripción (por las reglas establecidas en la Orden de 1940 o por medio de acta de notoriedad), pudiendo pedir desde luego la anotación de su derecho.

Si la reinscripción se verifica en virtud de acta de notoriedad y se presentare después documento con nota de haberse inscrito con posterioridad a la fecha de la adquisición alegada en el acta, se cancelará aquella inscripción extendiendo la oportuna nota de referencia.

Una vez terminado el período de reconstrucción, las hipotecas y demás derechos reales reinscritos conservarán el rango que tuvieron en el Registro destruido, cualquiera que hubiera sido el orden de reinscripción.

También podrán reinscribirse los títulos, una vez transcurrido el período de reconstrucción, pero en este caso no producirán efectos desde su fecha.

APENDICE PARA EL TEMA 79 DEL PROGRAMA DE 1996

TRATAMIENTO PROFESIONAL DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL. SU CONEXIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

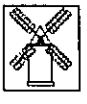
Esta cuestión aparece por primera vez tratada en el ya citado Protocolo de 3 de noviembre de 1994, de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores.

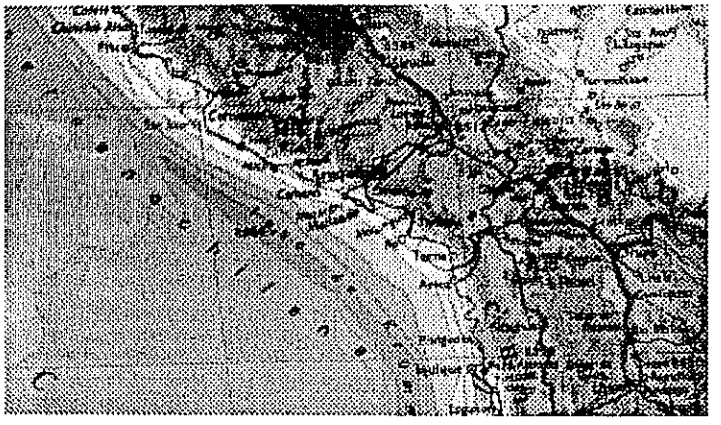
Se dice en él que, al proporcionar la información, el Registrador deberá tener presente las normas de protección de datos de carácter personal (Ley de 1992), potenciando la publicidad económica o patrimonial, previa exclusión de aquellos datos contenidos en el asiento respectivo que pudieran afectar a la intimidad del titular registral, excluyendo en todo caso la copia telemática o magnética de los asientos. Añade que el Registrador deberá, en esta materia, acentuar su celo profesional, restringiendo en la medida de lo posible la publicidad de aquellos datos relativos al estado civil de las personas que sean económica o patrimonialmente intrascendentes. En palabras de GIMENO SENDRA, este Protocolo "ha de contribuir a una eficaz tutela del derecho a la intimidad, sin merma alguna del cumplimiento de los fines públicos" del Registro de la Propiedad.

En línea con estas directrices, la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996 impuso al Registrador la obligación de realizar un tratamiento profesional de la publicidad formal, mientras que el preámbulo de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 señala que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral (vid. Exposición de Motivos de la Ley de Protección de Datos de 1992). Cuando se ajuste a tal finalidad, la publicidad de los asientos no requiere el consentimiento del titular registral ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio de su derecho a ser informado, a su instancia, del nombre y domicilio de las personas que hayan recabado la información. Consecuentemente, el apartado primero de la Instrucción impone al Registrador el tratamiento profesional de la información, que no contendrá los datos que carezcan de trascendencia jurídica; mientras que el cuarto le impone asimismo el cumplimiento de las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal.

Finalmente, el art. 222 LH, tras la reforma introducida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, recoge en su ap. 2 el tratamiento profesional que el Registrador ha de dar a la información registral, y en el 6 su deber de informar y velar por el cumplimiento de las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal.

■





Dr. Edilberto Cabrera Ydme
Registrador Público
Tacna. Perú.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES EN EL SISTEMA REGISTRAL PERUANO

(Ponencia presentada en las Cuartas Jornadas Preparatorias del Primer Congreso Nacional de Derecho Registral)

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. El Principio de legalidad y la calificación registral. 2.1. El principio de legalidad. 2.2. La calificación registral. 2.3. Perspectivas de la calificación registral. 3. El principio de legalidad y la calificación registral en el sistema registral peruano. 3.1. Normatividad existente. 3.2. Elementos de la calificación registral. 4. Calificación de mandatos judiciales. 4.1. Restricciones del ámbito de calificación registral. 4.2. Aspectos que debe comprender el examen registral de los mandatos judiciales. 4.3. El requerimiento indebido (una propuesta).

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

EL objeto de la ponencia es la calificación de los documentos judiciales. Nos proponemos examinar el comportamiento que debe seguir el Registrador cuando se le requiere la inscripción de documentos que contienen mandatos judiciales.

Es evidente que el Registrador no puede tratar a los documentos judiciales en la misma forma que los documentos notariales. Por esta razón debemos precisar, en primer término, si le está permitido CALIFICAR el mandato. De ser positiva la respuesta, determinar cuál es la naturaleza de este acto.

En segundo término, nos interesa indagar sobre el comportamiento del Registrador cuando el mandato judicial, por alguna circunstancia válida, no puede inscribirse. ¿Qué debe hacer en tal caso?

No son pocas las oportunidades en que se presentan al Registro mandatos judiciales que no pueden inscribirse en razón de existir obstáculos registrales. Y, donde el Juez, no obstante el impedimento, coercitivamente ordena al Registrador que proceda a la inscripción respectiva.

Es verdad que algunas veces las normas jurídicas necesitan previa interpretación de los operadores jurídicos para su respectiva aplicación. La discrepancia en tales interpretaciones no es nueva ni extraña. Cuando las divergencias no atañen aspectos de fondo, no afectan al sistema jurídico, o simplemente no existen, suelen resolverse con una simple aclaración o información complementaria.

Sin embargo, no son escasas las oportunidades en que los Registradores nos encontramos frente a mandatos judiciales que violan abiertamente normas y principios de nuestro sistema jurídico en general. Y, los Jueces no sólo ordenan que procedamos a su inscripción. Sino, nos requieren hacerlo bajo responsabilidad, lo que en buena cuenta significa bajo apercibimiento de ser denunciados por desacato y resistencia a la autoridad.

Este hecho nos obliga a reflexionar: ¿Cuál debe ser el comportamiento del Registrador frente aquéllos mandatos o apremios judiciales indebidos? La inquietud es mayor si se tiene en cuenta que el interés del Registrador es proteger a terceros registrales, adecuar el mandato judicial a los antecedentes registrales y, en general, preservar la pulcritud del Registro; actuando bajo una perspectiva erga omnes, mas allá del ámbito inter partes dentro del cual el Juez ha dictado el mandato.

Nuestra reflexión se inquieta aún más cuando el Art. 2011 del Código Civil Peruano señala que la calificación de la legalidad de los documentos "... no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de partes que contengan una resolución judicial que ordene la inscripción". Y, nada dice respecto de las resoluciones judiciales que por alguna razón plenamente justificada no pueden inscribirse; pero que el Juez ordena se haga bajo apercibimiento. Y se deja al Registrador en estado de indefensión frente a tales requerimientos.

Siendo que estos mandatos indebidos no son pocos, que corresponde al Registro proveer y garantizar la seguridad jurídica a quienes tienen inscritos sus derechos y a quienes se proyectan y actúan bajo la fe pública registral; vía ponencia, queremos alcanzar una propuesta.

La ponencia, dentro del estado de cosas en que se encuentra la normatividad registral peruana, pretende trazar algunas pinceladas al tema. Teniendo como referencia la legislación comparada, fundamentalmente la española, arribamos a un planteamiento. El resultado final seguramente no será nuevo.

Se desarrolla sobre rutas ya recorridas por la legislación comparada. Pero la formulamos desde la perspectiva y a los fines del sistema jurídico registral peruano. Y, es que como dice Aida Rosa Kemelmajer, citando a Milan Kundera, "Gente hay mucha, ideas hay pocas; todos pensamos aproximadamente lo mismo y las ideas nos las traspasamos, las pedimos prestadas, las robamos" (1).

Aclaramos que dejamos de lado los casos en que con razón y justicia los Srs. Jueces requieren con energía una inscripción. Requerimiento efectuado muchas veces a propósito de una indebida negativa del Registrador. Veamos.

Centro de Estudios Hipotecarios

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

La conducta del legislador, de la administración, del Juez y, en general, de todo funcionario público, ha de sujetarse siempre a las normas jurídicas vigentes, debiendo ser la aplicación razonada del derecho vigente (2).

Esta conducta constituye y representa el principio de legalidad. Tal principio garantiza que las decisiones de los funcionarios no sean producto del libre antojo de los mismos. Sino, de las normas jurídicas que se encuentran por encima de aquéllos (3).

La doctrina dominante señala que el principio de legalidad impone la necesidad de que los documentos que pretendan su inscripción en el registro reúnan los requisitos exigidos por las leyes para el efecto. Para el logro de éste fin, será necesario someter a tales documentos a un previo examen, verificación o calificación.

Puede advertirse, pues, que la calificación registral es el medio a través del cual se hace efectivo el principio de legalidad. Se determina la legalidad del documento presentado al registro (adecuación del mismo a la normatividad vigente), examinándolo previamente (calificación).

2.2. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Kemelmajer (4) dice que calificar es, en general, formular un juicio respecto de la calidad o valor de algo. En el derecho registral, continúa, la calificación (que denomina también verificación o

examen) implica un juicio de crítica jurídica, una tarea de control que opera a manera de tamiz, impidiendo el acceso al registro de aquellos títulos a cuya publicidad la ley opone algún obstáculo.

Citando a Peña Bernaldo de Quirós, indica Manzano Solano (5) que calificar es decidir si el hecho del cual se solicita el asiento llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable; es decir, es determinar si, conforme a ley, procede o no practicar el asiento solicitado. La calificación, agrega, es pues, como explica Roca Sastre, un trámite depurador de la titulación presentada a registro: el examen, censura, o comprobación que de la legalidad de los título presentados a registro verifica el Registrador de la Propiedad.

Pau Pedrón (6) señala que la existencia de un control de legalidad o calificación es un rasgo propio de los Registros de seguridad jurídica... El control de legalidad deriva de la finalidad misma de la publicidad, de manera que no cabe publicidad sin control de legalidad. Si la publicidad tiene por objeto dar certidumbre a las relaciones jurídicas, ha de ofrecer datos contrastados, veraces, de los contrario, ni puede ofrecer confianza ni la merecerá.

Recogiendo las opiniones existentes, Kemelmajer (7) concluye diciendo que la calificación ha sido definida como aquélla decisión jurídica, solemne, dada por el encargado del registro mediante la que se declara que el acto o negocio jurídico objeto de ella reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral. Citando a Chico y Ortiz agrega, se trata de un juicio de valor no para declarar un derecho dudoso o controvertido, sino para incorporar o no al registro una nueva situación; iniciado el procedimiento, el registrador realiza un juicio lógico de análisis fáctico y subsunción jurídica que desemboca en una resolución.

El Registrador no elabora los documentos inscribibles. Estos llegan fraccionados y autorizados por los Notarios, Jueces, Autoridades Administrativas, etc. Todos ellos, es verdad, han realizado también una calificación de los mismos. De otro modo, no los habrían suscrito.

Sin embargo, dice García García que la diferencia radica en que mientras el Notario o Juez practica la calificación en relación directa con el derecho que motiva la instrumentación del negocio (o la decisión), en relación entre las partes; el registrador recibe el documento ya elaborado y, en consecuencia, practica su calificación en mérito a lo que de él fluye y en atención a los efectos del acto respecto de terceros.

Los Notarios y Jueces, califican y autorizan el documento dentro de un espacio reducido, esto es, el ámbito de quienes lo otorgan o promueven. El Registrador, por el contrario, tiene la obligación de calificar el documento dentro de un campo más amplio. Esto es, teniendo en cuenta la incidencia del documento respecto de los terceros no intervinientes a quienes se dará publicidad de la inscripción y, además, a quienes se opondrá lo inscrito.

2.3. PERSPECTIVAS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Manzano Solano (8) precisa que la calificación registral, en sentido amplio, alcanza no sólo el examen de los títulos presentados, sino también a su conexión con contenido del Registro, en el que habrán de quedar integrados los derechos contenidos en los mismos. No es que el Registrador califique el contenido del Registro —que ya está calificado y bajo la salvaguardia de los tribunales, sino que lo pone en relación con el contenido de los títulos, de tal modo que el efecto de la calificación del mismo título, puede ser distinto ante un contenido registral diferente.

Presentado un título al Registro, se califica a los fines de la legalidad dos cosas:

a) El propio documento.

b) Lo que resulta de los antecedentes registrales del mismo.

La calificación en éste sentido ha de ser integral. No es suficiente calificar el documento. Es necesario, además remitirse a lo que resulta del propio registro.

No se trata únicamente de verificar la existencia de conexión entre los asientos registrales (tracto sucesivo). Se trata de establecer la compatibilidad del título respecto con todo lo que aparece inscrito

en el registro y que pueda incidir directamente en la validez o eficacia del título. No bastará cotejar el título con los antecedentes que aparezcan de su partida registral. Será necesario examinar los demás registros a los fines de determinar, de ser el caso, los poderes y facultades con que proceden los otorgantes, o posibles restricciones de la capacidad de los mismos.

Así pues, el control de la legalidad o calificación se desarrolla en una doble dirección: el documento que accede al Registro y la coherencia del documento con los antecedentes registrales (9).

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN SISTEMA REGISTRAL PERUANO.

3.1. NORMATIVIDAD EXISTENTE.

El principio de legalidad y la calificación registral están normados en el sistema jurídico peruano en los Arts. 2011 del Código Civil (C.C.); Art. IV, Art. 150 y 151 del Reglamento General de los Registros Públicos (R.G.R.P.). Veamos:

Art. 2011 del C.C.: "Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

Los dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro".

Art. IV, Título Preliminar, R.G.R.P.: "Solamente se extenderá una Inscripción cuando a juicio y bajo responsabilidad del funcionario que la ordene, el título respectivo se adecúe a los precedentes que obran en el Registro y a las normas jurídicas que rigen para el acto o contrato respectivos".

Art. 150, R.G.R.P.: "Toda inscripción se efectuará previa calificación de su legalidad".

Art. 151, R.G.R.P.: "La calificación registral se hará teniendo en consideración los asientos preexistentes que pudieran haberse extendido, la competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentique el título, la capacidad de los otorgantes, la observancia de las formas legales y la licitud del acto, pero ateniéndose únicamente al contenido externo del documento, tal como lo prescribe el Art. 1044 del Código Civil".

Conforme a la doctrina ya referida, puede advertirse que para nosotros la CALIFICACIÓN que hacen los Registradores efectivamente es el modo cómo se plasma el PRINCIPIO DE LEGALIDAD. No otra cosa se quiere decir cuando se indica que "Los registradores **califican** la **legalidad** de los documentos...".

3.2. ELEMENTOS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Nuestro sistema registral establece que el registrador califica:

a) La legalidad de los documentos:

La determinación de la legalidad del documento presentado se hace, como ya se ha dicho, en una doble perspectiva.

De un lado, debe examinarse directamente los documentos presentados. Y, sólo los presentados. No otra cosa se quiere decir cuando el Art. 2011 del C.C. dice que se califica la legalidad de los

documentos "por lo que resulta de ellos". No es permitido al Registrador requerir la presentación de otros documentos para calificar la legalidad.

De otro lado, los documentos presentados deben examinarse contrastándolos con lo que resulta de sus antecedentes y de los asientos de los Registros Públicos.

Dice Roca Sastre (10) que "salvo el derecho aplicable, no existen para el registrador sino estos dos elementos y ninguno más".

A nuestro juicio calificar la legalidad es una operación de gran envergadura. No se reduce a examinar los aspectos formales del documento (por ejemplo: Si se ha cumplido o no con las exigencias establecidas por el Derecho Notarial para el otorgamiento de la Escritura Pública). O, contrastar mecánicamente el documento con lo que resulta del registro.

En realidad, al calificar la legalidad no se hace otra cosa que compulsar el documento con todo el ordenamiento jurídico vigente, por lo que resulta del mismo y lo que aparece del registro. Se trata de verificar en su integridad la pulcritud jurídica del documento, incluido la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, aspectos que el Art. 2011 del C.C. trata como si con ellos se vendrá a calificar aspectos distinto a la legalidad. Siendo evidente que al calificar la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, igual se califica la legalidad del documento. Lo propio ocurre con el Art. 151 del R.G.R.P. que establece la necesidad de calificar la competencia y facultades del funcionario que la autoriza o autentica, la capacidad de los otorgantes, la observancia de las formas legales y la licitud del acto. En todos estos supuestos normativos, también se califica la legalidad del documento.

A modo de resumen y siendo evidente que no agotamos todos los supuestos, podemos afirmar que la calificación de la legalidad de los documentos significa examinar (11):

—La competencia del funcionario (Notario) que lo autoriza.

—El cumplimiento de las formalidades del documento.

—La capacidad de goce y ejercicio de los otorgantes.

—La facultad de disposición en los casos de mandato y representación de los otorgantes.

—La validez y eficacia del acto.

—El tracto sucesivo.

—El cumplimiento de las exigencias requeridas por la normatividad registral a los fines de la inscripción.

—La trascendencia del acto o derecho que se inscribe, esto es, si es inscribible o no.

—La ausencia de restricciones o prohibiciones de disponer u otros obstáculos que resulten del registro.

—Las inscripciones definitivas que corran en la misma partida registral (Art. 2013 del C.C.).

—Las anotaciones preventivas que no hubiesen caducado (Art. 92 del Reglamento de Inscripciones).

—El Registro personal a los fines de verificar la ausencia de restricciones en el ejercicio de los derechos civiles de los otorgantes (Art. 2030 del C.C.).

—La partida registral respectiva a los fines de verificar si existe o no título pendiente de inscripción en la misma partida registral y con cuya inscripción resulte siendo incompatible el nuevo título; pues, conforme al Art. 149 del Reglamento General de los Registros Públicos, "Encontrándose vigente el asiento de presentación, no podrá inscribirse ningún título referente a la misma partida o asunto".

La necesidad de extender la calificación al documento y a lo que resulta del registro, se encuentra normado en nuestro Código Civil en cuanto establece que: "Los registradores califican la legalidad de los **documentos** en cuya virtud se solicita la inscripción..., por lo que **resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos**" (Art. 2011).

También se encuentra normado en el Reglamento General de los Registros Públicos en cuanto dice que se extenderá una inscripción cuando... "el título respectivo **se adecúe a los precedentes** que

obran en el registro..." (Art. IV, T.P.). Y, que la calificación se efectuará "teniendo en cuenta los asientos preexistentes que pudieran haberse extendido..." (Art. 151).

b) La capacidad de los otorgantes:

La calificación de la capacidad de los otorgantes no sólo ha de estar referida a verificar la capacidad de goce y el ejercicio de los otorgantes y la existencia de las facultades para disponer o gravar en el caso del mandato o representación, sino a verificar la ausencia de limitaciones que restrinjan el ejercicio de los derechos civiles de los otorgantes (interdicciones, declaración de desaparición, inhabilitaciones, etc.).

Asimismo, se busca determinar la ausencia de impedimentos en razón del estado civil (si es casado, soltero, casado con régimen de sociedad de gananciales), y la nacionalidad de los otorgantes (si es extranjero no puede adquirir un inmueble que se encuentra dentro de los 50 km. de la línea de frontera).

c) La Validez del acto:

Calificar la validez del acto no es otra cosa que determinar si el documento adolece o no de causales que determinen su nulidad o anulabilidad, pues, al registro sólo deben incorporarse los actos desprovistos de causales que puedan invalidarlo.

A tal fin, será necesario verificar si el acto reúne o no los requisitos necesarios para la validez de todo acto jurídico y, además, si cumple o no con los requisitos exigidos para el mismo según la naturaleza del acto (o negocio) que se trate.

d) La competencia y facultades del funcionario que autoriza el documento:

El Art. 151 del R.G.R.P., norma anterior a la vigencia del Código Civil Peruano, expresamente indica algunos aspectos que debe abarcar la calificación registral. Particularmente, no quisiéramos ignorarlos, pues, apuntan a que la actuación del Registrador sea integral.

Así, taxativamente indica que la calificación registral se extiende a la verificación de la competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentica el título.

Dentro de este orden de ideas, la calificación debe dirigirse a examinar la actuación funcional del funcionario público que ha intervenido en su otorgamiento, a los fines de establecer su adecuación a la normatividad que lo rige. La ley ha determinado las atribuciones funcionales de los Srs. Notarios y Jueces de Paz, por ejemplo. Y, el Registrador deberá determinar si en el documento presentado, estos han actuado con sujección a la misma.

e) La observancia de las formas legales y la licitud del acto:

El Art. 151 del R.G.R.P. también indica que el Registrador califica las formas legales y la licitud del acto.

Lo primero se refiere a la comprobación en el documento de todas y cada una de las exigencias impuestas por la norma respectiva. Ley del Notariado, por ejemplo, establece las partes que ha de integrar la Escritura Pública. Y, el Registrador debe examinar si el documento reúne los mismos.

La norma acotada anteriormente también refiere que la calificación ha de extenderse a la verificación de la licitud del acto. Podrá advertirse, sin embargo, que el Art. 2011 del C.C. la comprende, pues, dice lo mismo cuando afirma que ha de calificarse la validez del acto en razón de que un acto ilícito, es un acto inválido. En consecuencia, no puede ingresarse al registro.

4. CALIFICACIÓN DE MANDATOS JUDICIALES.

La inscripción de un documento en el registro es un fin a cuyo objeto se avocan diversos funcionarios. De un lado, están los Notarios, Autoridades Administrativas, o Jueces, a quienes corresponde "elaborar" los documentos en función a los intereses de quienes a ellos acuden. Y, de otro lado, se encuentran los Registradores, a quienes corresponde la ingrata tarea de "examinar" lo hecho por aquéllos, y, finalmente autorizar con su firma la incorporación del documento al registro.

Siendo que unos y otros finalmente deben sujetarse a las normas jurídicas, que las normas jurídicas generalmente requieren ser interpretadas, que los primeros persiguen que el documento se inscriba, pues, éste es el interés de quienes a ellos han acudido: y, que los segundos buscan que el documento reúna las exigencias de ley; no es extraño que ocurran roces y desavenencias entre ambos.

Ya hemos precisado el espectro dentro del cual se desenvuelve el Registrador al momento de calificar la legalidad de un documento. El Registrador debe procurar conducirse con la mayor circunspección en éste ámbito. No invadir el terreno de lo fútil o irrelevante, ni ignorar o soslayar lo grotesco. La mejor conducta que ha de observar el Registrador, será siempre la señalada por la norma jurídica debidamente interpretada y correctamente aplicada.

4.1. RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El ámbito del Registrador se reduce ostensiblemente cuando se trata de la calificación de mandatos judiciales. Veamos de qué modo:

Art. 2011, segundo párrafo, Código Civil: "... *Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjuicio de la prioridad del ingreso al Registro*".

Adviértase que se restringe notoriamente la función calificadora de los Registradores cuando ha llegado al registro una resolución judicial que ordena una inscripción.

A partir de una interpretación extensiva podría afirmarse que se ha venido ha establecer que el Registrador no califica la legalidad del documento presentado, no califica la capacidad de los otorgantes, tampoco califica la validez del acto.

No cabe discutir ni precisar la naturaleza del Poder Judicial como un poder de los Estados modernos. A este poder le corresponde la potestad de administrar justicia, conforme lo dispuesto por el Art. 138 de la Constitución Política. Y, todos, incluido los funcionarios públicos (comprendidos los Registradores) deben obediencia a sus mandatos. Bien se ha establecido que:

Art. 4, Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.): "*Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal, o administrativa que la ley señala.*

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, civil, penal o administrativa que la ley determina en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia".

Ha de asumirse que el Juez, autoridad instituida para administrar justicia, debe tener a su disposición todo lo necesario para que sus mandatos se cumplan. Y, si el registro puede servirle a los propósitos de impartir justicia, éste ha de estar a su disposición. El Registrador no ha de colocar obstáculos a tal misión.

No obstante, tampoco ha de caerse en el extremo de que el Registrador ha de comportarse como mudo espectador del mandato judicial que se le ha encomendado incorporar al registro. El Registrador debe cumplir el mandato; pero, sin que ello importe actuar con sumisión.

Al Registrador le está prohibido calificar el mandato judicial; pero, no le esta vedado examinarlo. Y, pronunciarse si así fuere necesario.

4.2. ASPECTOS QUE DEBE COMPRENDER EL EXAMEN REGISTRAL DE LOS MANDATOS JUDICIALES.

Citando a Jerónimo Gonzales, dice Manzano Solano (12) que la calificación de los documentos judiciales parece difícil de admitir, pues podría pensarse que la resolución del Registrador suspendiendo o denegando el asiento, raya en desobediencia, al negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias dictadas por el Juez dentro de los límites de su competencia; o se acerca al delito de denegación de auxilio, por no prestar la debida cooperación a la administración de justicia.

Siendo que el límite superior de la actuación del Juez, así como la del Registrador, es la ley, afirmamos que bien puede el Registrador cuando menos EXAMINAR el mandato judicial. Y, cuando corresponda, acusar las limitaciones del mismo.

Precisamente, el Art. 2011 del C.C. prevé la posibilidad del Registrador de requerir al Juez ACLARACIONES o INFORMACIÓN complementaria a propósito de un mandato judicial que así lo requiera.

A partir del Art. 4 de la L.O.P.J. y del segundo párrafo del Art. 2011 del C.C., podemos precisar los aspectos que el Registrador debe examinar cuando tiene ante sí un mandato judicial que se ha requerido sea inscrito. A nuestro juicio, estos han de ser:

Centro de Estudios Hipotecarios BIBLIOTECA VALENCIA

a) Competencia del Juez:

El Art. 4 de la L.O.P.J. establece la obligatoriedad de acatar mandatos judiciales que provengan de autoridad judicial COMPETENTE. Dicho de otro modo, no se debe obediencia a Juez que actúe fuera de las reglas que determinan su avocamiento jurisdiccional.

Naturalmente, el Registrador deberá examinar si el Juez que lo requiere tiene o no competencia para autorizar el mandato judicial cuya inscripción se pretende.

A tal fin, deberá tener en cuenta las reglas estatuidas por el Derecho Procesal para determinar la competencia; pero, sólo aquéllas establecidas en atención al interés público. No ha de tener en cuenta la competencia establecida en interés privado de las partes, las que desde luego son prorrogables.

No se deberá obediencia, por ejemplo, al mandàto judicial que provenga de un Juzgado inferior respecto de un materia cuyo conocimiento corresponda a un Juez de mayor jerarquía.

El examen no sólo habrá de limitarse a la competencia. También puede extenderse a la propia jurisdicción, como sería el caso en que se sustrae el ámbito jurisdiccional determinada materia y, no obstante ello, un Juez se avoca a su conocimiento.

El Art. 151 R.G.R.P. también consagra esta necesidad, pues, indica que el Registrador ha de verificar la competencia y facultades del funcionario que autoriza o autentica el título.

b) Congruencia del mandato con el procedimiento:

No se trata de examinar la congruencia interna del mandato, como por ejemplo, si existe correspondencia entre lo peticionado por las partes y lo resuelto por el Juez, pues se vendría a calificar de éste modo el contenido mismo de la sentencia.

Lo que ha de examinarse es la congruencia del mandato con el proceso donde se ha dictado. Así, por ejemplo, no puede inscribirse la sentencia de reivindicación dictada dentro de un proceso de cobro de obligación de dar suma de dinero. O, la sentencia que declara el derecho de propiedad, dictada dentro de un proceso penal.

Es verdad que no existe entre nosotros una disposición que establezca que el Registrador examine la congruencia del mandato, como si ocurre en la legislación española, donde el Art. 100 del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria (R.P.E. de la L.H.), entre otros, dice que debe calificarse la CONGRUENCIA del mandato. Sin embargo, a través de una interpretación extensiva del Art. 4 de nuestra L.O.P.J., podría afirmarse que existen una desnaturalización de la competencia del Juez, cuando éste dicte una sentencia afectada de incongruencia.

c) Formalidades del mandato:

Debe examinarse las formalidades del mandato judicial llegado al registro. Las normas procesales han establecido detalladamente los requisitos de los actos procesales del Juez, precisando su contenido, modo de suscripción, y forma que han de revestir para hacerse saber a los funcionarios públicos para su ejecución.

Estos requisitos, en cuanto persiguen garantizar la autenticidad del documento, deben ser cumplidos. Y, siendo que el registro preserva la seguridad jurídica, debe requerirse su cumplimiento.

El Art. 100 del R.P.E. de la L.H. española expresamente recoge esta necesidad cuando afirma que ha de calificarse el cumplimiento de las FORMALIDADES EXTRINSECAS del mandato.

Nosotros podemos amparar el requerimiento respectivo en nuestro propio Código de Procedimientos Civiles (C.P.C.), Arts. 119 y siguientes, en cuanto prescribe las reglas que deben observar los ACTOS DEL JUEZ (forma de los actos procesales), cuyo cumplimiento es imperativo.

d) Firmeza del mandato:

Todo sistema jurídico se afirma sobre la existencia de la pluralidad de instancias. Siendo así, para que el mandato sea exigible en cuanto a su ejecución, debe encontrarse firme. Al registro sólo se incorporan fallos inamovibles.

Naturalmente, deben excluirse los casos en que no es necesario que el mandato quede firme para su ejecución. Tales son los casos de las medidas cautelares que por su carácter extraordinario y en razón de existir peligro en la demora, no requieren haber quedado consentidas o ejecutoriadas para su inscripción.

Asímismo, deben soslayarse los casos en que se desprenda claramente que contra el mandato judicial que se pretende sea inscrito, no procederá recurso alguno. La necesidad de esta exigencia resulta del Art. 139, inciso 6, de la Constitución Política del Estado en cuanto consagra la existencia mínima de la DOBLE INSTANCIA.

e) Existencia de obstáculos registrales:

Ha de estimarse que el Juez tiene como parámetro superior, la ley. Tanto el Juez, como el Registrador; a ella se deben. Y, lo resuelto por aquél debe adecuarse a la misma.

No obstante que existe la presunción de conocimiento respecto de las inscripciones, puede ocurrir que el Juez no conozca el estado del registro. Y, en él existen inscripciones que impiden que el mandato se incorpore al mismo.

Algunas veces no existe tracto sucesivo, sea por que el titular registral no ha sido emplazado con la demanda o por que la titularidad ha variado durante el séquito del proceso. Otras veces, no existe antecedente registral donde inscribir el mandato. Otra más, existe inexactitud o discrepancia de los datos contenidos en el mandato, con los que fluyen del registro.

En el R.P.E. de la L.H. regula en el derecho español este aspecto, pues, dice que el Registrador ha de comprobar la inexistencia de OBSTACULOS que surjan del registro.

No hay norma de igual naturaleza entre nosotros, seria imprescindible que exista. Sin embargo, no se puede permanecer impasible frente a estos impedimentos. Y, en tales circunstancias se debe hacer saber al Juez tal hecho y requerirse la respectiva aclaración.

f) Ambigüedad en el mandato:

El mandato judicial debe ser claro. No dejar dudas sobre su sentido. El Registrador debe tener conocimiento exacto sobre la naturaleza y alcances de lo ordenado por el Juez.

Precisamente esta exigencia se impone para dar cumplimiento al mandato en sus propios términos, como lo prescribe el Art. 4 de la L.O.P.J. Pues, no es dable al Registrador interpretar el mandato o sacar conclusiones propias.

Está permitido al Registrador solicitar las aclaraciones conducentes del mandato, pues, éste ha de saber la identidad del emplazado obligado, la ubicación de los inmuebles afectados, el monto o alcances del gravamen. etc.

Esta necesidad se hace más urgente cuando se tenga un mandato contradictorio en su parte resolutiva.

4.3. EL REQUERIMIENTO INDEBIDO (UNA PROPUESTA).

Si el Juez y el Registrador se desenvuelven dentro del ámbito de lo que las leyes prescriben, no ha de existir fricción entre ellos. El Juez ordenará la inscripción de sus mandatos, el Registrador procederá a ejecutarlos. El Registrador requerirá al Juez una aclaración, el Juez pronto lo absolverá y aquél procederá a la inscripción.

Nuestro sistema jurídico únicamente permite al Registrador solicitar al Juez las ACLARACIONES o INFORMES necesarias. Con éllas, éste debe proceder a la inscripción. Si el Registrador se rehúsa inscribir un mandato judicial sin justificación válida, el Juez tiene a su disposición todos los apercibimientos para compelerlo. Y, así lo hace y lo hará.

Sin embargo, no son pocas las oportunidades en que el Juez suele requerir una inscripción abiertamente indebida. Y, requiere al Registrador para que lo haga. Frente a tal requerimiento, ¿cuál ha de ser la conducta del Registrador?

Muchos Registradores acatan la orden bajo el precepto de que se trata de un mandato judicial al que hay que dar cumplimiento conforme lo dispuesto por el Art. 2011, segundo párrafo, del Código Civil; y Art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con esto no hacen otra cosa que deslegitimar al Sistema Registral Peruano.

Esta postura la más de las veces se justifica en la situación de indefensión en que se encuentra el Registrador.

Y es que, para tales casos, las leyes le han permitido únicamente solicitar al Juez aclaraciones o informes complementarios. No se han puesto en el supuesto de que las aclaraciones sean insuficientes, o que el mandato sea abiertamente ilegal, o se imponga un mandato no obstante existir obstáculos registrales.

Es poco lo que el Registrador pueda hacer para preservar la integridad del registro y pulcritud del mandato, a partir de lo dispuesto en el Art. 4 de la L.O.P.J. Bien se dice que no se debe obediencia a Juez INCOMPETENTE. Sin embargo, no son aislados los casos en que un Juez COMPETENTE requiere una inscripción indebida.

Precisamente, es necesario retomar el Art. 2011 del C.C. en la parte que permite al Registrador solicitar al Juez aclaraciones o informes.

Teniendo como fuente la Ley Hipotecaria española y su respectivo Reglamento, a modo de propuesta estimamos que se hace necesario establecer una reforma al Art. 2011 del nuestro C.C., donde expresamente se establezca que:

a) El Registrador debe examinar competencia del Juez o Sala que emite el mandato.

b) El Registrador debe examinar la congruencia del mandato con el proceso que se emitió.

c) El Registrador debe examinar el cumplimiento de las formalidades externas del documento que contiene el mandato.

d) El Registrador debe examinar la firmeza y claridad del mandato.

e) El Registrador debe examinar los obstáculos registrales que surjan del Registro.

f) Si del examen de los aspectos anteriormente referidos resulta que el mandato judicial no es inscribible, el Registrador deberá solicitar la correspondiente ACLARACIÓN al Juez o Sala respectiva, quien dentro de la vigencia del asiento de presentación, expresamente y con claridad, deberá absolver y requerir su ejecución.

g) El Registrador deberá proceder a la inscripción con lo expuesto por el Juez o Sala. Sin embargo, de estimar que con la aclaración no procede la inscripción del mandato, podrá recurrir en CONSULTA al Tribunal Registral que corresponda. El Tribunal Registral podrá hacer suya la aclaración del Juez o Sala, disponiendo que el Registrador proceda a su ejecución. O, podrá hacer suya la consulta del Registrador. En tal caso, dispondrá que se proceda a la inscripción del mandato judicial en calidad de ANOTACIÓN PREVENTIVA y, además, recurrirá en QUEJA ante el Órgano con Control Interno del Distrito Judicial respectivo.

Una reforma de esta naturaleza, estimamos ayudaría en gran forma al Sistema Registral Peruano. Podría a buen recaudo a los Registradores y propio registro, respecto de los no muy pocos mandato judiciales indebidos. La propuesta, seguramente podrá ser mejorada. Pero no tenemos duda de su necesidad.

Tacna, 1998 enero 19.

NOTAS:

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: "Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Registrales", J. San José S.A., Madrid, 1996, pág. 30.
(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: Idem., pág. 33.
(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: Idem., pág. 34.
(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: Idem., Cit., pág. 36.
(5) MANZANO SOLANO, Antonio: "Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso universitario", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Registrales", J. San José S.A., Madrid, 1994, Volúmen II. Pág. 570.
(6) PAU PEDRÓN, Antonio: "Curso de Práctica Registral", Publicaciones de la Universidad de Comillas Madrid, 1995, pág. 23.
(7) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa: Op. Cit., pág. 37.
(8) MANZANO SOLANO, Antonio: Op. Cit., pág. 570
(9) PAU PEDRÓN, Antonio: Op. Cit., pág. 23.
(10) ROCA SASTRE, Ramón: "Derecho Hipotecario", 6ta. Edición, Editorial Boch, Barcelona, 1968, Tomo II, pág. 262.
(11) MANZANO SOLANO, Antonio: Op. Cit., pág. 577.
(12) MANZANO SOLANO, Antonio: Op. Cit., pág. 581.

¿PERO NO COMPRENDES, JORDI, QUE NO PUEDO DARTE MÁS?
YO SÍ... PERO ELLA NO
CORRAL

Siento al recordar la época en que desarrollé mi investigación no sólo un escalofrío, sino algo más. Los hechos que acontecieron no pudieron dejarme indiferente, más por la envergadura de las consecuencias que producirían, que por los efectos que perturbaron mi ánimo y que me hicieron reflexionar sobre la débil distancia que separa el bien del mal.

Quiero pensar que fue fruto del azar más que del destino el tener que sumergirme en todos aquellos legajos, archivos y libros que, reposando silenciosos en las vitrinas, parecían que me estaban esperando para que revelara el secreto que cobijaban sus líneas. Un secreto mantenido oculto durante varios años y que pudo aclararse para lavar el nombre de un inocente que fue considerado culpable, por los avatares de la vida, sin serlo. Una tragedia labrada por una mente perturbada que logró, a pesar de todo, salir indemne. No obstante, pese a que el mal era ya irreparable, quiero pensar que el alma del inocente podrá, por fin, descansar en paz.

En la época cronológica en que se desarrollaron los inquietantes hechos, con apenas treinta años cumplidos, yo era un investigador ávido de conocimientos que se disponía a penetrar en las fuentes del saber, sin pensar que me iba a encontrar en una situación que, en cierto sentido, cambió mi vida.

Mi deseo de iniciar la investigación en esa ciudad, que por razones evidentes voy a omitir su nombre, fue aplaudido por mis Maestros al ser una de las sedes más importantes y que contaba con una de las mejores bibliotecas especializadas en la materia. Fue posible mi estancia gracias a la concesión de una Beca que me permitiría residir durante tres meses. Pero, era sólo eso: una estancia trimestral. Luego volvería a mi residencia, eso sí, con un gran bagaje documental; sin embargo, fue una experiencia inolvidable. La proximidad de mi partida me hacía reflexionar sobre la gran oportunidad que aquella posibilidad representaba: la estancia en un lugar privilegiado, el conocimiento de otra ciudad, el contacto con otros investigadores que me enriquecería profesional y personalmente.

A mi llegada, inmediatamente después de la hora del café, la ciudad sesteaba. El viento, frío y desapacible, insuflaba un ligero aire que le daba al ambiente un aspecto aletargado. En las calles no había más ruido que el goteo de la lluvia que se deslizaba, como pequeñas lágrimas, por todas las superficies infundiendo una visión desvaída de toda la perspectiva.

Mi primera visita obligada, después de llegar, era, sin duda, la extensa biblioteca antigua, situada en una zona privilegiada de la ciudad, dentro del casco antiguo, rodeada por las esbeltas torres de la catedral, como agujas, que dibujaban sus dulces líneas como un intento de señalar al cielo. El gran edificio en que se situaba la biblioteca invitaba al saber, a cruzar su umbral y poder saciar toda la curiosidad de la que era capaz de acumular todo el género humano. Cuando entré por primera vez, mi primera impresión fue que el tiempo parecía estar detenido en su interior. Nada de lo que allí se encontraba tenía un encaje con lo que se denominaría diseño actual; al contrario: las vidrieras plomadas, de múltiples colores; las vitrinas que llegaban hasta el techo, cubierto de enormes vigas; los sillones tapizados en terciopelo de seda carmesí; en las paredes, varios cuadros

de autorretratos, atribuían al lugar una solera de otros tiempos. Mi primera visita no me deparó ninguna sorpresa, pese a que el lugar ya se anunciaba inquietante, sólo era una primera toma de contacto con el lugar que iba a frecuentar a lo largo de tres meses para desarrollar mi investigación que tendría como finalidad la realización de un capítulo de la tesis que estaba realizando.

Al día siguiente y después de subir a la Sala donde se encontraba la base de datos, que se situaba en la zona moderna de la biblioteca, intenté iniciar de una manera ordenada mi proceso de recopilación. Sabía que tendría que acudir a las fuentes más antiguas, textos de nuestros antepasados que habían desplegado su saber en todos los tomos que me estaban esperando.

No era tarea fácil el acceso a los fondos más antiguos de la biblioteca por su gran valor histórico y económico, algunos de ellos era imposible consultarlos, como vulgarmente se dice: en vivo. Su consulta sólo era posible a través de microfichas, al tratarse de libros muy preciados y con el uso manual se podían deteriorar todavía más. Lo comprendí. Pero, no todos los libros estaban vetados a la consulta, por eso, me dispuse a bajar al sótano que era donde se encontraba los preciados textos, en espera de encontrar, en buen uso, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los ansiados Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las Ochenta y tres Leyes de Toro, el Comentario crítico-jurídico-literal a estas Leyes, realizado por Sancho Llamas y Molina, las Ordenanzas Reales de Castilla que fueron recopiladas y compuestas por Alonso Díaz de Montalvo que a la sazón las encontré glosadas por Diego Pérez, las Instituciones del Derecho Civil de Castilla de los doctores Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, entre otros muchos. Asímismo, se encontraban un gran número de libros especializados en derecho alemán, francés e italiano que me produjo una gran alegría y deseé empezar cuanto antes a impregnarme de su saber. El tiempo de consulta pasaba lentamente, deslizaba mis dedos entre las polvorientas hojas de los tomos, algunos antiquísimos, alternaba los incunables a los que trataba con especial esmero, anotaba mis avances en los folios, contrastaba los numerosos ejemplos y me iba introduciendo, un paso más, en la ardua tarea de la lectura y estudio de los numerosos datos que contenían. Apenas nada me distraía, los bibliotecarios iban y venían, bajaban y subían libros, devolvían las fichas en los lugares de consulta y, con sus batas blancas, infundían una sensación aséptica al lugar.

Estaba a punto de finalizar por ese día mi consulta cuando me dispuse a localizar un último libro. Al iniciar la consulta de un ejemplar de las Siete Partidas del Rey D. Alfonso El Sabio, glosadas por Gregorio López, del Consejo real de las Indias, en la reimpresión de la edición de Salamanca del año 1555, dentro del tomo que contenía la Partida Quinta, fechado en 1767, editado en la imprenta de Diego Lasalle y Guzmán, donde al iniciar la consulta de este libro se deslizó de entre su lomo, al estar cosido y no resistir más el paso del tiempo, un papel, arrugado y descolorido, con claras muestras de haber estado oculto a la luz del sol durante varios años. Se trataba de un manuscrito, en castellano antiguo y con unas grafías que eran propias de haber utilizado un plumín muy fino, al contar con numerosas letras floridas. Se encontraba sellado en la parte inferior, pero no se trataba de un sello de cera o metálico, cuya situación en el tiempo nos hubiera postrado en los siglos medievales. Se trataba de un sello de placa, por lo que se trataba de un documento que podría datar del siglo XVIII. Observé con detenimiento el sello que contenía una lámina de papel, en este caso tenía forma de círculo, consiguiéndose la adherencia al papel por medio de unas gotas de cera caliente. Sobre la superficie se apreciaba una imagen que había quedado grabada en su interior. Recordé que este tipo de sellos tenía como finalidad resaltar la autenticidad de los documentos que los contenían.

Lo más llamativo era la figura que representaba el sello, en un espacio de unos 70 mm. de diámetro, ocupaba todo el campo la imagen iconográfica de un ángel, de pie, con las manos situadas sobre el pecho, portando una túnica y un manto que caía sobre los pies, con un velo que le cubría la cabeza. Sobre la cabeza coronada por una aureola de varias estrellas, se situaban dos letras "R" y "T". Bajo los pies, se encontraban dos cabezas de león y dos libros abiertos sin contener ninguna leyenda.

Rodeaba al sello una inscripción "*Verba volant, scripta manent*", es decir: "Las palabras vuelan, lo escrito permanece". Rocé con la mano el sello y sin darme cuenta se quedó pegado en mi mano, pero en el espacio que había dejado el sello me encontré con que ocultaba el manuscrito un escudo de armas impreso en el papel. Mostraba un rombo con varias barras en losange timbradas con una corona ducal y a ambos lados las iniciales "R" y "T" también coronadas. A estos símbolos se añadían dos floretes y a ambos lados dos libros abiertos, dos asfódelos y una filacteria donde se leía la misma inscripción que portaba el sello.

El manuscrito contenía una carta que invitaba a realizar una serie de propuestas, traducido, más o menos, rezaba así:

<<El paso del tiempo no importa. Si encuentras esta carta, deberás cumplir sus indicaciones. No eres el primero que no las cumple, los anteriores que desobedecieron descansan bajo las piedras.

En primer lugar, las letras te indicarán. Acude a los maestros que hicieron uso de ellas.

En segundo lugar, mi sello te guiará. Sigue sus indicaciones, busca aquello que representa.

En tercer lugar, mi escudo de armas te ordenará. Busca la relación que pueda tener con el escudo de los Duques del Santo Espíritu.

La prueba es muy sutil, será utilizada en todos los tiempos porque en todos los tiempos el hombre se expresa a través de las letras.

Y recuerda, otros no están aquí. Piensa que un error del pasado tiene que ser saldado>>.

Después de leer aquello, no pude por menos que proferir un grito de angustia y me pregunté: por qué razón tenía que haber sido yo el elegido. Intenté mantener la calma ante la insólita situación y pensé en olvidarme del asunto. Sin embargo, no pude evitar consultar quién podía haber escrito aquello.

Me dirigí al bibliotecario en busca de ayuda. Le enseñé el manuscrito y el sello que se había desprendido del papel. Su mirada no demostró ningún interés por aquello y se limitó a responder: —Todo son papeles viejos que se encuentran por ahí, —sin darle demasiada importancia.

Continué mi investigación, pero no olvidando que tendría que averiguar algo sobre el autor de la carta al mantenerme sobre ascuas y hasta pensé en olvidarlo y deshacerme de él, pero no lo hice.

Pasaron los días y yo continuaba en la misma biblioteca sumergido con los comentaristas del Código Civil, trasladándome, por lo menos mentalmente, a otra época y avanzando gradualmente en mi investigación. Pero latía en mi interior el enigma del manuscrito, así que una vez que ese día hube terminado de consultar todos los tomos previstos, me dirigí, en primer lugar a localizar en qué lugar había estado situada la imprenta de Diego Lasalle y Guzmán, que era donde se había realizado la impresión del ejemplar de Las Partidas en que había encontrado el manuscrito. Claro está que la imprenta ya no existía, en su lugar estaba situada una iglesia que se había construido

inmediatamente después del incendio que había destruido la imprenta. La iglesia databa de 1770 y se encontraba en una estrecha callejuela del barrio antiguo de la ciudad. Intenté poder hablar con el párroco por si con su ayuda podía encontrar algún indicio en los archivos.

Me encontré con un venerable anciano, más bien reacio a recordar tiempos pasados. Le dije que estaba de paso por la ciudad, realizando mi investigación y que me encontraba en posesión de un enigma del pasado que, por mi bien, quería resolver. Me contestó que era cierto que antes había existido una antigua imprenta dedicada a la impresión de varias ediciones de Las Partidas, entre otras obras, y que de la familia que la regentaba sólo quedaba un miembro de la quinta generación, Pascual Lasalle. Me indicó, del mismo modo, que los antiguos libros de registro de la imprenta se encontraban muy deteriorados. Insistí en consultarlos y, aunque al principio el párroco dudaba, al final accedió. Me dispuse a localizar la fecha de 1767 y ver si había algún pedido que contuviera las iniciales "R" y "T". Tuve suerte, en noviembre de 1767 había sido encargado a Diego Lasalle que se realizara la impresión de Las Partidas, por cuenta del Duque del Real Tomelloso, de nombre Don Rodrigo Tomelloso. Ese dato me puso sobre la pista del autor del manuscrito. Salí de la iglesia y me dirigí a localizar a Pascual Lasalle, por si disponía de alguna información de quién había sido este Duque.

Había pasado un mes desde mi hallazgo del manuscrito y me encontraba delante de la puerta del domicilio donde me iba a entrevistar con el heredero de los fundadores de la imprenta. Se trataba de un hombre de mediana edad, muy amable, pero receloso. Me explicó que sus antepasados se habían iniciado en el arte de la encuadernación de obras legislativas, preferentemente, y que de todos los encargos que habían hecho disponía de una memoria que él guardaba por motivos sentimentales, alegó.

Le pregunté por el Duque y me contestó que no sabía nada de ese tipo, pero que podía obtener alguna información consultando la memoria. No perdía nada. En la memoria, se reflejaba, muy sutilmente, los pedidos y los encargos más relevantes que se habían realizado en la imprenta, así como algún breve comentario sobre las familias más relevantes que tenían como clientela. Entre ellas, se mencionaba a los Duques del Real Tomelloso, Rodrigo y Jimena Tomelloso, grandes estudiosos del Derecho y que contaban con una de las bibliotecas más cotizadas de la ciudad. Sin embargo, no pude obtener más información y mi próximo objetivo era localizar a algún descendiente de los Duques.

Pensé en retornar a la biblioteca y volver a indagar sobre la adquisición de los fondos, en especial, cómo había allí el ejemplar de Las Partidas, en cuyo seno se hallaba el manuscrito.

En los archivos de la biblioteca se encontraba el documento que recogía la donación efectuada por los Duques del Real Tomelloso, después de la muerte de ambos, de los fondos bibliográficos que disponían. Entre ellos, se encontraba el ejemplar depositario del manuscrito. Pero, pese todas las averiguaciones, algo no parecía encajar. Todo se situaba cronológicamente un siglo atrás y no disponía de toda la información que hubiera deseado.

Me quedaba un mes de estancia en la ciudad y pensé que en ese tiempo tenía que conseguir algo más, por lo menos la localización de algún enlace actual de los Duques.

Después de mucho esfuerzo, entré en contacto con un descendiente de uno de los criados de los Duques, pues éstos habían fallecido sin descendencia y a lo largo de los años la familia, por lo menos, en línea recta se había extinguido.

Antonio López, que así se llamaba el joven era un simpático estudiante de Derecho, conocedor de parte de la historia de los Duques, sobre todo destacaba por su afición a los textos antiguos y al arte de la encuadernación. Me contó que, por un conocimiento oral de la historia que le había sido revelado por sus abuelos y a éstos a su vez por los suyos, el Duque murió bajo la sospecha de haber envenenado a su esposa, pero que según contaban no era el verdadero asesino, sino que el verdadero causante de la muerte de Jimena no se conocía todavía.

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

Aquello me resultó revelador y recordé las palabras del manuscrito: "... un error del pasado tiene que ser saldado". El manuscrito buscaba la limpieza de sangre, la venganza de un error, y yo era el que debía realizarlo. Pero, ¿a quién?

Del mismo modo, Antonio, que era una fuente de sabiduría, me indicó que los Duques habían sido benefactores de una abadía y que probablemente, en algún lugar del crucero de la misma, estarían descansando sus cuerpos. Me sugirió visitarla y recabar alguna información, ofreciéndose a acompañarme. Nos despedimos y nos citamos al día siguiente para dirigirnos al indicado lugar.

Cuando despuntó el día, iniciamos nuestro camino hacía la abadía. Nos encontrábamos a finales de noviembre y durante la noche, que había sido bastante gélida, había nevado, pero con los primeros rayos luminosos estaba prácticamente licuada. El acceso a la sede era abrupto, pero no nos impresionó. Su conservación no era todo lo perfecta que imaginábamos, se asentaba sobre la cima de una montaña y presentaba el aspecto de estar abandonada, pero no fue así. Al llegar a la puerta de entrada, nos recibió un hermano perteneciente a la orden franciscana, que de forma muy cordial nos invitó a entrar.

Le pusimos en conocimiento de nuestras intenciones y preguntamos por la última morada de los Duques. Nos condujo hacía el crucero donde estaba situada la lápida triangular que indicaba el lugar exacto donde reposaban los restos. En la misma, pudimos observar que estaban cincelados los nombres de los Duques junto con su escudo de armas, con la misma leyenda encontraba en el manuscrito. Sin embargo, un detalle nos llamó la atención: en la misma lápida se encontraba otro escudo de armas. Antonio, gran conocedor de heráldica, me informó que el escudo que allí se encontraba pertenecía a la otra rama familiar de los Duques del Real Tomelloso, es decir, era el escudo de su hermano, Alonso del Santo Espíritu. En este escudo destacaba la figura de un halcón, con las alas extendidas y atravesado por una espada. A ambos costados del escudo, dos ramos de olivo. Era un escudo anepígrafo, o sea, sin inscripción o leyenda alguna.

La razón de estar los dos escudos en la misma lápida era por la proximidad familiar y por descansar en el mismo lugar los Duques del Real Tomelloso y los Duques del Santo Espítitu. Intenté volver a recordar todas las indicaciones del manuscrito y no podía encontrar ninguna relación entre los dos escudos de armas. En este punto me sentí rendido y desorientado. No habíamos encontrado ninguna pista que nos pudiera facilitar algún indicio sobre lo ocurrido. Nos despedimos del hermano franciscano y regresamos.

Me despedía de Antonio, agradeciéndole su ayuda y contando con sus consejos si necesitaba alguna información en materia de heráldica o cetrería. Acto seguido, me dispuse a seguir la segunda pista del manuscrito: quería localizar algún descendiente de los maestros grabadores que pudiera haber realizado algún grabado del sello de placa encontrado.

Localicé al más antiguo que había fundado la empresa en 1700. Allí, insólitamente conservados por los descendientes de Maraini, el fundador de la tienda donde se realizaban los grabados, se encontraban todas las planchas de grabación, entre ellas, las de los grabados de los dos Duques. Observando detenidamente ambos grabados, descubrí que tenían en común un elemento: en el grabado de los Duques del Real Tomelloso se situaban dos floretes y en el de los Duques del Santo Espíritu, el halcón estaba atravesado por una espada. Ahí estaba la clave, tendría alguna conexión con algún instrumento afilado, fuera de plata, oro o cualquier metal, pero era evidente que no se trataba ni de un florete ni de una espada, hubiera resultado demasiado fácil.

Volví a visitar a Antonio, este encuentro resultó decisivo en el desenlace del enigma. Le relaté todos mis avances en la investigación y le insté a que me procurase una información mucho más concreta. En este caso, quise saber la forma en la que se produjo la muerte de Jimena, la Duquesa.

Antonio, animado por mi inquietud, me contó que el Duque, poco después de la muerte de su esposa, hizo pintar un retrato en el que se recogía la forma en la que él se encontró a su mujer muerta y que, probablemente, se podía encontrar en los sótanos de la misma biblioteca en la que había encontrado el manuscrito, pues a la muerte del Duque, junto con los fondos bibliográficos, también fueron donados los fondos pictóricos; aunque éstos no se encontrarían expuestos.

En efecto, en los mismos sótanos en que se encontraban todos los fondos, semioculto entre varias cajas, se encontraba un cuadro de grandes dimensiones que representaba a la Duquesa. Vestía una blusa blanca, sin adornos, ricamente bordada con incrustaciones de cristal y una falda negra. Era poseedora de una belleza fría, inexpresiva y atormentada. Adornaba su cabeza con numerosas flores que se entremezclaban con el cabello rubio, cayendo por los hombros. Se encontraba en un escritorio y en una de las manos sostenía una carta; en la otra, un abrecartas de plata del que se deslizaba un fino hilo de sangre. A sus pies, se encontraban varias cuartillas que llevaban el membrete del Duque del Santo Espíritu, médico particular de la Duquesa, manchadas por varias gotas de la sangre que caía del abrecartas. Su gesto no era de dolor, sino de sorpresa resultado de haber leído el contenido de la carta que sostenía en su mano. Se suponía que en este estado había sido encontrada muerta la Duquesa. Y, según resultó de la investigación realizada, había sido envenenada, muriendo después de sufrir varios temblores, recayendo todas las sospechas sobre su marido, el Duque.

En este punto, mi desconcierto iba en aumento y los horizontes se iban ampliando. Me dispuse a averiguar alguna cosa sobre el médico Alonso del Santo Espíritu, Duque del mismo nombre y hermano del Duque del Real Tomelloso, esposo de la Duquesa asesinada. Volví a recurrir a Antonio y encontré la ayuda que necesitaba. Parecía que lo sabía todo, o por lo menos, encontraba las claves adecuadas. Había sido Alonso, según me informó Antonio, médico personal de la Duquesa y conocido directamente del criado de los Duques, antepasado directo de Antonio. Se distinguía por ser una persona de gran valía profesional, pero con una ambición desmedida por el patrimonio familiar. No mantenía buenas relaciones con su hermano, el Duque, pero a la Duquesa le profesaba una intensa amistad, aparentemente.

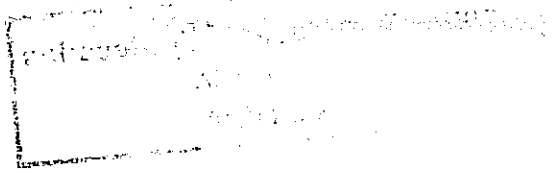
La Duquesa, pese a todo, no gozaba de buena salud. Era débil y apocada, aunque de una belleza deslumbrante. Poseía de una enorme fortuna acumulada por las sucesivas desgracias familiares y al contraer matrimonio con el Duque se convirtió en una de las fortunas más preciadas de la época. Una muerte prematura de los Duques, beneficiaría directamente al Duque del Santo Espíritu por carecer de descendientes directos los Duques del Real Tomelloso.

Pregunté a Antonio si tenía alguna noticia sobre el abrecartas y me contestó que lo guardaba como un recuerdo, al haber pertenecido a varias generaciones de su familia por haberle sido donado por el Duque. Me enseñó el abrecartas que era de plata y estaba guardado en un cofre forrado de terciopelo negro. Todavía se observaban algunas manchas sangrientas en la hoja junto con otras manchas de color blanco plata apenas perceptibles. Aconsejado por Antonio hice analizar el abrecartas y fue revelador el resultado: las manchas rojizas eran de sangre y las manchas plateadas eran de mercurio.

Este metal, líquido y de color blanco plata, de número atómico 80, conocido vulgarmente con el nombre de azogue, es utilizado en medicina, pero son tóxicas muchas de sus sales y si se absorbe produce el hidrargismo o temblor mercurial de los azogados. La Duquesa, antes de morir, había sufrido varios temblores producto, por lo visto, de la ingestión de mercurio que contenía el abrecartas. Pero, la pregunta era: ¿quién se lo suministró?

Coincidí con Antonio en que había que descartar al esposo de la Duquesa y volver a retomar el manuscrito en busca de una respuesta. La prueba sutil que mencionaba no era otra que el abrecartas y las demás pruebas: el sello y el escudo coincidían en que el posible autor del asesinato era el hermano del Duque. Pero, en este estado de cosas, faltaba una prueba que lo confirmara. Pensamos en volver a examinar el abrecartas y encontramos que su mango albergaba en su interior, al tratarse de un mango que poseía una pequeña pieza en su extremo que permitía abrirlo, un pequeño frasco de metal con las iniciales de Alonso del Santo Espíritu, con una cantidad considerable de mercurio, prueba irrefutable de la participación del médico en el proceso acelerado de la muerte de la Duquesa. Éste aprovechaba la situación delicada de la misma para impregnar el abrecartas de mercurio con la esperanza de que se pudiera cortar con la hoja. Su plan trazado era lento pero seguro, contaba con la enorme confianza y devoción que le profesaba la Duquesa lo que le permitía enviarle continuas epístolas indicándole todo tipo de consejos y pócimas para aliviar sus dolencias, con la perversa y malévola intención de posibilitar que usara con frecuencia el abrecartas.

Todo coincidía con las indicaciones del manuscrito: el sello, el escudo y las letras habían hablado, la prueba sutil utilizada por los hombres, en cualquier tiempo, era el abrecartas. El autor material del envenenamiento de la Duquesa había sido el hermano del Duque, aunque no pudo obtener el efecto deseado al no poder enriquecerse de los bienes que pretendía. Murió víctima de sus propios remordimientos, enfermando de locura. Aunque, durante todo el tiempo recayeron todas las sospechas sobre el marido de la Duquesa, el tiempo, el silencio y las propias letras consiguieron hablar declarando su inocencia.



Inés Fernández
Valencia, mayo 1998

Lunes literatura

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana