

Condena a la emisión de declaraciones de voluntad: Aspectos sustantivos y procesales

por

ANTONIO CHAVES RIVAS
Notario de Lleida

*A Virginia, mi esposa,
sin cuyo estímulo, ayuda y comprensión
esta obra no sería posible.*

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN.
- II. EL PRECONTRATO:
 - A) NATURALEZA JURÍDICA:
 - 1. *Tesis clásica.*
 - 2. *Opinión patrocinada por De Castro.*
 - 3. *Jurisprudencia.*
 - B) LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PROCESAL: NATURALEZA DE LA SENTENCIA:
 - 1. *Posición de Chiovenda.*
 - 2. *Opinión de Calamandrei.*
 - C) ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.
- III. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES ESTÁN PRE-DETERMINADOS:
 - A) RESOLUCIÓN JUDICIAL O ARBITRAL FIRME.
 - B) ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO.
 - C) PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 708 DE LA LEC.
 - D) TÍTULO FORMAL.

- E) ESPECIALIDAD CUANDO HAY ELEMENTOS NO ESENCIALES QUE NO ESTÁN DETERMINADOS.
- IV. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES NO ESTÁN DETERMINADOS.
- V. OTROS SUPUESTOS DE APLICACIÓN.
- VI. CONDENA A ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA.
- VII. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN (1)

Entre las novedades introducidas por la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL vigente (LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO) —en adelante LEC— destaca la regulación de la ejecución forzosa; precisamente, su propia exposición de motivos nos anuncia como la nueva ley, a diferencia de la anterior, *presenta una regulación unitaria, clara y completa de la ejecución forzosa y, dentro de ésta, hace mención especial de la necesidad de cambiar la regulación de la ejecución no dineraria en la que se estima preciso modificar una regulación claramente superada desde muy distintos puntos de vista* (2).

La primera pregunta que debe asaltar al lector es la relativa a qué aspecto (3) de la regulación de la ejecución forzosa nos puede influir tanto y tan directamente en el diario ejercicio notarial como para que un Notario, como yo, se atreva, eso sí con toda humildad, a descender al difícil albero del coso procesalista. La respuesta no es demasiado difícil si recordamos que, hasta la fecha de entrada en vigor de la nueva LEC, era bastante frecuente que el Juez compareciese ante Notario, en nombre del ejecutado, para suplir su presencia en el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (4). Es, por tanto,

(1) Mi agradecimiento a don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO por su apoyo incondicional. Igualmente quiero mostrar mi agradecimiento al Magistrado don Alejandro COUSELO, a los Registradores don Fernando CURIEL, don Jesús FERNÁNDEZ BREA y doña Carmen DE GRADO, a mis compañeros notarios don José Ignacio FEIJOO JUARROS, don Miguel NÚÑEZ CABALLERO, don Pedro GARRIDO CHAMORRO, don Carlos JIMÉNEZ GALLEGO y don Rafael DE LA FUENTE, a mi preparador de oposiciones el Notario don José Manuel LOIS PUENTE, así como a los letrados don Juan José DUCH, don Jordi CULLERÉ LAVILLA y don Ramón FORTEZA. Todos ellos, buenos y pacientes amigos, han sufrido, con resignación y a veces sin saber cuál iba a ser el destino de la conversación, el «peñazo» que supone hablar conmigo de determinados aspectos de esta obra.

(2) Las expresiones destacadas en «cursiva» están tomadas literalmente de la Exposición de Motivos de la Ley.

(3) Mas allá de la normal curiosidad jurídica derivada de una ley tan importante como es la que regula el proceso civil.

(4) Hago referencia a la escritura pública porque es lo que más me atañe pero, en realidad, esa sustitución debería referirse al otorgamiento del negocio jurídico de que se trate, ya se formalice en escritura pública o en otra forma.

el estudio de este aspecto y los directamente relacionados con él, lo que nos ocupará en el presente trabajo.

A diferencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que no mencionaba expresamente el supuesto de condena a la emisión de una declaración de voluntad, la nueva LEC contiene un precepto dedicado a regularla que es el artículo 708, a cuyo tenor:

«Artículo 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad

1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes».

Cómo fácilmente se desprende de una primera lectura del precepto, se distinguen tres supuestos claramente diferenciados de ejecución cuando existe una resolución judicial o arbitral firme que condene a emitir una declaración de voluntad:

1.º Cuando los elementos esenciales y los no esenciales del negocio estén predeterminados, en cuyo caso, si el ejecutado no emite la declaración de voluntad dentro de plazo, el Tribunal, por medio de AUTO, resolverá tenerla por emitida; además, el ejecutante podrá pedir que, junto con el tes-

timonio del auto, se libre MANDAMIENTO de anotación o inscripción en el Registro correspondiente, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad, sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

2.º *Cuando estén predeterminados los elementos esenciales pero no lo estén algunos elementos no esenciales del negocio o contrato*, en cuyo caso el Tribunal los determinará, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico, en la propia resolución (AUTO) en la que se tenga por emitida la declaración, procediendo, en lo demás, conforme a lo previsto en el caso anterior.

3.º *Cuando los elementos esenciales del negocio o contrato no estén determinados y la declaración de voluntad no se emitiera por el condenado*, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante.

Por tanto, en la nueva regulación se siguen esencialmente las pautas de lo que era la práctica judicial bajo la vigencia de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con la peculiaridad de que la comparecencia de la autoridad judicial en el acto formal de otorgamiento del negocio (normalmente en escritura) en sustitución del ejecutado no se prevé expresamente por lo que da la impresión de que no se ha querido contemplar dicha posibilidad. Ahora bien, dicho esto, hay una cosa que quiero aclarar en este momento y es que, salvo el aspecto mencionado, no se produce, frente a lo que puedan pesar algunos y tal y como trataré de demostrar, un cambio radical respecto de la situación anterior.

En el presente trabajo se intentará explicar el significado del precepto y, dado que gran parte de la doctrina procesalista —PARDO IRANZO (5), MONTERO AROCA y FLOR MATÍES (6), MORENO CATENA (7) MOSCOSO TORRES (8)— y de

(5) PARDO IRANZO, Virginia, aparte de analizar extensamente la figura del precontrato, afirma en su monografía *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, pág. 232, lo siguiente: «Las condenas a la emisión de una declaración de voluntad surgen como consecuencia de la necesidad de cumplimiento de los precontratos, y más concretamente de la promesa de vender o comprar que es el único precontrato recogido expresamente por nuestra ley sustantiva (art. 1.451 CC)».

(6) Estos autores nos dicen: «En el caso del precontrato, que es el supuesto más claro, pueden presentarse tres hipótesis de modo escalonado», en su obra *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, Tomo II, pág. 2069.

(7) El cual señala: «Sigue aquí la LEC el sentir de la doctrina y jurisprudencia anteriores, referido a los precontratos y, en especial, a la promesa de compra y venta...», *Derecho Procesal Civil*. Parte General (5.ª ed., 2003), pág. 475.

(8) En los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, volumen II, coordinados por Jesús María MARTÍNEZ PARDO y Daniel LOSCERTALES FUENTES, pág. 1430, dice: «Son frecuentes las sentencias que condenan a la emisión de una declaración de voluntad (el caso más claro es el del otorgamiento de un contrato); la ejecución forzosa de estas sentencias planteaba numerosas dificultades bajo la vigencia de la Ley anterior, sobre todo en relación con los precontratos...»

la doctrina civilista (9) que se ha ocupado del tema, se muestran conformes en entender que este precepto viene a resolver los problemas que planteaba el incumplimiento del precontrato, comenzaremos por analizar dicha figura para, después, estudiar el mencionado artículo 708 de la LEC, así como el específico caso de la elevación a público de documentos privados, terminando con la exposición de las conclusiones obtenidas.

II. EL PRECONTRATO

A) NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del precontrato o promesa de contrato (10) es una cuestión discutida sobre la que abundan diversas teorías que van desde la que abomina de la figura, por ejemplo, ALGUER (11), hasta los que equiparan el precontrato al contrato definitivo (12), pasando por diversas tesis intermedias

(9) María Paz GARCÍA RUBIO en su artículo «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas cuestiones», contenida en los *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, Tomo II, pág. 1882, afirma: «el principal asunto que trata de resolver el nuevo artículo —recogiendo en realidad una práctica jurisprudencial no exenta de vaivenes—, es el de la ejecución forzosa del precontrato».

(10) También conocido como «contrato preliminar». Sobre otras denominaciones manejadas en la doctrina, ver el trabajo de MORO LEDESMA, «El precontrato», publicado en la *RCDI*, núm. 110 de 1934, pág. 85 y sigs.

(11) Citado por V. PARDO que alude a su obra «Para la crítica del concepto de precontrato», publicada en la *Revista de Derecho Privado* (años 1935 y 1936). Entre los notarialistas que desechan la figura del precontrato encontramos a un clásico como GONZÁLEZ PALOMINO —*Estudios Jurídicos de Arte Menor*, vol. III, págs. 254 a 260—, el cual nos dice: «A mí, jurista práctico y practicón, me parece ésta del precontrato una de las instituciones jurídicas más nocivas que conozco, más contraria a la buena fe, y propongo que no se hable de ella en ningún tratado serio como no sea de Derecho Penal, en el título de las estafas», para continuar señalando que «en el precontrato de contrato consensual, las partes quieren actualmente un querer futuro que no quieren ahora, y el contenido de la prestación que ahora no quieren, pero quieren querer para entonces, será querer lo que ahora quieren sin quererlo. Una cosa así como —«la razón de la sinrazón que a mi razón se FACE...—», y termina afirmando: «El concepto de precontrato ni tiene calidad jurídica, ni es útil en la práctica, ni lo quieren ni entienden los interesados, ni sirve para otra cosa que para armar o perpetuar líos teóricos y reales, con consecuencias inequitativas e injustas. La voluntad de las partes, que tiende a fines prácticos y no teóricos, suele ser la de suspender la eficacia o suspender los efectos del negocio; la de establecer plazos, condiciones, garantías, derechos de preferencia o adquisición, etc. Pero en derecho de obligaciones no tiene sentido ese tipo de negocio bilateral, cuya validez y cumplimiento se deja al arbitrio de cada uno de los contratantes, contra la norma del artículo 1.256 del Código Civil».

(12) El Código Civil francés consagró la regla «*la promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento de las dos partes sobre la cosa y el precio*», la cual, entendida literalmente, viene a equiparar precontrato de venta con contrato de venta; no obstante,

que admiten la sustantividad propia del precontrato, entre las que destacamos dos (13): la llamada tesis clásica y la tesis más novedosa iniciada en España por DE CASTRO (14).

1. Tesis clásica

Entre los seguidores de esta tesis destaca MORO LEDESMA (15), el cual define el precontrato como «un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato obligacional principal que se proyecta». Por tanto, el contenido de la prestación de cada parte está constituido por un hacer futuro, la emisión de una declaración de voluntad que, junto con la declaración de voluntad de las demás partes, integrará el contrato definitivo.

La perfección de ese contrato definitivo exige, para esta teoría, las nuevas ofertas y aceptaciones correspondientes de acuerdo con el artículo 1.262 del CC y precisamente, ese momento de concurso de la oferta y aceptación será el relevante en orden a la determinación de todos los efectos del contrato (transmisión de riesgos —1.182 del CC—, adquisición de frutos —1.095 del CC—, etc). Por ello también, la *capacidad* necesaria para el precontrato es la capacidad general para obligarse sin que sea preciso que los contratantes reúnan los requisitos de capacidad específicos del contrato futuro y del mismo modo, en materia de *forma*, el precontrato no estaría sujeto a ningún requisito especial, pudiendo celebrarse en cualquier forma y ello aunque el contrato definitivo estuviera sujeto a alguna formalidad especial (16).

la jurisprudencia y la doctrina francesas han matizado el alcance del precepto admitiendo la diferencia existente entre una compraventa y una promesa de venta.

(13) Otra tesis que suele destacarse en los manuales al uso es la de ROCA SASTRE que desarrolla la teoría de la relación entre precontrato y contrato definitivo a través de un paralelismo entre las leyes de bases y las leyes de desarrollo; el precontrato establecería una obligación entre las partes que no sería la de contratar en el futuro sino la de colaborar en establecer el contrato definitivo. Por tanto, en el precontrato existe el contrato principal en germen o síntesis, es decir, en sus directrices o elementos básicos mientras que el contrato futuro es el mismo precontrato, pero desenvuelto, concretado y desarrollado. Según DE CASTRO, el punto de partida de ROCA se encuentra en la idea, formulada por DEGENKOLB, de que el precontrato genera una obligación dirigida a la cooperación para la conclusión del contrato principal.

(14) En su obra «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», publicada en el *Anuario de Derecho Civil* en 1950 y que ha sido consultada por mí en los *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro* (Tomo I) editados por el Centro de Estudios Registrales.

(15) *Op. cit.*, pág. 85.

(16) En uno y otro sentido, DE DIEGO, como señala DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 581 (nota 144) y pág. 582 (nota 147).

Como ha destacado MORO LEDESMA (17), una de las críticas realizadas a la figura del precontrato ha consistido en dudar de su misma posibilidad lógica, pues «concluir un contrato sobre la conclusión de otro futuro es tanto como obligarse a querer obligar». La consecuencia de ello —añado yo— era entender que la prestación derivada del precontrato no se podía ejecutar en forma específica, debiendo acudir, en todo caso, al cumplimiento por equivalencia o resarcimiento de daños.

Sin embargo, como apunta el propio autor citado (18): «...si nadie puede obligarse a “querer” algo en lo futuro, es posible que uno pueda obligarse a la acción sensible en que ha de traducirse un futuro proceso espiritual, es decir, a emitir una declaración con contenido determinado». A mi juicio, todavía puede formularse esta afirmación con más precisión diciendo que *si bien una persona no puede obligarse a querer algo en el futuro, nada impide que pueda obligarse, a través del precontrato, a declarar en el futuro una decisión voluntaria presente ya adoptada*. Como apunta PARDO IRANZO (19), «en el precontrato no se trata de obligarse a querer, sino de obligarse a declarar». La emisión de esa declaración de voluntad perfeccionará el contrato definitivo y, al mismo tiempo, extinguirá el precontrato por su cumplimiento.

Por lo expuesto considero que no es imposible el cumplimiento específico de la prestación derivada de los llamados precontratos y que la utilidad y necesidad del precontrato dependerán de cómo el Ordenamiento de que se trate reconozca la acción surgida del mismo, ya imponiendo el cumplimiento en forma específica y, por tanto, la conclusión del contrato pactado, ya limitándose a la indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, en cuanto a la relación entre precontrato y opción, los partidarios de la tesis clásica entienden que son figuras jurídicas distintas, así el propio MORO LEDESMA califica el derecho del optante como un derecho de «formación» (20), por lo que «la situación jurídica producida por el derecho formador no es idéntica a la que nace del precontrato, porque el titular de aquel derecho no necesita pedir la conclusión de otro negocio; puede, por su propia declaración de voluntad, formar la relación jurídica que proyecta» (21).

(17) *Op. cit.*, pág. 91.

(18) *Op. cit.*, pág. 92.

(19) *Op. cit.*, pág. 246.

(20) También conocido como «Derecho potestativo»; en el mismo sentido se muestra la doctrina italiana, según asegura SIMÓ SEVILLA en «Instituciones de Derecho Privado», Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, pág. 343, nota 141.

(21) Esta opinión de MORO la recoge DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 574. El propio DE CASTRO cita igualmente entre los autores que distinguen precontrato y opción a ROCA SASTRE, el cual, como hemos visto, tiene su propia teoría del precontrato en el sentido de contrato que fija las bases del contrato definitivo, así como de la opción, la cual configura como una compraventa o promesa de venta sometida a condición suspensiva.

2. Opinión patrocinada por De Castro

La segunda de las tesis, como habíamos indicado, es la preconizada por DE CASTRO (22); este autor parte de la crítica a la tesis clásica destacando el *circuitus inutilis* que supone volver a exigir un nuevo consentimiento distinto del ya prestado, la difícil ejecutoriedad en especie de las obligaciones derivadas del precontrato así considerado y la imposibilidad de establecer condiciones potestativas en nuestro Derecho (23), a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán.

De esa crítica formulada por DE CASTRO a la tesis clásica extrae el profesor tres consecuencias: i) no es objeto propio del precontrato el que las mismas partes hayan de hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron; ii) no cabe admitir en nuestro Derecho la condición de querer, y iii) no puede distinguirse entre la promesa unilateral y la opción.

Según sus palabras: «los contratantes, de mutuo acuerdo, hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen —de mutuo acuerdo también— en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija la parte (o partes) a la que se le concede esta facultad» (24).

El precontrato aparece así como una etapa preparatoria de un iter negocial complejo de formación sucesiva. La relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento en que el precontrato queda celebrado. Lo que ocurre es que las partes se reservan (ambas o una sola) la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado. Existirán pues dos fases en el iter negocial:

- la *primera fase* es la promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea y atribuye a las partes la facultad de exigirlo, la cual tiene cierta independencia en cuanto tiene su propia causa;
- la *segunda fase* comienza con la exigencia del cumplimiento de la promesa mediante el ejercicio de la facultad de reclamar la puesta en vigor del contrato proyectado, que origina la eficacia inmediata de éste.

No hay, por tanto, dos contratos distintos, sino el desarrollo, en dos momentos distintos, de una única relación contractual de carácter complejo.

(22) *Op. cit.*, págs. 548 y sigs.

(23) Recuérdese el artículo 1.115 del CC, a cuyo tenor: «*Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código*».

(24) *Op. cit.*, págs. 576 y 577.

Por ello DE CASTRO define la promesa como el convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado.

Esta distinta concepción tiene su repercusión en los requisitos y consecuencias de la promesa. Así, para los seguidores de esta tesis, el precontrato debe reunir los requisitos de capacidad y forma del contrato definitivo.

En materia de *capacidad*, DE CASTRO señala que quien queda obligado por el contrato a voluntad de la otra parte ha de tener, en el momento de otorgar el precontrato, la capacidad necesaria para obligarse por el contrato proyectado, por lo que si se trata de una promesa de venta de un inmueble, el menor emancipado necesitará del complemento de capacidad correspondiente (actualmente, art. 323 del CC). Respecto de la *forma*, dice Díez PICAZO (25), siguiendo a su maestro DE CASTRO, «en aquellos casos en los que para el contrato definitivo sea exigida por la ley una forma solemne como forma constitutiva o como requisito de existencia o de validez, el contrato preliminar sólo será válido y eficaz si adopta también dicha forma». No ocurrirá lo mismo, sin embargo, si la forma se exige por la ley para producir ciertos efectos (caso del art. 1.279 del CC).

DE CASTRO también se ocupa del consentimiento, objeto y causa de la promesa. El *consentimiento* de las partes habrá de recaer sobre el objeto (contenido del contrato proyectado y, en su caso, la prima de la opción) así como sobre la causa específica de la promesa y su naturaleza pura, condicionada, a plazo, etc. El *objeto* del precontrato es el contrato proyectado, el cual debe estar determinado y, si se ha pactado prima u otra contraprestación, también éstas serán objeto de la promesa. En cuanto a la *causa*, si el precontrato es bilateral será la recíproca concesión que se hacen las partes de poder pedir el cumplimiento del contrato proyectado mientras que si es unilateral tendrá su propia causa que será cualquiera de las permitidas en derecho, ya onerosa (por ejemplo, el pago de una prima o el cumplimiento de una obligación) ya gratuita.

En cuanto a las consecuencias de la promesa hay que destacar que, para el profesor DE CASTRO, la promesa genera entre las partes una vinculación jurídica que vive con plena sustantividad mientras no se exija su cumplimiento o se extinga por alguna causa. Así si es bilateral, se crea a favor de cada parte la facultad de exigir su cumplimiento y si es unilateral, tal facultad corresponderá a una sola de las partes.

La facultad de exigir el cumplimiento de la promesa supone que su titular tiene el poder de decidir (optar) sobre la suerte de la relación contractual proyectada; la cual puede quedarse en un mero proyecto o surtir efecto, pero teniendo en cuenta que si exige el cumplimiento de la promesa, la otra parte ha de estar y pasar por las obligaciones y derechos que surgen del contrato

(25) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 2.^a ed., vol. 1, pág. 227.

(antes proyectado y ahora en vigor) y que él, a su vez, también quedará obligado contractualmente.

El ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa tiene naturaleza de declaración contractual y la capacidad para hacerla viene determinada por la obligación que se contraiga al ejercitar la opción (por ejemplo, pago del precio o entrega de la cosa). Sin embargo la parte obligada por la promesa no tiene más que cumplir, por ello, no hay que atender a su capacidad porque no tiene que prestar (ni se le puede exigir) una nueva declaración contractual.

Por otra parte, dado que tal declaración da vida a la relación contractual proyectada será ese momento el que determine los efectos del contrato lo que tendrá consecuencias en materia de frutos (art. 1.095 y 1.468-2 del CC), lesión (art. 1.291 del CC), posibilidad y licitud del objeto (arts. 1.273 y 1.274 del CC), saneamiento por vicios (art. 1.484 del CC), transmisión de riesgos (arts. 1.182 del CC y 333 del C. de Co.), etc.

En caso de incumplimiento por la parte obligada, no se plantean mayores problemas porque bastará con solicitar judicialmente el cumplimiento o consumación del contrato, es decir, en el caso de la compraventa, la entrega de la cosa o el pago del precio, según el caso, dado que el contrato de compraventa se ha puesto en vigor por la voluntad unilateral de una de las partes de acuerdo con lo que hemos visto. En esta línea, DE CASTRO señalaba que se podría condenar al que prometió la venta directamente a la entrega de la cosa y al otorgamiento de la escritura pública de venta (26).

Finalmente, DE CASTRO (27) no encuentra diferencias entre la promesa de venta y la opción de compra, y por ello afirma que «la semejanza entre uno y otro pacto es tan grande, que causa extrañeza el que se haya podido creer que correspondan a figuras jurídicas completamente distintas...» Para este autor, la opción es un valor económico y, por tanto, un bien (art. 333 del CC), pero no tiene consideración de poder independiente o derecho subjetivo porque está unida inmediatamente a la creación de obligaciones que haga surgir el contrato y que recaen indefectiblemente sobre el patrimonio de su titular. La opción no es una unidad independiente dentro del patrimonio del optante, por lo que los acreedores no podrán actuar directamente sobre ella, pidiendo su embargo, ejercitando la acción pauliana o la subrogatoria; en definitiva, no se trata ni de un derecho subjetivo ni siquiera de un derecho potestativo.

(26) En realidad, si el contrato se ha perfeccionado por la declaración unilateral se trataría, sobre todo si el precontrato y la declaración unilateral se contienen en documento privado, de una elevación a público del acuerdo privado de compraventa. En sentido más exacto se pronuncia la sentencia del TS de 4 de febrero de 1995 (AC 402/1995) al decir que el optatario «debe cumplir con lo que se comprometió y también a su cooperación para la celebración formal del contrato de compraventa».

(27) *Op. cit.*, pág. 572.

3. *Jurisprudencia*

La jurisprudencia —la mayoría referida a casos de precontratos de compraventa— del TS es muy variada y su doctrina depende, en muchas ocasiones, del caso concreto sometido a debate. En general, podemos decir, que, inicialmente, predominó la concepción clásica del precontrato según la cual las partes se obligan a un *facere* consistente en celebrar en el futuro otro contrato; en esta línea se mostró la sentencia de 11 de noviembre de 1943 (de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS), seguida por otras posteriores (28), si bien, a la hora de dilucidar si el precontrato es susceptible de cumplimiento forzoso, las sentencias son más vacilantes considerando, en unos casos, que cabe la ejecución a costa del obligado, pudiendo ser sustituida su ausencia por el juez que comparecía en el otorgamiento del correspondiente contrato (normalmente a través de escritura para que aquél pudiera producir todos los efectos, ejecutivos, registrales, etc.) mientras que, en otros, se entendió que sólo cabía acudir al resarcimiento económico de los daños y perjuicios.

Sin embargo, posteriormente, la tesis de DE CASTRO también se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia del TS (29), especialmente a partir de la sentencia de 1 de julio de 1950, la cual consideró que «para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere un nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato» (30).

En cuanto a la opción y aunque existen sentencias que la definen como precontrato unilateral (31), me interesa destacar aquí que existe otra línea jurisprudencial que considera la opción como una figura *sui generis* con sustantividad propia en la que, para la perfección del contrato, basta con que la voluntad del optante de ejercer su derecho de opción se haya comunicado al optatario dentro de plazo; en esta línea la sentencia de 14 de febrero de 1995 (AC 445/1995) la cual, a su vez, cita la vieja sentencia de 22 de diciembre de 1922 y otras más recientes como las de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1992 o la del TS de 4 de febrero de 1994; incluso la sentencia

(28) Una enumeración de sentencias puede verse en la parte realizada por GARCÍA CANTERO de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, pág. 76.

(29) Y de forma mayoritaria en la doctrina española por la influencia ejercida por DE CASTRO y por sus discípulos y seguidores.

(30) Virginia PARDO IRANZO, *op. cit.*, pág. 260 y sigs., enumera diversas sentencias del TS que siguen esta tesis.

(31) Por ejemplo, la sentencia de 11 de abril de 2000 —AC 784/2000—, la cual alude a otras sentencias, como las de 4 de abril de 1987, de 24 de enero de 1991, de 13 de noviembre y 1 de diciembre de 1992, de 18 de junio de 1993 y de 14 de febrero de 1997. Sentencia tomada, como las que se citan después en el texto de la obra *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, de XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.

de 4 de febrero de 1995 (AC 402/1995) llega a decir que «la doctrina jurisprudencial civil viene estableciendo de forma reiterada que la opción de venta, al carecer de propia regulación en el Código Civil, se configura como una relación jurídica atípica...».

B) LA CUESTIÓN EN DERECHO PROCESAL: NATURALEZA DE LA SENTENCIA

La problemática sustantiva sobre la esencia de la figura del precontrato que se produjo en la doctrina civilista española tras la aportación realizada por DE CASTRO ya se había anunciado en la doctrina procesal italiana en la que, en su momento, destacaron las posiciones doctrinales de CHIOVENDA y de CALAMANDREI.

1. Posición de Chiovenda

Este autor tuvo ocasión de abordar la cuestión de cuál es la acción que nace del precontrato (32); para CHIOVENDA «lo que se pide al juez, en este caso, no es ya que él *quiera* en lugar del incumpliente, y que concurra a constituir en su lugar el CONTRATO definitivo. Si se tratase de esto, tendrían absolutamente razón aquellos que objetan que éste no puede ser oficio del magistrado... No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo, se trata de prescindir de él. La sentencia no será constitutiva porque constituya el contrato, sino porque constituye directamente el derecho al que se tiende, por ejemplo, la propiedad» (33).

A su juicio no es óbice para ello el que no exista «una norma que permita constituir con la sentencia el efecto al que debía conducir el contrato definitivo»; y ello porque existe un principio general que ni está formulado ni tiene necesidad de estarlo según el cual: «*el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir*» (34).

Este principio, sin embargo, tiene sus límites, tanto de derecho como de hecho; entre estos últimos se encuentra la infungibilidad de la prestación. «Las partes en el contrato preliminar se han obligado a querer, y no hay duda de que su acto de voluntad, en sí mismo, es incoercible. ¿Pero es un caso de

(32) En su trabajo «De la acción nacida del contrato preliminar», contenida en el vol. I (pág. 205 y sigs.) de sus *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, traducidos por Santiago SENTÍS MELENDO y con prólogo de COUTURE, que fueron publicados por EJEa. Dicha obra nació como comentario a la sentencia dictada por la Corte de Casación de Roma el 20 de mayo de 1910.

(33) *Op. cit.*, págs. 213 y 214.

(34) *Op. cit.*, pág. 214.

infungibilidad jurídica? Si el efecto jurídico de tal acto de voluntad puede conseguirse de otro modo, no. Cuando en este tema se invoca el principio de la autonomía de las partes se corre el riesgo de caer en un equívoco. Este principio tiene una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, pero ninguna en el de su cumplimiento. Ahora bien, si la constitución de un derecho (contrato definitivo) es debida EN CUMPLIMIENTO de un precedente contrato (preliminar), es claro que la autonomía de las partes no existe... En el contrato preliminar, las partes se obligan desde luego a prestar un ulterior acto de voluntad, del que nacerán determinados efectos jurídicos; puesto que la prestación de actos de voluntad es el único modo de que ELLAS dispongan (35) para crear tales efectos... El acto de voluntad puede ser infungible, como puede serlo todo *hacer* humano. Pero el *hacer*, y así la voluntad, se dirá que es jurídicamente fungible cuando el resultado práctico del hacer, o el efecto jurídico del querer puede conseguirse mediante una actividad diversa de la del obligado» (36).

Para terminar este autor nos dice: «del contrato preliminar de compraventa, a favor de aquel que ha prometido comprar y contra aquel que se ha obligado a vender, nace ciertamente y en primer término un derecho tendiente a la prestación de un acto de voluntad del obligado (contrato definitivo de venta); pero en el caso de incumplimiento de esta obligación surge junto al primero un derecho tendiente al efecto jurídico que constituye la finalidad del primero, esto es el *derecho a la propiedad*; es éste el derecho que será actuado por medio de la acción».

De la posición de CHIOVENDA me gustaría destacar dos aspectos. El primero que, aunque este autor atribuye a la sentencia carácter constitutivo, lo hace no porque la sentencia constituya el contrato sino porque constituye el derecho o el efecto jurídico al que ese contrato tiende (por ejemplo, la adquisición de la propiedad o derecho real si se trata de un precontrato de compraventa). Gráficamente CHIOVENDA dice, como hemos visto, que no se trata de constituir el contrato sino de prescindir de él. Por ello llama poderosamente la atención que muchos procesalistas españoles, partiendo de la discusión doctrinal entre CHIOVENDA y CALAMANDREI, atribuyan carácter constitutivo a la sentencia porque constituye el contrato —por ejemplo, PARDO IRANZO (37) o DE LA OLIVA SANTOS (38).

(35) Así se pronuncia la edición por mí manejada, aunque creo que la traducción por «disponen» hubiera sido más correcta.

(36) *Op. cit.*, págs. 217 y 218.

(37) Esta autora en la obra mencionada *Ejecución de sentencias por...*, pág. 278, afirma: «La sentencia que ponga fin al proceso de declaración será constitutiva del negocio jurídico y (si se pidió) se condenará a lo previsto en él».

(38) En su obra *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, pág. 323, afirma: «con otras palabras, en la sentencia puede acordarse constituir el negocio

En mi modesta opinión la posición correcta es la del autor italiano, porque no creo que la función del juez sea la de constituir contratos sino la de «juzgar y ejecutar lo juzgado», lo cual, a efectos prácticos, se concreta en *condenar a determinadas prestaciones, declarar la existencia de derechos y situaciones jurídicas, constituir, modificar o extinguir tales situaciones jurídicas, así como la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra tutela expresamente prevista por la ley* (art. 5-1 de la LEC). La constitución de los contratos y negocios jurídicos es obra de la voluntad de los particulares, como pone de manifiesto el artículo 1.089 del CC (39), que no cita en ningún caso las sentencias y actos judiciales entre las fuentes de las obligaciones. En ocasiones los derechos y obligaciones surgen de la ley, en cuyo caso puede entrar en juego la llamada «tutela judicial constitutiva»; en tales supuestos, la fuente de los efectos está en la ley (40) y la resolución judicial se limita a constatar la existencia de ciertos hechos objetivos a los que la ley anuda consecuencias jurídicas (por ejemplo, el divorcio, la disolución de una sociedad por causas distintas de la voluntad unánime de los socios, etc.). Y es que, en definitiva, como destaca CALAMANDREI (41): «en las sentencias constitutivas la modificación jurídica *no puede ocurrir más que por obra del juez*», sin embargo en las sentencias de condena con ejecución, «la modificación jurídica ocurre por obra del juez, cuando y porque en un primer momento el deudor incumpliente ha dejado de prestar la declaración de voluntad de la que el cambio jurídico *habría derivado sin intervención del juez*».

En este sentido me gustaría señalar que, incluso en aquellos ordenamientos en los que, como veremos, se da carácter constitutivo a la sentencia (por ejemplo, Italia), no se establece que ésta constituirá el contrato, sino simplemente que producirá los efectos del contrato no concluido en la línea predicada por CHIOVENDA.

El segundo de los puntos a destacar viene determinado porque CHIOVENDA, *a priori*, no considera que el contrato definitivo ya exista sino que, prescindiendo de él, entiende que el efecto jurídico pretendido puede ser constituido por la autoridad judicial, basándose en el contrato preliminar, lo cual implica que, en su concepción, no estamos ante una acción declarativa; efectivamente, el propio autor (42), en una nota a pie de página, apunta lo siguiente: «es necesario poner de relieve que la ley podría, en este caso, prescindir también de la acción, disponiendo que el efecto jurídico (traspaso de

prescindiendo de la voluntad del demandado, puesto que los elementos esenciales del negocio aparecen en el precontrato, promesa de contrato, etc.».

(39) Dicho precepto establece: «*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*».

(40) ORTELLS RAMOS en su obra «La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, 1.ª ed., pág. 333, afirma: «en la tutela judicial constitutiva se prescinde de la voluntad del demandado para la producción de efectos jurídicos, porque éstos no dependen de esa voluntad, sino de ciertos eventos objetivos previstos por la ley».

(41) *Estudios sobre el Proceso Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 523.

(42) *Op. cit.*, pág. 218, nota 8.

propiedad) se verifique en virtud de una simple declaración unilateral de voluntad (la declaración de quien ha prometido comprar, de estar dispuesto a estipular en el término de ... vencido el cual, etc.). En este caso la sentencia sería meramente declarativa de un efecto ya ocurrido y podría no ser en absoluto necesaria».

2. *Opinión de Calamandrei*

Este autor (43) comienza por señalar que la posibilidad de que el Juez pueda producir, mediante una sentencia, los mismos efectos jurídicos que habrían nacido de la declaración de voluntad, no debe admitirse como regla general fuera de los casos en que la ley lo consienta explícitamente. Cuando una persona se ha obligado a emitir una declaración de voluntad negocial, esa voluntad debe considerarse como jurídicamente infungible porque «lo que podríamos llamar *soberanía de la voluntad individual dentro de los límites de la esfera jurídica a ella pertinente*, significa, en su aspecto *positivo*, reconocimiento otorgado por la ley a esa voluntad como productora de efectos jurídicos, dentro de aquellos límites; pero significa también, en su aspecto *negativo*, exclusión y desconocimiento de la aptitud de cualquier otra voluntad para producir los mismos efectos dentro de aquellos confines» (44). De ello deduce este autor que una invasión tal en la personalidad del deudor que permitiese obtener el mismo efecto jurídico por medio de una voluntad diversa de la del propio obligado no puede admitirse fuera de aquellos casos en que la ley expresamente lo autorice. Cuando el ordenamiento admite esa posibilidad, ya sea a través de disposiciones específicas o de disposiciones genéricas (45), considera CALAMANDREI, que se «presenta el interesante problema de *la naturaleza jurídica de la sentencia que toma en consideración la falta de declaración de voluntad negocial del obligado*» (46).

Entre los supuestos más frecuentes de obligación de emitir una declaración de voluntad negocial se encuentra el contrato preliminar; para CALAMANDREI (47) hay que distinguir los casos en que el obligado debe emitir una declaración de voluntad de un *contenido ya predeterminado* y fijo de aquellos otros en que debe emitir una declaración de voluntad de *un contenido, en todo o en parte a determinar*. Aquí sí que hay dos mundos: *pactum de*

(43) *Op. cit.*, pág. 513 y sigs.

(44) *Op. cit.*, pág. 515.

(45) Este autor —*op. cit.*, pág. 520— incluye entre las disposiciones genéricas el parágrafo 894 de la CPO alemana, según el cual: «*si el deudor es condenado a la emisión de una declaración de voluntad, la declaración se tiene por emitida, apenas la sentencia adquiere la categoría de cosa juzgada*».

(46) *Op. cit.*, pág. 517.

(47) *Op. cit.*, págs. 517 a 520.

contrahendo y *pactum de tractando*. En el primero de ellos, cuando existe la obligación de emitir una declaración de voluntad de contenido ya preestablecido hasta en sus menores detalles, la nueva volición a que está obligado el deudor es de carácter *ejecutivo* de la primera y el Juez, sustituyendo con su decisión la declaración de voluntad del obligado, no añade nada al contenido de voluntad, sino que se limita a *ejecutarla*: su decisión es una volición de contenido netamente ejecutivo, un acto de impulso casi mecánico a una máquina lógica ya cargada. En cambio, en el segundo de los dos tipos, el Juez no se limitaría a actuar los propósitos ya formulados por el obligado, sino que plasma en su lugar el contenido de la volición, se sustituye al mismo en la valoración de la conveniencia o en la concreción de las modalidades del negocio querido.

En definitiva, en el primero de los mundos expuestos, CALAMANDREI considera que estamos en presencia de una actividad sustancialmente ejecutiva, de hecho, afirma (48): «esto se reconoce positivamente por aquellas legislaciones más perfectas que la nuestra —se refiere a la italiana, lógicamente—, que disciplinan esta materia con absoluta coherencia sistemática entre las disposiciones dedicadas al proceso ejecutivo».

Para terminar y volviendo al Derecho Procesal español podemos comprobar, con una simple lectura del precepto, cómo el artículo 708 de la LEC se decanta claramente por esta tesis de CALAMANDREI en la línea de lo que este autor calificaba en su momento como legislaciones más perfectas, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos como el portugués (49) o el italiano (50) que optan por establecer —como proponía CHIOVENDA— que la sentencia produzca los efectos, bien de la declaración negocial del incumplidor —caso portugués—, bien del contrato no concluido —caso italiano—.

(48) *Op. cit.*, pág. 522.

(49) El artículo 830 del CC, relativo al contrato-promesa, en su párrafo primero señala: «*Se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e nao cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso nao se oponha a natureza da obrigação asumida*», es decir, si alguien estuviese obligado a celebrar cierto contrato y no cumpliera la promesa, la otra parte puede, a falta de pacto en contrario, obtener sentencia que produzca los efectos de la declaración negocial del incumplidor, siempre que a ello no se oponga la naturaleza de la obligación asumida. Tomado del Código Civil portugués editado por la Livraria Almedina de Coimbra.

(50) El artículo 2932.1 del CC establece: «*Se ocluí che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*», es decir, que si alguien está obligado a concluir un contrato y no atiende la obligación, la otra parte, siempre que sea posible y no lo excluya el título, podrá obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado», tomado del artículo de María Paz GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pág. 1888, nota 22.

Efectivamente, aunque después desmenuzaremos la norma, lo que aquí me interesa destacar es que el artículo 708 de la LEC parte de *una resolución judicial o arbitral firme que condena a la emisión de una declaración de voluntad*, considerando, además, que si los elementos esenciales están determinados, *es posible sustituir esa declaración de voluntad en vía ejecutiva a través del correspondiente auto judicial que la tenga por emitida*.

C) ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

A mi juicio, la cuestión acerca de la naturaleza y consecuencias del precontrato debería abordarse a la luz de los preceptos del Derecho Positivo que aluden a dicha figura para ver qué clase de prestaciones genera el precontrato y cómo se sanciona su incumplimiento. Dichos preceptos son los siguientes: los artículos 42 (51), 1.862 (52) y 1.451 (53) del CC relativos, respectivamente, a los esponsales, a la promesa de constituir prenda o hipoteca y a la promesa de vender o comprar; el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (54), relativo al derecho de opción —que regula también la legislación catalana (55)—,

(51) Dicho precepto dice: «*La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento*». Aunque la configuración como precontrato de los esponsales es dudosa, como lo es la naturaleza contractual del matrimonio, no cabe duda que los esponsales guardan cierta relación con la figura del precontrato.

(52) «*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*».

(53) Este artículo señala: «*La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato*».

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro».

(54) Según el cual: «*Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:*

1.^a *Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

2.^a *Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*

3.^a *Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.*

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

(55) Esta materia estaba regida por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, que regulaba los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, sin embargo, en el momento de realizar las últimas revisiones de esta obra, se acaba de publicar la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto

las Leyes 516, 517 y 461 de la Compilación Navarra (56) y, finalmente, desde la perspectiva procesal, el artículo 708 de la LEC, al que venimos haciendo referencia en el presente trabajo.

En cuanto a *los esponsales o promesa de matrimonio*, la solución dada por el legislador no podía ser otra, y es que por mucho que una persona se obligue a contraer matrimonio si, llegado el momento, no cumple la promesa, el Ordenamiento no puede suplir ese consentimiento dado su carácter personalísimo. La unión de vida plena y perfecta entre dos personas que constituye la esencia del matrimonio tiene que basarse en un consentimiento puro y libre que no puede estar condicionado o coartado por ninguna obligación previa. En este caso ni siquiera cabe aplicar el artículo 708, número 2, párrafo 2.º (ejecución por daños y perjuicios) dado que el CC es claro y taxativo al señalar que no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Respecto al significado del artículo 1.862 del CC que regula *la promesa de constituir prenda o hipoteca*, GUILARTE ZAPATERO (57), siguiendo a COSSÍO, afirma que «la promesa de entregar en prenda o de constituir hipoteca aparece en el precepto dotado de la eficacia de un contrato preliminar o precontrato,

del Código Civil de Cataluña, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de julio de 2006 y que deroga la Ley 22/2001. En dicha ley el derecho de opción se define como un derecho real de adquisición y en su regulación se mantiene el plazo de duración de diez años y la posibilidad de prórrogas de igual duración temporal; igualmente se prevé la posibilidad de ejercicio unilateral del derecho de opción.

(56) La Ley 516, bajo la rúbrica «Promesa de Contrato», dice: «*La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace, siempre que se hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.*»

El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al contrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre o la Ley o, en su defecto, por el Juez».

Por su parte la Ley 517, bajo la rúbrica «Opción de Compra», dice: «*La promesa de opción de compra que produzca efectos reales se regirá por las Leyes 460 y 461*».

Finalmente, la Ley 461, bajo la rúbrica «Opción», establece: «*El derecho real de opción puede constituirse por un tiempo determinado no superior a diez años. Para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro período igual.*»

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el derecho de opción de compra se haya constituido como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, su duración podrá alcanzar la totalidad del plazo de éstos, así como sus prórrogas voluntarias, expresas o tácitas.

La opción de compra deberá ejercitarse por el precio fijado o el que resulte según el procedimiento establecido para su determinación, y, en su caso, conforme a las cláusulas de estabilización, si se hubieren previsto.

Los actos de disposición por el dueño de la cosa objeto de la opción no perjudicarán este derecho, que subsistirá hasta el vencimiento del plazo».

(57) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XXIII, pág. 474.

cuya fuerza vinculante deriva... del mero consentimiento» y, a su juicio, «parece que la hipótesis del artículo comentado es distinta de la del propio contrato concluido para dar nacimiento a la garantía». En parecido sentido parece mostrarse Díez PICAZO, pues al comentar el artículo 1.862 del CC afirma que dicho precepto distingue netamente «las referidas promesas del negocio jurídico de la definitiva constitución de la prenda y de la hipoteca» (58).

Para el caso de incumplimiento de la promesa considera GUILARTE (59) que «tal consentimiento debe ser sustituido por la correspondiente declaración judicial, ya que, como precisa SCAEVOLA, en este caso la prestación de aquél no debe considerarse como acto personalísimo y por lo mismo no existirá obstáculo para ser suplido en la forma dicha» (60).

En cualquier caso creo que, de seguir la tesis patrocinada por DE CASTRO, debería distinguirse la *promesa de prenda* de la *promesa de hipoteca*, pues, en la medida en que, en esta última, la escritura viene impuesta por la ley como requisito constitutivo o forma de ser, el precontrato de hipoteca sólo cabrá si también se ha plasmado en escritura pública, sin que, a este efecto, quepa entender cumplido el requisito de forma cuando la promesa de hipoteca se contiene en una póliza intervenida o en un acta notarial porque aunque éstas tengan la consideración de documentos públicos a los efectos de prueba en juicio (art. 317.3.º y 2.º de la LEC) no son escrituras públicas, las cuales constituyen un documento notarial distinto en cuanto a sus requisitos y, por tanto, también en cuanto a sus consecuencias y efectos.

A continuación procede analizar el artículo 1.451 del CC, relativo a la *promesa de vender o comprar*. Desde el punto de vista sustantivo, este precepto quizá sea el más importante, dado que lo que aquí se diga será aplicable, analógicamente, a los restantes precontratos de contratos consensuales onerosos con la excepción, quizá, de aquéllos en los que exista un componente de *intuitus personae* como puede suceder en el contrato de alimentos regulado en los artículos 1.791 y siguientes del CC.

El párrafo primero de dicho precepto, literalmente interpretado, parece referirse sólo a las promesas unilaterales (de compra o de venta), por lo que ha surgido la duda de si es aplicable también a las promesas bilaterales de compra y venta o si, en otro caso, estas últimas pueden equipararse a la compraventa.

DE CASTRO (61) entendió que la norma comprende tanto las promesas unilaterales de compra y venta como la promesa bilateral en la que, en rea-

(58) *Op. cit.*, pág. 222.

(59) *Op. cit.*, pág. 477.

(60) En el mismo sentido, Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, quien señala que «el incumplimiento tiene como consecuencia el derecho del acreedor a exigir la constitución de la prenda o hipoteca (ejecución forzosa) o subsidiariamente, indemnización de los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido», *op. cit.*, pág. 1877.

(61) *Op. cit.*, pág. 579.

lidad, no cabe hablar de una promesa de compra y venta sino de una promesa de compra por una parte y de una promesa de venta por otra, por lo que normalmente se ejercitará una u otra.

En cuanto a si la promesa bilateral de comprar y vender se puede identificar con el contrato definitivo de compraventa, la mayoría doctrinal y, sobre todo, la jurisprudencia se han inclinado a favor de la distinción entre ambas figuras y, ello, como señala GARCÍA CANTERO (62), por diversos argumentos que ha utilizado el TS (desde la sentencia de 11 de noviembre de 1943), los cuales son: el argumento histórico (el art. 1.589 del CC francés que fue acogido por el art. 1.373 del Proyecto español de 1851 no pasó a la versión definitiva del Código Civil); la interpretación lógica y, además, la remisión que el artículo 1451.2 hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos.

DÍEZ PICAZO (63), partiendo de esa posibilidad teórica de establecer la distinción entre promesa bilateral de compra y venta y contrato definitivo de compraventa, considera que, en la práctica, todo dependerá de la voluntad de los interesados, según el modo en que hayan constituido sus relaciones, por eso, sigue diciendo: «existirá una promesa bilateral en todos aquellos casos en que los interesados, con el fin de satisfacer serios intereses de orden empírico, hayan dispuesto no quedar inmediatamente vinculados por el contrato proyectado, sino diferir para un momento posterior la entrada en vigor del mismo, que se producirá a instancia de cualquiera de las partes».

Admitida la distinción lógica y teórica entre precontrato y contrato de compraventa, debemos entrar en el análisis de este precepto —art. 1.451 del CC— a cuyo efecto hay que decir que su literalidad permite apoyar cualquiera de las dos tesis sobre la naturaleza del precontrato que venimos comentando. En concreto, los partidarios de la tesis clásica ven en este precepto un argumento favorable a su forma de pensar dado que su párrafo 2.º, para el caso de incumplimiento, se remite a las reglas generales de las obligaciones y contratos y no a las normas específicas de la compraventa. Sin embargo, DE CASTRO y sus seguidores entienden que el artículo 1.451 es favorable a su forma de entender el precontrato, en la medida en que el párrafo 1.º del artículo permite reclamar a cada parte el cumplimiento de lo pactado, es decir, la puesta en vigor del contrato proyectado y las obligaciones que derivan de éste.

No obstante, a mi juicio, probablemente tenía razón LACRUZ (64) cuando aseguraba que en el caso del precontrato pueden producirse diversas situacio-

(62) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Tomo XIX, pág. 75.

(63) *Op. cit.*, pág. 223.

(64) Tomado de GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 73, el cual reconoce que toma dicha cita de la 1.ª edición de los *Elementos*, ya que en la segunda edición no fue reproducida. Tampoco lo ha sido en la edición (2.ª de 2000) manejada por mí.

nes; las partes quieren que el contrato prometido exista o tenga vigor en el futuro, pero no ahora, y, además, alguna de las siguientes cosas:

a) que la voluntad del juez supla, en su caso, la voluntad de un contratante renuente al otorgamiento, o bien, *b)* que el contrato de promesa se entienda puesto en vigor y ejecutable como contrato definitivo a partir de un cierto momento, o, en el extremo opuesto, *c)* que la voluntad individual sea infungible, resolviéndose la negativa a declararla en una indemnización de daños (65).

En cuanto *al derecho de opción*, el artículo 14 del RH, al que antes nos hemos referido, regula únicamente su reflejo registral. Desde el punto de vista sustantivo, tal y como se deduce de lo dicho anteriormente, su configuración depende, igualmente, de la posición que adopte el autor correspondiente sobre la naturaleza del precontrato. Así, para los autores que siguen la tesis de DE CASTRO, se identificaría la promesa de venta con la opción de compra y la promesa de compra con la opción de venta, encontrando ambos casos su encaje sustantivo dentro de lo dispuesto en el artículo 1.451 del CC. Por el contrario, para los que siguen la posición clásica sobre el precontrato, la opción se configuraría como una figura *sui generis* que puede pactarse al amparo de los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del CC).

Dentro de la opción también ocasiona problemas la naturaleza jurídica de la facultad (opción) que ostenta el optante por la que puede (o no) poner en vigor el contrato proyectado; para DE CASTRO, como hemos visto, no se trata de un derecho subjetivo independiente, sino de una facultad inserta en la relación contractual, mientras que para los seguidores de la tesis clásica, se trata de una facultad independiente que incluyen dentro de los derechos potestativos o de formación; actualmente, señala SIMO SEVILLA (66), «la doctrina dominante sí que le atribuye naturaleza de auténtico derecho subjetivo, así como también admite que pueda tener naturaleza obligacional o real» (67).

En cualquier caso, en lo que sí hay acuerdo entre doctrina y jurisprudencia es en considerar que el ejercicio de la opción se configura como *una declaración de voluntad unilateral y recepticia*; por tanto, la sola manifestación del optante comunicada tempestivamente sirve, por sí sola, para perfeccionar el contrato proyectado, es decir, que para que el contrato que se encontraba en estado de hibernación salga de su letargo y produzca todos los

(65) Parece como si en el primer caso —letra *a*)— se estuviese configurando el precontrato al modo clásico, mientras que en el segundo —letra *b*)— se atendiese a la tesis formulada por DE CASTRO.

(66) *Op. cit.*, pág. 343.

(67) En la práctica, tratándose de opción sobre inmuebles inscritos, lo más prudente es obtener su inscripción conforme al artículo 14 del RH para lograr efectos *erga omnes*.

efectos que le son propios, basta la declaración de voluntad del optante debidamente notificada dentro de plazo al concedente de la opción.

En lo que atañe a la notificación, la jurisprudencia ha sido, a mi juicio, excesivamente rigurosa porque tiene exigido que no basta con que la emisión de la declaración se realice dentro de plazo si la recepción de la notificación tiene lugar después de vencido aquél, si bien, de forma acertada, considera válidamente realizada la notificación cuando ésta no llega a conocimiento del concedente de la opción por causa que a él le sea imputable (68).

En la práctica, cuando la opción de compra se ha pactado en escritura pública, la DGRN admite que el ejercicio unilateral de la opción sea suficiente no sólo para la *perfección* del contrato proyectado sino también para la *consumación* del mismo, de tal manera que se pueda inscribir la propiedad (o derecho real de que se trate) directamente a favor del optante si bien exige que, en el momento de otorgar la escritura de ejercicio de la opción, el optante acredite la previa constitución del depósito (o requiera al Notario para que lo haga) de la contraprestación o precio a su cargo a favor del concedente o, en su caso, a favor de los terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad a la opción. De haberse pactado así, la DGRN en la importante Resolución de 7 de diciembre de 1978 (cuya doctrina ha sido seguida por otras posteriores), dice «desde un punto de vista instrumental y siempre que el dueño lo haya consentido al pactarse el contrato preliminar —como sucede en este recurso— el título definitivo del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción —otorgada como es obvio por ambas partes— y por la escritura de ejercicio de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente— ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente».

En la *legislación navarra* parece seguirse la tesis clásica sobre la configuración del precontrato, dado que la regulación se refiere a «concluir un contrato futuro», así como a «la obligación de contratar que resulta de estas promesas» y sobre todo porque, según la norma antes citada, el convenio preparatorio obliga a las partes, aunque no reúna todos los requisitos del contrato previsto. Por otra parte, la opción de carácter real parece asimilarse a los derechos de adquisición preferente, al regularse junto con los derechos de tanteo y retracto. Finalmente, en esta legislación navarra destacan los términos empleados por la Ley 516, en su apartado final, a la hora de señalar la forma de proceder a determinar los elementos no esenciales del negocio, estableciendo que se determinarán conforme al uso, la costumbre o la ley y, en su defecto, por el Juez.

Quedaría por analizar la posibilidad del precontrato respecto de *aquellos otros actos y contratos en los que no existe regulación legal alguna de la*

(68) Las sentencias en este sentido pueden verse en SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, págs. 345 y 346, notas 150 y 151.

materia, es decir, debemos estudiar qué ocurre en el caso de la donación y de los negocios reales y formales; en estos casos, ¿cabe realmente la posibilidad del precontrato?

En cuanto al *precontrato o promesa de donación*, la doctrina es prácticamente unánime al considerar que «la promesa unilateral del donante no engendra para éste ninguna obligación, ni su cumplimiento le puede ser exigido. La promesa bilateral, aceptada por el donatario, o es ya en sí misma una donación perfecta, o tampoco puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación», por todos DÍEZ PICAZO (69).

En *los negocios reales y formales*, DÍEZ PICAZO (70), con carácter general, distingue entre precontrato de contrato real y precontrato de contrato formal. En el caso de los primeros (precontrato de contrato real) parece asimilar, siguiendo la tesis de JORDANO, el precontrato de contrato real al contrato consensual de contrato real, incluyendo los casos del préstamo, comodato o depósito; no obstante lo anterior, introduce una distinción que atiende a las causas a que obedezcan; así si tienen causa gratuita, no son susceptibles de engendrar ninguna obligación, «por la misma razón que no la engendran las promesas de donación»; por el contrario, si tienen causa onerosa, «el convenio consensual es un negocio válido y eficaz, del que derivan específicas obligaciones para las partes» (71).

Por otra parte, para el supuesto de *los negocios formales*, DÍEZ PICAZO admite sin duda la posibilidad del precontrato planteándose únicamente la cuestión de si éste debe tener o no la misma forma solemne que el contrato definitivo; y a ello responde diciendo que, si la forma se impone por la ley como requisito de existencia y validez, el precontrato debe tener la misma forma que el contrato definitivo porque, en otro caso, se abriría una vía para burlar la exigencia de tal solemnidad, mientras que si la forma *ad solemnitatem* deriva de la voluntad de las partes, no hay inconveniente en admitir la posibilidad de un precontrato no formal.

(69) *Op. cit.*, pág. 224. Sin embargo, el BGB en su parágrafo 518.1 la admite señalando que «para la validez de un contrato por el que se promete una prestación de forma gratuita (una donación) es necesaria la autenticación notarial de la promesa». Tomado del *Código Civil Alemán Comentado*, en la versión publicada en 1998 por Marcial Pons y que fue traducida por Emilia EIRANOVA ENCINAS.

No obstante y aún a riesgo de pecar de imprudente, me interesaría destacar aquí una posible excepción a este modo de pensar mayoritario, que vendría determinado por lo dispuesto en el artículo 833 del CC, que admite la promesa de mejorar por escritura pública en capitulaciones matrimoniales y, dado que la mejora puede concretarse en diversos negocios, entre los que se encuentra la donación, cabría admitir, por esta vía, la promesa de donación.

(70) *Op. cit.*, pág. 224.

(71) Sin embargo, CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral* (12.ª ed., 1985), tomo IV, pág. 48, admite, sin mayores problemas, la promesa de préstamo que podrá ser unilateral o bilateral.

A mi juicio, el criterio de Díez PICAZO cuando distingue entre precontrato de contrato real (oneroso y gratuito) y precontrato de contrato formal es coherente con su forma de pensar, pero creo conveniente introducir una matización y es que, en mi modesta opinión, aun pensando como DE CASTRO y Díez PICAZO, la solución, tratándose de negocios formales, debe ser la misma, tanto si la *forma de ser* deriva de la voluntad de las partes como si lo hace de la ley, porque, al fin y al cabo, la voluntad contractual es tan ley entre las partes como lo pueda ser el Código Civil o el Código de Comercio.

De todo lo expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones de Derecho sustantivo:

- 1.º La promesa de matrimonio no genera ninguna obligación jurídicamente relevante.
- 2.º No parece que la donación pueda prepararse a través de precontrato, pues, o hay una donación definitiva y aceptada, o no hay ningún vínculo jurídico para el donante (72).
- 3.º En los negocios reales (préstamo, comodato y depósito) el precontrato se confunde con el contrato consensual.
- 4.º En el caso del artículo 1.862 del CC, se distingue claramente entre la promesa constituir prenda o hipoteca y la definitiva constitución de las mismas. En el primer caso (precontrato o promesa de prenda o hipoteca), la doctrina admite la posibilidad de sustituir la voluntad del incumplidor, por lo que sería aplicable el artículo 708 de la LEC.
- 5.º En los contratos consensuales y, en especial, en la compraventa, habrá que estar a la interpretación de la voluntad de las partes (arts. 1.281 y sigs. del CC) para determinar si aquéllas se han obligado a un *facere* consistente en la futura celebración de un contrato o si, por el contrario, las partes atribuyen a una de ellas (o a ambas) la facultad (opción) de poner en vigor ese contrato proyectado. En el primer caso habría que averiguar igualmente si la voluntad de las partes ha sido que, en caso de incumplimiento de alguna de ellas, pueda acudir a la ejecución en especie (vía art. 708-1 de la LEC) o si debe procederse a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 708-2-2 de la LEC) y, en este último caso, si las partes han pactado o no algún resarcimiento para el caso de incumplimiento.

(72) Con la posible excepción, quizá, de lo dicho para el caso de la donación hecha en cumplimiento de la promesa de mejorar pactada en capitulaciones matrimoniales.

En este último punto estoy completamente de acuerdo con María Paz GARCÍA RUBIO (73), cuando considera que, en general, puede entenderse que la existencia de arras penitenciales (art. 1.454 del CC) o de una pena convencional (art. 1.152 del CC) sustitutivas de la indemnización por incumplimiento de la promesa implicarán la eliminación tanto de la ejecución específica prevista en el artículo 708 de la LEC como los «sucedáneos» del cumplimiento *in natura* previstos en dicha Ley y, ello, lógicamente, sin perjuicio de que pueda actuar la facultad moderadora del Juez prevista en el artículo 1.152 del CC. Así se desprende, en cierto modo, del párrafo 2.º del número 1 del artículo 706 (74), así como del número 4 del artículo 709 (75), ambos de la LEC que, tanto para el caso de condenas a un hacer no personalísimo como para el caso contrario (*facere* personalísimo), consagra la aplicación de lo dispuesto en el título ejecutivo cuando éste contenga alguna disposición expresa para el caso de incumplimiento del obligado.

Seguidamente habría que ocuparse del derecho positivo en materia procesal que estaría integrado básicamente por el artículo 708 del Código Civil. Como hemos señalado anteriormente, tal precepto contiene una norma sobre la ejecución de condenas a la emisión de una declaración de voluntad, en cuanto supuesto especial dentro de la regulación de la ejecución de obligaciones de hacer entendiendo que, el Tribunal, por medio de AUTO, puede tener por emitida la declaración de voluntad del ejecutado.

Esta solución legal es criticada por Virginia PARDO IRANZO (76), quien, partiendo de la tesis de DE CASTRO sobre la configuración sustantiva del precontrato, y, aún mostrándose conforme con la finalidad perseguida por el legislador —cumplimiento en forma específica—, no está de acuerdo, sin embargo, con los términos que aquél ha utilizado. A su juicio, no es necesaria una nueva declaración de voluntad; el consentimiento fue prestado suficientemente al realizar las partes el precontrato; el juez no tiene que sustituir al obligado en nada, no es necesario que *tenga por emitida* la declaración; no es necesaria esta ficción porque en este caso sí hubo verdaderamente declaración de voluntad. Esa condena a un hacer es un *circuitus inutilis* al que no hay que acudir en modo alguno dice, citando al profesor CARRERAS LLANSANA. Por ello, para esta autora, «la sentencia que ponga fin al proceso no será de condena (o, en rigor, no debería serlo a pesar de los términos con los que se

(73) *Op. cit.*, págs. 1890 y 1891.

(74) Dicho apartado establece: «Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento».

(75) El cual señala: «No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél».

(76) *Op. cit.*, pág. 272.

pronuncia la Ley...»); la sentencia que ponga fin al proceso de declaración, por tanto, más que de condena será constitutiva, en cuanto que constituye el negocio jurídico (es decir, allí donde existía precontrato, por ejemplo, de compraventa, se constituye el contrato de compraventa). Sin embargo, a mi modo de ver las cosas y como ya he apuntado antes, basándose en la tesis formulada por DE CASTRO sobre el precontrato, no puede decirse que la sentencia constituya el contrato porque éste ya ha sido creado por voluntad de las partes en un primer momento entrando en vigor en un momento posterior por la declaración unilateral de una de ellas; por tanto, se tratará, más bien, de una sentencia que, previo reconocimiento de la existencia del contrato, declara producidos sus efectos condenando a su cumplimiento a aquella de las partes que los desconozca; en definitiva, pues, una sentencia declarativa o, a lo sumo, mixta, es decir, declarativa y de condena.

Para María Paz GARCÍA RUBIO la resolución (auto) a que se hace alusión en los dos primeros números del artículo 708 de la LEC es constitutiva, no de condena (77). Esta tesis me parece más difícil de sostener pues, una cosa es que se realice una dura crítica a la vigente legislación, como hace Virginia PARDO, pero reconociendo la realidad de las cosas cuando se explica aquella (78), y otra muy distinta es prescindir de la letra de la ley para hacerla decir lo que realmente no dice. Además, según nuestra LEC (79), lo que puede ser de condena, declarativa o constitutiva, es la resolución correspondiente (sentencia) que pone fin al proceso de declaración. Por tanto, a falta de una expresa declaración legal en tal sentido, no parece que pueda ser constitutivo un auto dictado en el seno del proceso de ejecución.

A mi juicio, el auto a que se alude en el artículo 708 es un acto procesal de ejecución, como se desprende de lo siguiente:

- de la propia literalidad del precepto (habla de «ejecutante» y de «ejecutado»);
- de su encuadramiento sistemático en el capítulo relativo a la ejecución por «obligaciones de hacer y no hacer»;

(77) *Op. cit.*, pág. 1888.

(78) Así dicha autora —*op. cit.*, pág. 273— reconoce, al comentar el artículo 708.1, que el «procedimiento para la ejecución de este tipo de “condenas” no se iniciará hasta que la resolución judicial o arbitral sea firme».

(79) Recuérdese la literalidad del artículo 521 de la LEC: «*Sentencias meramente declarativas y sentencias constitutivas*»:

1. *No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas.*

2. *Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros Públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.*

3. *Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley».*

- de la propia rúbrica (*condena a la emisión de una declaración de voluntad*) que encabeza el precepto;
- de otros preceptos, como el artículo 525.2 de la LEC, que considera no susceptibles de ejecución provisional las sentencias que condenan a la emisión de declaraciones de voluntad, por lo que, *a sensu contrario*, son susceptibles de ejecución definitiva tales sentencias.

Por todo ello, de acuerdo con lo defendido por nosotros, la adecuada interpretación del precepto exige tener en cuenta lo siguiente:

1. La resolución que habilita la ejecución a través del artículo 708 de la LEC es una resolución de condena a la emisión de declaración de voluntad.
2. La ejecución que regula este precepto es una modalidad especial de la ejecución de obligaciones de hacer.
3. El auto, teniendo por emitida la declaración de voluntad del ejecutado, es un acto de ejecución que viene a sustituir la comparecencia en el otorgamiento del definitivo contrato que hacía personalmente el Juez en la práctica judicial diaria vigente bajo la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881.

Cuestión distinta sería la de si, *de lege ferenda*, sería preferible un sistema de tutela constitutiva (80), y otro problema diferente, a su vez, es el de si, *de lege data*, cabe alguna solución que no sea la preconizada por el artículo 708 de la LEC —ejecución de una sentencia que condene a la emisión de una declaración de voluntad— cuando todos los elementos del futuro negocio estén perfectamente determinados y fijados en el precontrato.

Entre los autores que admiten otra posible solución se encuentra DE LA OLIVA SANTOS (81), quien considera que los términos del 708, relativos a la determinación de los elementos, se refieren a la resolución judicial o arbitral pues, si dichos elementos están determinados ya en el precontrato, la sentencia puede «muy bien no ser de condena a emitir una declaración de voluntad, sino de entregar, hacer o no hacer lo que corresponda al contenido de esa declaración de voluntad».

En parecido sentido se muestran MONTERO AROCA y FLOR MATÍES (82), los cuales se decantan por el carácter declarativo y no constitutivo (83) de la

(80) Para ello bastaría con introducir un precepto en la LEC que, en caso de incumplimiento del precontrato, permitiese a la parte cumplidora obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado, tal y como hace la legislación italiana a la que nos hemos referido.

(81) *Op. cit.*, pág. 322.

(82) *Op. cit.*, pág. 2070.

(83) Sin embargo, otros autores, como FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (*op. cit.*, pág. 431), parecen admitir la posibilidad de una sentencia constitutiva (según el concepto de CHIO-

sentencia en cuanto, después de analizar el artículo 708, señalan que «en este caso de predeterminación de todos los elementos del negocio lo que realmente sucede es que el negocio ya existe y, por tanto, el actor lo que podría pedir al juez en el proceso declarativo es la declaración de la existencia del contrato y, partiendo de ahí, la declaración de condena de las consecuencias que se deriven del mismo..., el actor puede pedir que se declare existente la compraventa y que se condene al demandado a la entrega de la cosa».

En mi opinión, la posición de los autores últimamente citados es la correcta. Creo, por tanto que, tal y como ha admitido el TS según vimos, en determinados casos —si así lo han establecido claramente las partes en el precontrato, pactando que bastará la voluntad unilateral de los contratantes para poner en vigor el contrato proyectado (tesis de CASTRO sobre el precontrato o verdadera opción según la tesis clásica)— se podrá solicitar directamente del Juez la condena a las consecuencias del contrato (pago del precio, entrega de la cosa, etc.) (84).

Igualmente entiendo que, en tales casos, la sentencia será meramente declarativa y no constitutiva. Efectivamente, tanto si se atendiera a la tesis de CASTRO sobre el precontrato como si se entendiera como una opción, el negocio definitivo constituido por la voluntad de las partes y que se encontraría latente entra en vigor y cobra eficacia por la declaración unilateral del optante comunicada dentro de plazo y precisamente ese momento (el de la declaración unilateral) será el relevante, como hemos visto, para la producción de todos los efectos del negocio (frutos, riesgos, etc.). No es necesario que la sentencia constituya negocio alguno porque el contrato ya ha sido constituido por la voluntad de las partes.

Admitido esto, la cuestión que surge es la de cómo sabremos si debe acudirse a la ejecución de una condena a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC) o a otras vías (sentencia que condene a las consecuencias del contrato, por ejemplo, entrega de un inmueble); la solución dependerá, desde el punto de vista teórico, de la concepción que mantenga-

VENDA), al afirmar que, «en aquellos casos en los que la declaración de voluntad que debió emitirse debe recaer sobre un objeto preciso y con un contenido perfectamente determinado (esto es, en aquellas hipótesis en las que se sabe con certeza “qué es lo que el ejecutado debe querer”) no es necesario acudir a la ejecución forzosa: el Juez se limita a atribuir en la sentencia unos efectos jurídicos determinados a unos actos anteriores, prescindiendo por completo de la voluntad del deudor», para continuar señalando: «se trata de una sentencia constitutiva que, en su caso, requerirá sólo de aquellas actuaciones que integran la ejecución impropia. La LEC no recoge expresamente este supuesto, lo cual no significa que lo excluya: al contrario, al no ser necesaria la ejecución forzosa, no hay razón para incluirlo en esta sede».

(84) No es óbice para ello el que no se regule expresamente tal posibilidad, dado que nuestro Derecho, a diferencia del Derecho romano, no se basa en un sistema de «acciones» sino en un sistema de «derechos», de modo que si sustantivamente tienes un derecho lo puedes hacer valer procesalmente.

mos sobre la naturaleza del precontrato conforme a lo ya expuesto y, desde el punto de vista práctico, de la interpretación de la voluntad de las partes que permita determinar si se ha pactado un verdadero derecho de opción o un precontrato en sentido clásico que exija una nueva declaración de voluntad así como, en fin, de los propios términos en que se formule la demanda (85).

En este sentido, mi opinión es que si de la interpretación del precontrato resulta que estamos ante un verdadero derecho de opción en la que una de las partes (o ambas) tiene la facultad de poner en vigor unilateralmente el contrato proyectado, cabría, ante el incumplimiento de la otra parte, exigir judicialmente el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega de la cosa —opción de compra— o el pago del precio —opción de venta—. En tal caso, la propia sentencia será título inscribible si en la demanda se ha solicitado, además del cumplimiento sustantivo, la adecuación del Registro a la sentencia; esto se deduce de lo dispuesto en el artículo 703.1 de la LEC (86), el cual prevé que, en caso de incumplimiento de la obligación de entrega establecida en el título ejecutivo, se pueda disponer, además de lo que proceda según el contenido de la condena, lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo. Efectivamente, no tendría sentido que, si el obligado no cumple voluntariamente la sentencia, la resolución judicial correspondiente dictada en ejecución pueda servir para adecuar el Registro a la realidad y que no pueda hacerse lo mismo en fase declarativa, especialmente si el condenado cumple voluntariamente la sentencia. Todo ello sin perjuicio de que, en algún caso, el cumplimiento voluntario de la sentencia pueda realizarse mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública que, lógicamente, facilitaría la inscripción registral.

Sin embargo, en aquellos otros casos en los que de la interpretación de la voluntad de las partes plasmada en el precontrato se deduzca que, para perfeccionar el contrato definitivo es necesaria una nueva declaración de voluntad de las partes, entonces y sólo entonces, entraríamos de lleno en el ámbito del artículo 708 de la LEC, de cuyos términos nos ocuparemos a continuación. Por tanto, considero que este precepto está pensado para regular la ejecución cuando el precontrato se ha articulado atendiendo a la concepción clásica del mismo. Ahora bien, ello no quiere decir que esta norma

(85) La demanda también tendrá especial importancia porque de nada servirá que las partes hayan pactado que la sola voluntad de una de ellas bastará para poner en vigor el contrato si la demanda se formula solicitando al Juez que condene al demandado a otorgar el negocio proyectado en lugar de pedir que se declare existente el contrato y se condene al demandado a las consecuencias de dicho negocio (por ejemplo, entrega de la cosa o pago del precio, si de compraventa se trata).

(86) Este precepto en su apartado 1.º del párrafo 1.º establece: «*Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, el tribunal ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo...*»

se aplique únicamente a los precontratos así considerados, antes bien al contrario y como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, el artículo 708 de la LEC, de cuyo estudio nos ocupamos seguidamente, tiene un vasto campo de aplicación más allá de los precontratos.

III. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO ESTÁN PREDETERMINADOS

A) RESOLUCIÓN JUDICIAL O ARBITRAL FIRME

El artículo 708 alude a «*resolución judicial o arbitral firme*». Tal expresión exige analizar dos aspectos: uno trataría de aclarar qué clases de títulos ejecutivos pueden dar lugar a ejecución de declaraciones de voluntad y el otro debería estudiar la referencia a la firmeza de la resolución.

La determinación de qué supuestos de los enumerados en el artículo 517 como títulos ejecutivos permiten poner en marcha el procedimiento del artículo 708 de la LEC nos conduce, a mi juicio, a distinguir tres grupos de títulos, de los cuales uno de ellos, *el primero* estaría formado por aquellos títulos que, sin lugar a dudas, permiten abrir dicho procedimiento; *el segundo* se referiría a los títulos que claramente no permiten acudir a tal procedimiento, y *el tercero y último* estaría formado por los supuestos dudosos.

Entre los títulos ejecutivos claramente incluidos en el ámbito del artículo 708 de la LEC estarían los aludidos en los dos primeros números del artículo 517 de la LEC, es decir, la sentencia de condena firme y los laudos o resoluciones arbitrales. Son los casos que más se ajustan a la letra del artículo 708 de la LEC.

Entre los títulos ejecutivos excluidos del artículo 708 figuran los detallados en los ordinales 4.º al 8.º, en unos casos porque son de carácter extrajudicial (escrituras públicas, pólizas intervenidas, títulos al portador y nominativos, certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables de valores representados por anotaciones en cuenta) y, en otros, porque su objeto es pecuniario (autos fijando la cantidad reclamable en concepto de indemnización dictados en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del número 8.º del 517).

En el tercer grupo, es decir, en el de los supuestos dudosos, se incluirían el ordinal 3.º, relativo a las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, así como el ordinal 10.º, que se remite a las disposiciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución, especialmente

en lo que atañe a las resoluciones judiciales pues, si son de carácter extrajudicial cabría, por las mismas razones antes apuntadas, excluirlos del ámbito de aplicación del artículo 708 de la LEC.

No obstante, el caso del ordinal 9.º (87) y en la medida que se trate de una resolución judicial firme parece que cabe en la letra del artículo 708 sin hacer ningún tipo de interpretación forzada.

Las dudas se centrarían, pues, en el supuesto del número 3 donde tendríamos, por ejemplo, la transacción judicial o la conciliación previa homologada judicialmente cuyos efectos se asimilan a aquélla (art. 415.2). ORTELLS RAMOS (88), que es quien plantea el problema, considera que ambos deben incluirse dentro de los casos que permiten acudir al procedimiento ex 708 LEC, basándose en cuatro razones:

- 1.º) porque una interpretación literal excluiría la eficacia ejecutiva de la transacción judicial no sólo respecto de la emisión de declaraciones de voluntad sino también respecto de la entrega de inmuebles (art. 703.1) y de todas las prestaciones de hacer y no hacer (obsérvense los epígrafes de los arts. 706, 709 y 710);
- 2.º) porque el precepto decisivo —por directa y expresamente orientado a ello— para la limitación del objeto del título ejecutivo (art. 520) no comprende la transacción judicial;
- 3.º) porque el título ejecutivo-transacción judicial no sólo está integrado por el convenio o acuerdo de las partes sino también por la resolución judicial que lo aprueba u homologa (art. 517.3) y, por ello, cabe entender que el artículo 708-1 se refiere a esa resolución;
- 4.º) porque la remisión que el 708 hace al 548 da entrada a las transacciones judiciales, pues el último artículo citado refiere su regulación no sólo a las resoluciones judiciales y laudos sino también a los convenios aprobados judicialmente.

A mi juicio, todavía cabe traer a colación otro argumento mas para defender y reforzar la tesis de ORTELLS; el artículo 776 de la propia LEC que, al regular la ejecución de los pronunciamientos sobre medidas —en casos de nulidad, separación o divorcio—, se remite a lo dispuesto en el Libro III con las especialidades que establece el propio artículo 776, entre las que no hay ninguna referencia a la inaplicabilidad del artículo 708 de la propia LEC. Parece, por tanto, que si la LEC admite la posible aplicación del artículo 708 en el caso de Convenios reguladores entre cónyuges aprobados judicialmente no debe haber inconveniente en que se predi-

(87) ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, pág. 61, incluye aquí, con arreglo al artículo 476, 1.º de la LEC de 1881, lo convenido en acto de conciliación, siempre que se trate de asuntos de la competencia del juez ante el que se haya celebrado el acto y que hayan sido constituidas obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa diferente a dinero.

(88) *Op. cit.*, págs. 330 y 331.

que la misma solución a los restantes convenios aprobados judicialmente (núm. 3 del art. 517 de la LEC), ya que entre ambos supuestos concurre la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica de las normas.

En cualquier caso, como hemos destacado, la resolución judicial o arbitral de que se trate, ha de tener carácter *firme*, no cabe en materia de declaraciones de voluntad, la ejecución provisional quizá por entenderse, con buen criterio, que la declaración de voluntad se emite o no se emite y, por tanto, sus efectos propios se producirán o no, pero lo que no es posible, aunque se garantice, es volver atrás lo ya hecho. En este sentido es terminante el artículo 525.2 de la LEC a cuyo tenor: «*No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: ...2.ª Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad...*»

Por otro lado, cabe apuntar también que, cuando la condena proceda de un laudo o resolución arbitral, si se ha ejercitado la acción de anulación contra ellos, la ejecución puede ser suspendida, con arreglo a lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje (89), que exige que el ejecutado ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pueden derivarse de la demora en la ejecución del laudo.

Del mismo modo, de acuerdo con el artículo 566 de la LEC, si, despachada la ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de revisión o rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaran, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia si bien, para ello, el tribunal deberá exigir caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por la inexecución de la sentencia, debiendo, igualmente, antes de decidir, oír al Ministerio Fiscal.

B) ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO

La referencia a los elementos esenciales del negocio nos lleva a la teoría general del negocio jurídico donde nos encontramos, para el caso de los negocios consensuales —la mayoría en nuestro ordenamiento—, con el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1.261 CC) (90). Dentro del precepto deben incluirse no sólo aquellos negocios en los que los elementos esenciales estén perfectamente determinados inicialmente, sino también aquellos otros en los que no estando determinados dichos elementos esenciales *ab initio* puedan

(89) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

(90) No debemos perder de vista que cada contrato tiene sus especialidades y ello exigirá, por ejemplo, que en el precontrato de compraventa deban estar determinados la cosa y el precio; en el de arrendamiento, la cosa y la renta, etc.

determinarse *a posteriori*, conforme a lo pactado previamente por las partes, pero sin necesidad de un nuevo convenio entre ellas. Igualmente creemos que cabe pactar, como establece la legislación navarra (Ley 461 para el derecho de opción), cláusulas de estabilización, por ejemplo, actualización del precio en función del IPC si el plazo para el contrato definitivo fuese muy largo, etc.

En cuanto a los negocios y contratos que pueden ser preparados a través del precontrato, cabe remitirse a lo que ya dijimos a lo largo de este trabajo, en concreto cuando se estudió el Derecho positivo español en esta materia. De añadir algo, cabría señalar que pueden tratarse tanto de negocios *unilaterales* [por ejemplo, renunciaciones (91), cancelaciones (92), ratificaciones (93), apoderamientos, desistimientos, etc.], como *bilaterales* (compraventa, arrendamiento, etc.) o *plurilaterales* (sociedades en sus diversos tipos, etc.).

C) PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 708 DE LA LEC

De la lectura del precepto se desprende que, si dentro del plazo de veinte días, contados desde la notificación de la resolución correspondiente o, después de dicho plazo, pero antes de la iniciación de la ejecución, el condenado cumple la sentencia voluntariamente, no será necesario acudir al proceso de ejecución al que alude el artículo 708 de la LEC. Por tanto, si el condenado, dentro de plazo, emite voluntariamente la correspondiente declaración de voluntad, entonces se perfeccionará el negocio de que se trate siempre que concurren también las declaraciones de voluntad de los demás sujetos de la relación correspondiente, salvo, claro está, aquellos actos y negocios (por ejemplo, los unilaterales) que se perfeccionen por la sola voluntad del condenado, y ello porque el precontrato, como vimos al estudiar la tesis clásica y según la definición que nos daba MORO LEDESMA, obliga a emitir una declaración de voluntad que, junto con la declaración de voluntad que emita la otra u otras partes, integrarán el contrato proyectado (94).

En caso contrario, es decir, si el condenado no cumple voluntariamente la resolución, debe acudir al procedimiento ex artículo 708 de la LEC que

(91) Por ejemplo, si como consecuencia de una transacción judicial una parte se ha obligado a renunciar a un usufructo, servidumbre o cualquier otro derecho real, o a un cargo societario, etc.

(92) Si en el mismo caso de transacción judicial una parte reconoce el hecho del pago y se obliga a cancelar la hipoteca o condición resolutoria que lo garantizaba, etc.

(93) Si en el marco de un convenio regulador de una separación o de un divorcio, uno de los cónyuges se obliga a ratificar un acto dispositivo realizado por el otro sobre bienes gananciales.

(94) Esta distinción entre declaración de voluntad y concurso o concurrencia de declaraciones de voluntad —contrato— puede verse claramente en los párrafos 116 y siguientes del BGB y en el propio CC español (por ejemplo, art. 1.262 del CC).

se iniciará a través de la correspondiente demanda o solicitud (95) con arreglo a los criterios generales de la ejecución (96) y ello aunque sólo sea porque, de otro modo, el Tribunal no podría saber si la sentencia se ha cumplido voluntariamente por el condenado o no. La especialidad aquí radica en que no se requiere al condenado para que cumpla ni se le concede un nuevo plazo para dicho cumplimiento, a diferencia de lo que, con carácter general, establece el artículo 699 de la LEC (97).

Creo, sin embargo, que en la demanda o solicitud ejecutiva el ejecutante puede aprovechar, si no lo ha hecho antes, para, como apunta ORTELLS RAMOS (98), «formular alegaciones sobre la necesidad y el sentido en que deben ser determinados elementos no esenciales del negocio o contrato al que se refiere el título ejecutivo».

Igualmente entiendo que cabe pedir y adoptar, si no se ha solicitado con anterioridad, medidas cautelares ordinarias (arts. 721 y sigs.), en especial, si de negocios referidos a inmuebles se trata, será de especial utilidad la anotación preventiva de la sentencia a la que alude el número 3 del artículo 42 de la LH y que ha sido admitida por la Dirección General en diversas resoluciones (99).

Por su parte V. PARDO IRANZO (100) considera que si, como entiende el que suscribe, se defiende la postura que la sentencia es de condena y que hay verdadera ejecución, sería posible pedir en la demanda ejecutiva el embargo preventivo del artículo 700.II de la LEC.

Una vez iniciado el procedimiento del artículo 708 de la LEC, y siempre que ya estén determinados los elementos esenciales y accidentales del negocio, *el tribunal, por medio de AUTO, resolverá tener emitida la declaración de voluntad.*

(95) Así V. PARDO IRANZO (*op. cit.*, pág. 274, nota 208) considera que en caso de que el título ejecutivo sea un laudo arbitral, la demanda ejecutiva no deberá ser la simple o simplificada, es decir, la del 549.2 LEC porque el laudo no consta en los juzgados.

(96) En sentido contrario se pronuncian Faustino CORDÓN y otros en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editada por Aranzadi, pág. 615, afirmando: «parece que no debe ser necesaria la previa solicitud del ejecutante, ya que nada se establece en el precepto sobre este particular y no puede aplicarse análogicamente lo previsto para el despacho de la ejecución».

(97) Este precepto dispone: «*Despacho de la ejecución.—Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo.*»

En el requerimiento, el tribunal podrá apercebir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.

(98) *Op. cit.*, pág. 343.

(99) Por ejemplo, la de 19-9-1990, la de 7-5-1998 o, a modo de recapitulación de la doctrina extensiva de la Dirección General en cuanto a anotaciones preventivas de demanda, la de 28-4-2002.

(100) *Op. cit.*, pág. 274, nota 208.

A mi juicio, en este caso, la situación no es distinta de la que se produce cuando el condenado cumple voluntariamente la sentencia, por tanto, salvo en algún caso excepcional (negocios unilaterales fundamentalmente), será necesaria, como ya hemos apuntado, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de todos los sujetos de la relación negocial que se pretende constituir. Lo que ocurre es que el Juez ya no tiene que acudir a la Notaría ni a ningún otro lugar; la autoridad judicial se manifiesta a través de una resolución (AUTO), que es la forma en que debe y puede expresarse de acuerdo con su régimen orgánico. Por tanto, el momento en que concurran las respectivas declaraciones de voluntad es cuando se perfeccionará el negocio de que se trate y ese será el momento determinante para la producción de los efectos del negocio (frutos, rescisión por lesión, saneamiento por vicios, riesgos, etc.). Por todo ello, el régimen de impugnación será el general del negocio o contrato de que se trate, con la particularidad de que el auto judicial estará sujeto a las normas procesales sobre la materia, es decir, al régimen de impugnación de los actos judiciales mientras que las declaraciones de voluntad emitidas voluntariamente seguirán el régimen general de las obligaciones y contratos.

Sin embargo, la doctrina o no se plantea esta cuestión limitándose a insinuar, como hacen los procesalistas, que con el auto es directamente inscribible el total negocio, o bien, se afirma, como hace María Paz GARCÍA RUBIO (101) que «la relación constituida por el auto judicial... es una relación jurídica contractual, que tiene su antecedente en el precontrato celebrado entre las partes, que el juez se limita a sancionar definitivamente», por ello, para esta autora (102), la resolución judicial no va a quedar sometida al régimen de invalidez o ineficacia contractual sino a aquél que le es propio y que se recoge en los artículos 225 y siguientes de la LEC para concluir, después (103), diciendo que «la resolución judicial mencionada en el artículo 708.1 de la LECIV, no sólo sustituye la manifestación de voluntad del incumplidor, sino también la de la parte que está dispuesta a cumplir».

En mi opinión, sin embargo, la perfección del negocio definitivo —si es bilateral o plurilateral— exigirá, como hemos apuntado, la concurrencia de todas las voluntades necesarias, entre las que se encontrará la del contratante incumplidor cuya declaración de voluntad se sustituye por la resolución judicial. Por tanto, la resolución judicial se limita a suplir, a través de una ficción, la declaración de voluntad del incumplidor y la no presencia de éste pero sin añadir nada más, salvo la posible concreción de elementos no esenciales a los que posteriormente aludiremos. Ni el artículo 708 ni ningún otro

(101) *Op. cit.*, págs. 1895 y 1896. La posición de esta autora es coherente con su concepción constitutiva del auto del artículo 708 de la LEC.

(102) *Op. cit.*, pág. 1896.

(103) *Op. cit.*, pág. 1897.

precepto de la LEC autoriza al Juez a suplir la declaración de voluntad de aquellas personas que voluntariamente quieren emitirla. Tampoco podemos decir que la declaración de voluntad de la otra parte se haya prestado ante el juez, porque ni la función del juez es autorizar actos y negocios entre particulares, salvo que la ley así lo autorice expresamente, ni los actos procesales del demandante son declaraciones de voluntad negociales, tal y como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

En mi opinión la tesis que mantenemos puede basarse en los siguientes argumentos:

1.º Argumento literal. La letra del artículo 708 (cuando alude al auto lo refiere a «declaración de voluntad», mientras que los elementos esenciales son los del «negocio o contrato» y las formas y solemnidades a cumplir son las de los «actos y negocios jurídicos»; además, en el último párrafo del precepto se alude al «negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad») hace pensar que el legislador tiene muy claro lo que es la declaración de voluntad, por un lado, y lo que es el negocio o contrato que requiere el concurso de voluntades (art. 1.262 del CC), por otro. La propia referencia a la inscripción del Auto en el Registro que corresponda, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad, confirma que el objeto de la inscripción es únicamente esa declaración de voluntad —negocio unilateral— que el juez, por medio de auto, tiene por emitida. Finalmente, la rúbrica del precepto y el contenido del mismo se refieren expresamente a «una declaración de voluntad», no a varias declaraciones de voluntad.

Por otra parte, el artículo 708 en ningún momento dice que el Auto supla la voluntad del contratante cumplidor o la de otras personas dispuestas a cumplir y que deban intervenir para la válida constitución de la relación jurídica. Antes bien, al contrario, si leemos detenidamente el apartado primero del precepto, veremos que se limita a decir que el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad del ejecutado cuando éste no la emite voluntariamente. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de que, en ocasiones, la sola declaración de voluntad del ejecutado constituya un negocio jurídico por sí solo o pueda producir determinados efectos jurídicos, en cuyo caso, si el ejecutante pide el correspondiente mandamiento, dicha declaración será inscribible si su contenido y objeto son susceptibles de inscripción.

De la literalidad del precepto, por tanto, sólo se pueden extraer las siguientes consecuencias:

- el auto judicial resuelve tener por emitida la declaración de voluntad del ejecutado cuando éste no la ha emitido voluntariamente;
- deben observarse las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de los actos y negocios jurídicos;

- la declaración de voluntad del ejecutado que se tiene por emitida a través del Auto judicial puede acceder al Registro correspondiente cuando por su contenido y objeto sea susceptible de inscripción o anotación, si lo solicita el ejecutante.

2.º Argumento lógico. Si el contratante condenado en el proceso declarativo cumple voluntariamente la sentencia antes de iniciarse el proceso de ejecución, se otorgará el negocio correspondiente por ambas partes (parte demandante y demandada); no hay razón alguna para que ello no sea así en período de ejecución, máxime cuando la letra de la ley no sólo no descarta tal posibilidad sino que parece acogerla.

Un segundo argumento de lógica sería el de reducción al absurdo o de lógica excluyente. De la interpretación del artículo 708 tan absurdo es deducir que el Auto judicial contiene el «negocio sobre el que debe recaer la declaración de voluntad» —por utilizar palabras literales del precepto— como decir que la declaración de voluntad emitida voluntariamente por el condenado en cumplimiento de la resolución judicial o arbitral firme contiene ese negocio. Igual de absurdo sería también entender, en el último apartado del número 2 del artículo 708 —indeterminación de elementos esenciales—, que la sola declaración de voluntad emitida por el condenado contiene el total negocio sobre el que debe recaer aquella declaración. En todos estos casos, una cosa es la declaración de voluntad del condenado-ejecutado y otra cosa es el negocio sobre el que debe recaer esa declaración de voluntad el cual, salvo que sea unilateral, estará integrado por la declaración de voluntad del ejecutado y por las demás declaraciones de voluntad (al menos, la del ejecutante), de las que no podemos prescindir salvo que queramos expropiar la voluntad y la libertad individual de las personas.

3.º Argumento basado en los antecedentes legislativos. Si analizamos el iter legislativo del actual precepto, también nos confirma esta idea que venimos defendiendo, pues el artículo 707.1 del Anteproyecto (104) decía que *cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo..., la emitirá el tribunal, a instancia del ejecutante, con plenos efectos si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio, pudiendo llevarse a cabo las inscripciones registrales que procedan, sin necesidad de documentar la declaración en escritura pública* —el subrayado es mío—. Esta última mención, que no ha pasado a la redacción definitiva de la Ley, aludía a la documentación de la declaración de voluntad que el Tribunal emite, pero no se refería para nada al total negocio ni a las declaraciones de voluntad de los demás sujetos del negocio de que se trate.

(104) Tomado de la obra de Virginia PARDO, *op. cit.*, pág. 286.

4.º Argumento basado en los antecedentes históricos. Si recordamos la práctica judicial vigente bajo la ley de 1881, el Juez sustituía al condenado rebelde otorgando el contrato o negocio de que se tratara en unión del ejecutante; la nueva ley lo único que hace es regular dicha práctica y, en lugar de ordenar la presencia del Juez otorgando el negocio en sustitución del ejecutado no compareciente, establece que el Tribunal tendrá por prestado su consentimiento (declaración de voluntad) a través del Auto correspondiente porque, al fin y al cabo, la función de los Jueces y Tribunales se desarrolla a través de Sentencias, Autos y Providencias.

5.º Argumento sistemático en relación tanto a la propia Ley de Enjuiciamiento como al conjunto del ordenamiento.

Si se entiende que el AUTO del 708 contiene el total negocio (bilateral o plurilateral), no hay más remedio que concluir, como hace María Paz GARCÍA RUBIO —ver su opinión en partes anteriores de este trabajo—, que dicho auto suple también la declaración de voluntad del ejecutante y que, por tanto, tiene carácter constitutivo. El inconveniente de esta forma de pensar radica en que la LEC no dice en el artículo 708, ni que el Auto constituya ningún negocio jurídico bilateral o plurilateral ni que el Auto supla la declaración de voluntad del ejecutante. En realidad, la apariencia es de todo lo contrario, ya que el artículo 708 de la LEC está situado dentro de la regulación de la ejecución como una especialidad de la ejecución de las obligaciones de hacer. No tiene sentido entender que hay una actividad constitutiva del Juez o Tribunal en esta fase no sólo porque la ley no lo dice sino también porque ello sería más propio del proceso declarativo, tal y como lo establecen los ordenamientos procesales italiano y portugués —para el caso del precontrato— e incluso nuestro propio ordenamiento procesal que, en sus artículos 521 y 522, parece dar a entender que lo puede tener carácter declarativo o constitutivo es la sentencia que pone fin al procedimiento plenario (105).

Por otro lado, lo que, a mi juicio, tampoco puede entenderse, es que la declaración de voluntad del ejecutante se encuentre en la demanda o en la solicitud de ejecución ni en cualesquiera otros actos procesales porque son actos de carácter procesal y no material; su destinatario no es la otra parte sino la Autoridad judicial y además, por tanto, ni perfeccionan ni pueden perfeccionar ningún negocio jurídico (106); lo que quiero decir es que mi

(105) Nuestro ordenamiento sería más completo porque dispondría de dos posibilidades procesales diferentes, una de ellas sería la ejecución de declaraciones de voluntad conforme al artículo 708 de la LEC y la otra, la sentencia declarando la existencia del negocio y condenando a las consecuencias del mismo.

(106) De la misma manera que la intimación realizada en acta por la que A requiere a B para que cumpla el precontrato de compraventa y otorgue ésta en determinada fecha, y la contestación de B comprometiéndose a asistir en el lugar previsto para formalizar la venta no perfecciona el contrato de compraventa. Si se entendiese otra cosa, en el caso de

acto de voluntad por el que solicito del Juez o Tribunal que se condene a Cayo a cumplir el precontrato y, por tanto, a que Cayo me venda el fundo corneliano no es lo mismo —ni siquiera parecido— a mi declaración de voluntad de comprar a Cayo el fundo corneliano; el primero es un acto jurídico procesal (107), la segunda una declaración de voluntad negocial; el primero se dirige al Juez en cuanto órgano del Estado encargado de aplicar la ley, la segunda a Cayo; el primero no perfecciona ningún negocio sino que produce efectos procesales, la segunda sí, etc.

Además, para terminar y como tendremos ocasión de ver más tarde, a falta de una previsión legal expresa, la formalización de declaraciones de voluntad privadas en ausencia de contienda no es competencia de Jueces y Tribunales, los cuales sólo pueden asumir las funciones que expresamente les estén atribuidas (108), entre las que no se encuentran la autorización y formalización de negocios y contratos.

Si el auto ni es constitutivo ni suple la declaración de voluntad del ejecutante, en definitiva, lo que se estaría inscribiendo es el precontrato y la declaración de voluntad de una sola de las partes plasmada en el auto (109). De ser así, podrían producirse efectos y consecuencias no queridos por el ordenamiento, entre los que destacamos los siguientes:

- Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad se estaría inscribiendo un negocio —el precontrato— que no es título en sentido material (art. 609 del CC) y probablemente tampoco en sentido formal —si el precontrato se contiene en documento privado o se trata de una elevación a público de documento privado— con lo que se estarían vulnerando los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria.

que el demandado compareciese o formulase reconvencción, no sería necesario acudir a la vía del artículo 708 porque su declaración de voluntad negocial estaría contenida en tales actos procesales.

(107) CARNELUTTI (*Instituciones del Proceso Civil*, quinta edición traducido por Santiago SENTIS MELENDO, editorial EJEA, vol. I, pág. 425) nos dice: «...el acto procesal es una especie de acto jurídico, denotada por el carácter procesal del cambio jurídico, en que se resuelve la juridicidad del hecho, esto es, el efecto jurídico del hecho material... para establecer la cualidad procesal de un acto jurídico es necesario determinar si es o no procesal la relación jurídica que resulta constituida, sustituida o modificada por el acto».

(108) Ver el artículo 2 de la LOPJ y los artículos 1 y 5 de la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL vigente.

(109) No perdamos de vista la idea de que si, una vez interpretada la voluntad de las partes plasmada en el precontrato, entendemos que en éste se contiene el consentimiento necesario para la producción del efecto jurídico pretendido por la voluntad de una sola de las partes —caso de la opción o precontrato en la forma de entenderlo de CASTRO— no sería necesario acudir a una sentencia de condena a la emisión de una declaración de voluntad sino que la propia sentencia que pone fin al procedimiento declarativo podría declarar producido el efecto jurídico pretendido, es decir, la existencia del contrato, condenando a las consecuencias derivadas del mismo —entrega de la cosa, pago del precio, etc.

El aspecto formal es especialmente importante en cuanto el ordenamiento consagra el principio de legalidad en virtud del cual sólo pueden acceder a los Registros Públicos (arts. 3 de la Ley Hipotecaria, 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil) aquellos documentos cuyo contenido y forma se ajusten a la ley, es decir, en los que se halla verificado el correspondiente «control de legalidad» realizado por el funcionario competente para ello, que es el Notario. Ello no supone, líbreme Dios, minusvalorar la función de Jueces y Tribunales, todo lo contrario, dado que las escrituras y los asientos registrales pueden ser anulados a través de la correspondiente sentencia, sino poner de manifiesto que en el ámbito extrajudicial (cuando no hay contienda entre particulares) la función del Notario y las facultades de que dispone, según la Ley, se ajustan mejor a lo que se pretende (autorización de actos y negocios jurídicos) que la función del Juez prevista y dotada de facultades para otros supuestos (la existencia de contienda entre partes).

— Desde el punto de vista sustantivo destacamos las siguientes posibles disfunciones que podrían producirse de mantener la interpretación que se combate:

1. Si el auto no suple la voluntad del ejecutante ni es constitutivo sería prácticamente imposible determinar el momento de perfección del negocio y, en consecuencia, el momento en que se producen sus efectos en materia de frutos, riesgos, etc.
2. Si la declaración de voluntad que se suple con el Auto es la de la parte adquirente en un negocio traslativo del dominio u otro derecho real (caso extraño pero que puede darse en la práctica, pensemos, por ejemplo, en la opción recíproca o en la compraventa con precio aplazado formalizada en documento privado en la que el vendedor desea disponer de un título ejecutivo) no se estaría cumpliendo *a priori* el requisito del modo o tradición porque si la parte adquirente no comparece será imposible hacer la entrega de forma física sin que la demanda ni los demás actos procesales de la parte demandante impliquen tradición.
3. El poder de representación procesal con el que se actúa en el procedimiento judicial no abarca normalmente facultades negociales (por ejemplo, comprar, vender, constituir sociedades, etc.) por lo que nos encontraríamos con problemas de legitimación en el negocio, pudiendo entrar en juego, incluso, el artículo 1.259-2 del CC. En cualquier caso, no sería un negocio apto para ser susceptible de inscripción en el Registro correspondiente en tanto no se acredite la suficiencia de poderes o se produzca la ratificación correspondiente.

6.º Argumento doctrinal. Por si los anteriores argumentos no fueran suficientes, además, la interpretación del 708 que propugnamos es la más confor-

me con la doctrina elaborada sobre la teoría general del negocio jurídico. Así, un clásico, como WERNER FLUME (110) afirma que los conceptos de «negocio jurídico» y «declaración de voluntad» coinciden cuando el acto de autoconfiguración de una relación jurídica estructurado por el Ordenamiento jurídico solamente consiste en la manifestación de la autodeterminación de una persona, es decir, sólo consta de una declaración de voluntad. Éste es, por ejemplo, el caso del desistimiento unilateral; el propio FLUME (111), seguidamente, nos dice que la unión de las declaraciones de voluntad de los contratantes produce el negocio jurídico del contrato. Por ejemplo, el negocio jurídico de compraventa consta de las declaraciones de voluntad del vendedor y del comprador por las que concluyen la compraventa. En el contrato, según esto, hay que distinguir entre «declaración de voluntad» de cada una de las partes y «negocio jurídico», que es la concurrencia de dichas declaraciones de voluntad.

Por otra parte, en el marco de la doctrina procesal, la tesis defendida por nosotros es la que más se ajusta a la opinión de CALAMANDREI, a la que ya tuvimos ocasión de referirnos, y en la que, a mi juicio, se inspira el legislador español; en este sentido sólo recordar aquí cómo este autor defendió que la soberana voluntad individual de la persona se manifiesta en *un aspecto positivo*, por el cual, el ordenamiento le permite producir determinados efectos y en *un aspecto negativo*, por el cual, ninguna otra voluntad es apta para producir esos mismos efectos; por tanto, sólo cuando la ley lo permite, puede el Juez suplir la voluntad individual del incumplidor, pero sólo la de éste, no la de los demás contratantes que están dispuestos a emitir su declaración de voluntad de forma voluntaria. Además este autor realiza una afirmación que, a mi juicio, es totalmente categórica y que viene a disipar cualquier duda al respecto, situándose en la línea que nosotros defendemos a lo largo de esta obra; en concreto nos dice (112): «...El fenómeno es evidente en los casos más simples en los que, faltando la declaración de voluntad por parte de uno solo de los contratantes, la autoridad judicial está llamada a sustituir solamente al incumpliente, y a dar vida así, combinando el propio pronunciamiento con la declaración de voluntad del otro contratante que cumple, al negocio jurídico» —el subrayado, por supuesto, es mío.

(110) Tomado de su obra *El Negocio Jurídico*, editada por la Fundación Cultural del Notariado, colección de Clásicos Contemporáneos, 1998, pág. 51. En el mismo sentido se muestra en la doctrina española, al comentar el artículo 1.262 del CC, O'CALAGHAN MUÑOZ, quien nos dice: «el consentimiento es la coincidencia de las declaraciones de voluntad, contrapuestas de cada una de las partes. Son varias declaraciones de voluntad, pues el contrato es negocio jurídico bilateral y son coincidentes y contrapuestas en el sentido de coincidir en un común voluntad contractual (una compraventa o donación, por ejemplo) desde los puntos de vista contrapuestos de cada una de las partes (declaro querer comprar, declaro querer vender, declaro querer darte tal cosa gratuitamente, declaro aceptarlo)».

(111) *Op. cit.*, pág. 51.

(112) *Op. cit.*, pág. 531.

Por todo ello y de acuerdo con la tesis por mí patrocinada, la correcta interpretación del precepto exige distinguir tres grupos de negocios diferentes.

El primer grupo estaría integrado por aquellos actos y negocios en los que, por su carácter unilateral, la sola voluntad de una persona baste para constituirlos o para que produzcan determinados efectos, incluyendo aquellos en los que la declaración tenga carácter recepticio y, probablemente también, aquellos otros que exijan la aceptación de otra u otras personas, siempre que ésta sea susceptible de emitirse de forma autónoma. Aquí se incluirían, entre otros, los supuestos de renunciaciones, desistimientos, apoderamientos, cartas de pago, cancelaciones de todo tipo, ratificaciones, reconocimientos (por ejemplo, de deuda), declaraciones de obra, segregaciones y cualesquiera otras modificaciones de entidades hipotecarias.

En todos estos casos, el auto dictado por el Juez o Tribunal será directamente inscribible o anotable si el ejecutante solicita que se libere el correspondiente mandamiento. Ahora bien, si el ejecutante quiere que se produzca algún otro efecto distinto del registral (por ejemplo, el ejecutivo) será necesario documentar la declaración en la forma correspondiente. Así, cuando del acto de que se trate deriven obligaciones pecuniarias y se quiera que el negocio tenga eficacia ejecutiva, será preciso acudir a alguno de los títulos extrajudiciales que la conlleven (escritura pública, póliza, letra de cambio o pagaré, etc.), dado que el auto al que alude el 708 de la LEC no está incluido entre los títulos ejecutivos del 517 de la LEC (113).

Igualmente, aún en estos casos, si el ordenamiento jurídico exige una forma determinada como requisito constitutivo (por ejemplo, hipoteca), es decir, si se trata de un acto o negocio jurídico formal, será necesario llenar esa forma porque el Auto del Juez o Tribunal suple la voluntad del incumplidor pero no la forma. Esto es así porque, al fin y al cabo, el precepto exige la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y contratos.

Ahora bien, salvo en esos supuestos excepcionales que acabamos de analizar, la ley considera, de forma acertada, que no es necesario exigir ningún otro requisito formal complementario porque la declaración de voluntad que se tiene por emitida (susceptible de producir efectos por sí sola), así como el propio auto gozan de las suficientes garantías de autenticidad y fehaciencia para poder ser objeto de inscripción o anotación en el Registro correspondiente.

En este grupo pueden incluirse también aquellos supuestos en los que el derecho del ejecutante haya sido reconocido en la sentencia de condena; por

(113) En parecida forma deberá procederse, si se desea tener una especial garantía de conservación del documento incorporándolo a un protocolo notarial, aunque en tal caso, probablemente baste el acta de protocolización.

ejemplo, el caso del derecho de opción cuando la demanda, equivocadamente en mi opinión, no se haya planteado en el sentido de condenar al concedente de la opción u optatario a las consecuencias del contrato sino a transmitir la propiedad o derecho de que se trate al optante, en cuyo caso, LA EJECUTORIA conteniendo la SENTENCIA FIRME que reconoce el derecho del optante, así como el AUTO teniendo por prestada la declaración de voluntad del concedente, serán suficientes para que el Registrador pueda atender el mandamiento correspondiente (114), si bien, no debemos olvidar que aquí el título formal no será único sino complejo y estará formado por dos documentos: LA EJECUTORIA, conteniendo la sentencia firme, y EL AUTO del 708.

En un segundo grupo estarían aquellos casos en los que los elementos personales de la relación jurídico-procesal no coinciden totalmente con los elementos personales de la relación jurídico-material (115). Si se acude a la vía del 708 de la LEC, por no cumplirse la sentencia voluntariamente, el Juez dictará el correspondiente Auto, teniendo por emitida la voluntad del condenado, pero no suplirá la de aquellos que ni siquiera han sido parte en el procedimiento; no creo que nadie piense que en estos supuestos, por el hecho de que se haya emitido el Auto haya contrato, porque, o bien ya había contrato antes y entonces no era necesario acudir a esta vía sino que, como hemos visto, la propia sentencia podía declarar el efecto jurídico producido considerando existente el negocio de que se trate o bien, si no lo había, es necesario que *todas las partes*, insisto, TODAS, presten su consentimiento. Lo que ocurre es que el Juez, en lugar de comparecer, junto con las demás partes, a otorgar el negocio definitivo, dicta el correspondiente Auto porque, al fin y al cabo, su función se desarrolla a través de documentos (Sentencias, Autos y Providencias, básicamente).

Contra lo dicho y argumentado no puede redargüirse diciendo que tal posibilidad no puede darse en la práctica porque estaríamos siempre ante un litisconsorcio necesario y ello por las siguientes razones:

(114) En este sentido también GARCÍA GARCÍA en su obra *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 4.^a ed., pág. 946, el cual afirma: «el presente artículo tiene plena aplicación para los supuestos de derecho de opción, entre otros, pues si no se ha pactado la ejecución unilateral del optante, y el optatario no quiere colaborar, cabe directamente la inscripción del auto en que conste la emisión de la declaración de voluntad por silencio, junto con la sentencia en que se declare el derecho del optante. Son dos documentos y no uno solo: la sentencia declarando el derecho; y el auto sobre emisión de la declaración de voluntad».

(115) Por ejemplo, el precontrato en el que cuatro personas se comprometen a vender un bien del que son copropietarios proindiviso y en el momento de otorgar el contrato definitivo uno de ellos no quiere prestar su consentimiento o, a la inversa, si en el precontrato hay un vendedor y cuatro compradores y la demanda se formula por uno solo de estos en nombre de todos.

- La nueva LEC parte, acertada o equivocadamente, de un concepto de litisconsorcio necesario limitado a la parte demandada (116), por tanto queda el lado activo en el que no tiene por qué producirse necesariamente el litisconsorcio.
- En segundo lugar, además, tal necesidad sólo se producirá en esta materia, a mi entender, en aquellas situaciones materiales de comunidad de tipo germánico (por ejemplo, gananciales, herencias indivisas, etc.), pero no en el caso de comunidad romana o por cuotas donde éstas son susceptibles de negociación separada.
- Finalmente, como reconoce, MORENO CATENA (117), «el TS ha venido admitiendo que el comunero actúe en el proceso en nombre propio derechos de la comunidad y en provecho de ésta si no hay oposición de los demás comuneros. Según esta jurisprudencia constante, cuando un comunero o coheredero actúa por el todo, no es lógico traer a todos los demás como actores, ya que tienen el mismo interés que el demandante, de modo que la sentencia dictada a favor de uno de ellos aprovechará a los demás, sin que le perjudique la adversa o contraria»; por tanto, en tal caso, puede haber personas integradas en alguna parte negocial pero no intervinientes en el procedimiento.

Finalmente, *el tercer grupo de supuestos*, precisamente el más dudoso, sería el de aquellos en los que los elementos personales de la relación jurídico-procesal y los de la relación material coinciden. Es en este supuesto en el que, en mi opinión, están pensando la mayoría de los autores cuando comentan este precepto. Sin embargo, aún en estos casos, creo que puede mantenerse la tesis mencionada —necesidad de otorgamiento del negocio por todas las partes sirviendo el auto judicial para suplir la voluntad del incumplidor pero no para suplir la voluntad de la otra parte— pues, como hemos apuntado, en ningún lugar el artículo 708 de la LEC dice que el Juez supla la voluntad del ejecutante; sólo dice que éste podrá pedir que se libre mandamiento para la anotación o inscripción en el Registro correspondiente según el contenido y objeto de la declaración de voluntad, la cual no es otra, si leemos detenidamente el precepto, que la del ejecutado que se suple a través del Auto judicial. Además, como también hemos visto, tampoco los actos procesales (ya sean del demandante, del demandado o del ejecutante) implican declaración de voluntad negocial.

(116) El artículo 12, apartado 2 de la LEC, establece: «*Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa*».

(117) *Op. cit.*, pág. 101.

D) TÍTULO FORMAL

El artículo 708, a estos efectos, nos dice que *«emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros correspondientes, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad»*.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos».

La interpretación integradora de ambos apartados del precepto ha dado lugar a dos tesis distintas dentro de la doctrina procesalista:

- Por un lado, están los que consideran que el apartado 2.º es una excepción respecto del apartado anterior, por lo que si bien el auto, teniendo por emitida la declaración de voluntad, es directamente inscribible, se exceptúa el caso de los negocios formales en los que es necesario cumplir los requisitos de forma previstos en la norma correspondiente; en esta línea MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (118), quienes afirman inicialmente que «el ejecutante puede seguir pidiendo que se libre testimonio del auto anterior y mandamiento de anotación o inscripción en el Registro que corresponda», para después concluir que «esta solución no parece aplicable en los casos en que las normas civiles o mercantiles exijan forma o documentación específica para ciertos actos y negocios jurídicos».
- Por otro lado, ORTELLS RAMOS (119) considera, por el contrario, que el apartado primero constituye una regla especial respecto del segundo; a los meros efectos de acceso al Registro de la Propiedad, dice este autor, no es necesario cumplimentar otros requisitos de forma pero, en general, a efectos distintos a los registrales e incluso atendiendo a que el acceso a los registros no es preceptivo, rigen los requisitos de forma establecidos por las leyes civiles y mercantiles tal vez porque, como se ha apuntado, estos ofrecen una mayor garantía de conservación de los documentos originales. En esta línea parece situarse también María Paz GARCÍA RUBIO (120).

(118) *Op. cit.*, pág. 2070.

(119) *Op. cit.*, págs. 347 y 348 citando, por nota, como seguidores de esta tesis a NADAL en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios*, Tomo II, págs. 615-616, y DOMÍNGUEZ LUELMO, en LORCA/GUILARTE, *Comentarios*, Tomo III, págs. 3705-3706.

(120) *Op. cit.*, pág. 1897, la cual, después de considerar que para cumplir las exigencias formales (no sólo en caso de negocios formales sino también en los no solemnes en los que una parte compele a otra a llenar una forma) será necesaria la comparecencia de la autoridad judicial supliendo la rebeldía del incumplidor, afirma que «la exigencia de forma y documentación admite una excepción: la sustitución del acto formal negocial tipificado

En mi opinión, ambas posiciones son correctas, por tanto será necesario observar la forma de que se trate cuando estemos en presencia de negocios formales e, igualmente, cuando, aún no siéndolo, el ejecutante pretenda conseguir efectos distintos (ejecutivos, etc.) de la inscripción en el Registro. Todo ello en el bien entendido sentido de que, a mi juicio, ello sólo procede en el caso de *los negocios o actos unilaterales* pues, en otro caso, será necesario realizar el otorgamiento del negocio definitivo por todas las partes del mismo. Como hemos visto, si hay elementos personales del negocio que no son parte de la relación jurídica-procesal (por ejemplo, precontrato de compraventa con varios vendedores y un solo incumplidor, varios compradores en el que sólo uno demanda en nombre de los demás, etc.), creo impensable entender que el auto a que alude el 708 pueda suplir, a falta de una disposición legal expresa en tal sentido, la voluntad de aquellos que están dispuestos a cumplir; finalmente, cuando los elementos personales del negocio y los de la relación procesal coinciden, tampoco creo que el auto, teniendo por emitida la voluntad del ejecutado —que es lo único que dice el art. 708, mírese por donde se mire— pueda sustituir la voluntad del ejecutante. En definitiva, por tanto, el auto del artículo 708 viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de que se trate ante el Notario o en la forma que se hubiese previsto; éste y no otro es el cambio producido en la nueva LEC respecto a la práctica judicial vigente bajo la vieja Ley de 1881.

La referencia a que el auto sea objeto de «anotación» es para María Paz GARCÍA RUBIO (121) enigmática, porque considera que el auto que transforma el precontrato en contrato definitivo y produce una mutación real debe ser objeto de inscripción y no de anotación. Sin embargo, a mi juicio, la interpretación de tal alusión a la «anotación» debe entenderse referida a los supuestos en los que el procedimiento declarativo se halla tramitado en «rebel-día» del demandado-condenado, en cuyo caso, las resoluciones judiciales, aunque sean firmes, sólo podrán ser objeto de anotación preventiva, en tanto no transcurra el plazo previsto legalmente para el ejercicio de la acción de rescisión. Parece lógico pensar que, en tal caso, la ejecución de una sentencia de condena no puede tener una protección registral mayor que la que disfrutaría la propia sentencia si fuese declarativa o constitutiva.

por la ley o exigido por una de las partes en virtud del derecho que le confiere el artículo 1.279 del CC por el acto judicial sí va a producirse a efectos del acceso a los Registros Públicos que correspondan».

(121) *Op. cit.*, pág. 1898.

E) ESPECIALIDAD CUANDO HAY ELEMENTOS NO ESENCIALES QUE NO ESTÁN DETERMINADOS

La referencia a elementos no esenciales del negocio nos hace pensar en la teoría general del negocio jurídico donde se distingue entre elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales. *Elementos esenciales* son aquellos sin los que el negocio no puede existir; *elementos naturales* son, según palabras de CASTÁN (122), aquellos que derivan de la naturaleza de cada negocio y acompañan al mismo, aun sin ser objeto de especial declaración de voluntad, pero que pueden ser excluidos por determinación de las partes y, finalmente, *elementos accidentales*, según el propio CASTÁN, son aquellas determinaciones de la voluntad de las partes dirigidas a modificar el contenido normal del mismo incluyéndose dentro de ellos, tradicionalmente, la condición, el término y el modo (123).

A mi juicio, el precepto no se refiere, en ningún caso, a los llamados elementos naturales, pues si las partes nada han pactado regirá la ley. Por ello no puedo estar de acuerdo con aquellos procesalistas que, a modo de ejemplo, citan la cláusula de saneamiento por evicción (124) en la compraventa, como uno de los aspectos sobre los que el Juez deberá pronunciarse, dado que la ley ya establece (ver art. 1.478 del CC, por ejemplo), lo que ha de regir si las partes nada pactan al respecto.

Tampoco tiene razón V. PARDO IRANZO (125) cuando considera elementos accidentales la cabida, situación exacta y linderos de los bienes porque tales datos descriptivos son circunstancias identificativas exigidas para la determinación del objeto y necesarias para la inscripción según los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento, pero no elementos accidentales en sentido técnico-jurídico.

En mi opinión, el juez deberá concretar los elementos propiamente accidentales (por ejemplo, el plazo, si el negocio no lo señalar, pero de su naturaleza y circunstancias se desprendiese que se le ha querido conceder al deudor o si la duración del plazo quedase a voluntad del deudor —ver art. 1.128 del CC— (126). Igualmente considero que nada impide que pueden determinarse en el Auto, aunque no sean elementos ni naturales ni accidentales del negocio,

(122) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 1, vol. II, págs. 835 a 837.

(123) También conocidos como «determinaciones accesorias de la voluntad».

(124) FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 432.

(125) *Op. cit.*, págs. 256 y 257.

(126) Este precepto establece: «Si la obligación no señalar plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél

También fijarán la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor».

todas aquellas otras circunstancias necesarias para la perfecta identificación del objeto o que la ley exija por razones fiscales o de otra índole.

Entre las circunstancias identificativas del objeto, si se trata de inmuebles, estarían la situación, los linderos y la cabida de la finca de que se trate en la forma exigida por los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario. Otros aspectos a determinar, tratándose también de inmuebles, serían la referencia catastral o la deuda por impuestos locales.

Especial consideración merece, por su importancia práctica, el tema de los impuestos y gastos que genere el contrato de que se trate. En cuanto a los impuestos, los problemas son menores porque la ley marca quién es el sujeto pasivo en cada negocio, acto o contrato sin que los pactos entre las partes sean oponibles a la Administración; en materia de gastos, normalmente, la ley determina quién es el obligado a pagarlos (por ejemplo, art. 1.455 del CC), sin embargo, dado que ha existido un procedimiento judicial, puede ser que la imposición de las costas a una u otra parte conlleve alguna modificación.

En cuanto a la forma de determinación de estos «elementos no esenciales» destacaremos dos aspectos. Por un lado, la referencia a la previa audiencia de las partes, la cual es necesaria por exigencias constitucionales de los principios de tutela judicial efectiva y de prohibición de toda indefensión. Como hemos visto, la demanda ejecutiva puede ser el momento procesal oportuno para que, si nada ha manifestado antes el ejecutante, exprese su voluntad sobre esta materia; en cuanto al ejecutado, si no se ha pronunciado a este respecto, deberá citársele para que alegue lo que estime procedente. El segundo aspecto a destacar es la forma en que se debe realizar esa determinación de elementos no esenciales, según el artículo 708 (conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico); por tanto, si se trata de inmuebles, las circunstancias identificativas pueden concretarse atendiendo a la descripción que la finca ya tuviese en el Registro de la Propiedad o en los títulos de propiedad anteriores (título y antetítulo), e, incluso, determinadas circunstancias físicas, pueden acreditarse con certificaciones catastrales o municipales (por ejemplo, número de policía o linderos); igualmente, lo relativo a la referencia catastral puede acreditarse con el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles o con certificación catastral, etc.

Para terminar este apartado, apuntar que, en cualquier caso, todos aquellos aspectos no esenciales (como circunstancias identificativas, situación posesoria, etc.) (127) que no se especifiquen en el Auto Judicial podrían ser completados por la parte ejecutante, basándose en el conocimiento que ésta

(127) No parece que podamos incluir entre tales elementos no esenciales la cabida de la finca, cuando el ejecutante es el adquirente, dado que, tal manifestación, es algo que corresponde a la parte transmitente o, en todo caso, a ambas partes conjuntamente.

pueda tener de los mismos y en la documentación que pueda aportar a tal efecto (por ejemplo, certificados municipales o catastrales, etc.) y ello por aplicación analógica de la doctrina sentada por la DGRN para el caso de procedimientos judiciales de ejecución (128).

IV. EJECUCIÓN CUANDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES NO ESTÁN DETERMINADOS

Antes de analizar este punto me interesaría dejar claro que lo que se diga aquí también será aplicable, *mutatis mutandi*, a aquellos casos en los que, aun estando determinados los elementos esenciales del negocio, el cumplimiento de la prestación sea imposible bien físicamente (por ejemplo, por desaparición del objeto —especialmente cosas muebles o edificaciones, nunca en solares—), o bien legalmente porque el inmueble prometido está legítimamente en poder de terceros (por ejemplo, art. 34 de la LH). A este último supuesto —imposibilidad física o legal— debe asimilarse el de aquellos otros en los que el exacto cumplimiento de lo convenido exija determinadas autorizaciones (por ejemplo, de carácter administrativo —licencia de segregación—), cuya obtención sea legalmente imposible. María Paz GARCÍA RUBIO (129) incluye aquí también el supuesto de la promesa concertada por uno solo de los cónyuges cuando el otro no da su consentimiento al contrato definitivo. El mismo tratamiento deberían recibir los restantes supuestos de consentimientos incompletos como, por ejemplo, el del menor emancipado, si sus padres se niegan a prestar el asentimiento complementario siempre, claro está, que éste sea legalmente preciso.

Igualmente creo que tiene razón la autora últimamente citada (130) cuando incluye aquí aquellos casos en los que la voluntad de las partes plasmada en el precontrato excluye, ya sea de forma expresa o tácita, la ejecución específica. Como hemos visto antes, uno de los signos de esa voluntad lo constituye el establecimiento de arras penitenciales o fórmulas similares.

También estimo que deben excluirse de la ejecución específica aquellos contratos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intuitus personae*) hagan inviable dicha ejecución; sería el caso, por ejemplo, de los contratos de alimentos.

Hechas estas aclaraciones cabe señalar que, según el artículo 708, si el condenado no emite voluntariamente la declaración de voluntad, procederá la

(128) Así la DGRN, en Resolución de 22 de marzo de 1999, señaló «...debiendo bastar en estos supuestos la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior».

(129) *Op. cit.*, pág. 1892.

(130) *Op. cit.*, pág. 1890.

ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante que se liquidarán conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes de la propia LEC.

Aunque estamos ante un supuesto especial de ejecución por obligaciones personalísimas, ya que la obligación de emitir una declaración de voluntad, si sus elementos esenciales no están determinados, tiene tal carácter, no procede aplicar, dice ORTELLS RAMOS (131), las multas coercitivas previstas en el artículo 709, dado que el legislador se ha decantado por regular otro modo de proceder a la ejecución.

El propio ORTELLS RAMOS (132) considera que «el incidente de liquidación tiene por objeto la determinación de los daños y perjuicios causados al ejecutante (arts. 713 al 716) y no la del equivalente dinerario de la prestación incumplida (art. 717)». Tal posición es acertada, al menos, para los casos de precontrato en los que no están determinados los elementos esenciales del negocio definitivo; sin embargo, en aquellos otros supuestos en los que hay que acudir al resarcimiento porque, estando determinados los elementos esenciales, no se puede cumplir el precontrato por otras razones (v.gr., destrucción del objeto, imposibilidad jurídica de cumplimiento por encontrarse el bien legítimamente en poder de terceros, etc.), quizá pudiera entrar en juego lo previsto en el artículo 717, es decir, la indemnización del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Tal forma de pensar estaría especialmente justificada cuando el obligado que no cumple ha obrado con dolo o culpa.

En el párrafo 2.º del número 2 del 708 no hay, para María Paz GARCÍA RUBIO (133) verdadero precontrato, sino que se trata «de un supuesto de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* por ruptura injustificada de tratos preliminares que se concretaría en la indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 712 y siguientes de la propia LECiv». En mi opinión, sin embargo, habrá ocasiones en que nos encontraremos con verdaderos precontratos mientras que en otras, probablemente, sólo habrá meros tratos preliminares; no obstante, en presencia de estos últimos, no creo que sea necesario acudir al artículo 708 de la LEC, sino que el derecho a la indemnización se reconocerá en la propia sentencia que ponga fin al juicio declarativo correspondiente en la que ya no habrá condena a emitir declaración de voluntad alguna sino directamente una condena al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Para terminar este punto debemos decir que, tradicionalmente (134) se han venido señalando dos excepciones a este procedimiento de indemnización, que serían:

(131) *Op. cit.*, pág. 349.

(132) *Op. cit.*, pág. 350.

(133) *Op. cit.*, pág. 1902.

(134) Por ejemplo, ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, pág. 342.

- el supuesto del nombramiento judicial de árbitros actualmente regulado en el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, en la medida en que un elemento esencial del arbitraje se determina, a falta de acuerdo, por la autoridad judicial;
- los procesos matrimoniales, porque, por ejemplo, si los cónyuges no logran un acuerdo respecto de aquellos puntos del Convenio Regulador que no fueron aprobados por el Juez, podrá éste decidir lo procedente (art. 777-7 de la LEC), aunque ello afecte a elementos esenciales.

V. OTROS SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Además del caso de los precontratos que, como hemos visto, es el principalmente contemplado por la doctrina, creo posible aplicar el precepto a otros supuestos.

En primer lugar puede suceder que, en el marco de la ejecución por otras causas —por ejemplo, entrega de inmuebles (135) o procedimientos matrimoniales—, sea necesario acudir a lo previsto en el artículo 708, bien porque el inmueble a entregar exija una previa segregación o declaración de obra nueva o porque dentro de los acuerdos de los cónyuges se haya previsto la venta a un tercero y alguno de ellos no se avenga a cumplir (136). En este sentido debemos recordar que la ejecución de los pronunciamientos sobre medidas, en caso de separación o divorcio, se ajustan a lo dispuesto en el Título III —en el que se incluye el mencionado art. 708—, con las especialidades establecidas en el propio artículo 776 de la LEC.

También se puede aplicar al derecho de retracto (de colindantes, arrendaticio, de comuneros, etc.) ejercitado judicialmente cuando la demanda solicite que se reconozca el derecho del retrayente y que se condene al comprador a otorgar a su favor escritura de venta (137) si así se reconoce en la sentencia

(135) En este sentido ORTELLS, *op. cit.*, pág. 151.

(136) Precisamente uno de mis primeros contactos con el artículo 708 de la LEC se produjo cuando, por turno de reparto, me correspondió autorizar una compraventa en la que todo arrancaba de un convenio regulador de un divorcio. En el convenio, los cónyuges se comprometieron a vender una vivienda por un precio mínimo atribuyendo a una inmobiliaria el encargo de buscar un comprador. Posteriormente, una vez cumplido el encargo, uno de los cónyuges manifestó su intención de quedarse con la vivienda por el mismo precio ofrecido por terceros y, dada la negativa del otro excónyuge a otorgar la correspondiente venta en escritura pública, el Juez acudió al artículo 708 y dictó el correspondiente Auto teniendo por prestado su consentimiento. Dicho auto se incorporó a la escritura que otorgó el otro cónyuge como comprador consignándose el precio en mi poder con la finalidad de ingresarlo en la cuenta correspondiente del Juzgado.

(137) Digo si la demanda se formulase en tal sentido (que es lo habitual en los formularios al uso); sin embargo, en el caso del retracto, no veo inconveniente en que la

y dicho comprador no compareciese voluntariamente debiendo procederse a la ejecución forzosa.

Igualmente cabe aplicar este precepto en los casos de ejercicio del derecho de opción —si no se ha pactado en escritura el ejercicio y consumación unilateral—, siempre que la demanda, en lugar de formularse en los términos antes defendidos por nosotros, se realizase solicitando que se declare el derecho del optante y se condene al concedente-optatario a transmitir el derecho de que se trate a favor del optante (138).

Probablemente también el precepto pueda aplicarse a supuestos en los que la declaración que deba otorgarse no sea una declaración de voluntad en sentido técnico, siempre que se trate de una declaración voluntaria de la que puedan derivar determinados efectos (por ejemplo, declaraciones confesorias como la carta de pago), así como aquellos otros en los que el consentimiento sea meramente formal (por ejemplo, determinadas cancelaciones) e incluso a los meros actos jurídicos voluntarios.

En esta línea, ORTELLS RAMOS (139) considera aplicable el precepto a otros supuestos, como por ejemplo:

- 1.º A las declaraciones que el ejecutado debe hacer respecto de terceros (por ejemplo, denuncia de cierta relación contractual) o respecto de registros públicos (por ejemplo, cancelación de hipoteca, cancelación de condición resolutoria inscrita). En este último caso (cancelaciones) creo que sólo será aplicable el precepto cuando en la demanda, en lugar de solicitar directamente la cancelación registral por extinción del derecho garantizado (en cuyo caso la sentencia es directamente inscribible —ver art. 82 de la LH—), se haya pedido la condena a otorgar la cancelación correspondiente e, igualmente, cuando el obligado a cancelar (por ejemplo, como consecuencia de una transacción judicial) no cumpla voluntariamente dicha obligación.
- 2.º A los actos que el ejecutado deba practicar para formar su voluntad en cuanto persona jurídica o entidad asimilada. Por ejemplo, que el Consejo Rector de una cooperativa acuerde readmitir a un socio y

propia sentencia, previo reconocimiento del derecho del retrayente, declarase producido el efecto legal del retracto consistente en la subrogación de aquél en la posición que el comprador ostentaba en la compraventa retraída y que tal sentencia fuera directamente inscribible siempre, claro está, que la demanda se formule en tales términos y que se demande no sólo al comprador sino también al vendedor.

(138) No debemos perder de vista que en este caso la inscripción se practica en virtud de un título complejo formado por la EJECUTORIA, conteniendo la sentencia firme que reconoce el derecho del optante y el AUTO teniendo por emitido el consentimiento del optatario.

(139) *Op. cit.*, págs. 329 y 330.

reponerlo en su cargo de presidente de la entidad (*STS, Sala de lo Civil, 18 de diciembre de 1997*). O a los efectos de posibilitar una interpretación y aplicación útiles del artículo 22 LPH, que los órganos competentes de la comunidad de propietarios acuerden liquidar y exigir el pago de las cuotas debidas por cada copropietario respecto de la cantidad a la que hubiera sido condenada la comunidad.

Finalmente se encuentran aquellos procesalistas que incluyen dentro de este precepto los supuestos de elevación a público de documento privado, lo que es objeto de análisis en el siguiente epígrafe del trabajo al que nos remitimos.

VI. CONDENA A ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA

Antes de abordar esta cuestión me gustaría aclarar dos cosas. La primera es que, aunque nos referimos en el título al supuesto en que se condena a elevar a escritura pública un documento privado por ser el estadísticamente más común, debe tenerse en cuenta que la cuestión se plantea, en términos análogos, respecto de cualquier condena a llenar una forma de acuerdo con el artículo 1.279 del CC que incluye casos —por ejemplo, apartado final del art. 1.280 del CC (140)— en el que se puede condenar a redactar por escrito los contratos celebrados verbalmente cuando las prestaciones de uno o de ambos contratantes sean superiores a 9,02 euros (141).

La segunda es que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en los precontratos, nos encontramos con negocios o contratos *perfectos* en los que

(140) El apartado final del artículo 1.280 del CC dice: «*También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas*»; en parecido sentido se muestra el artículo 51, apartado 1 del C. de Co., establece: «*Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba*».

(141) A este respecto, Salvador TORRES ESCAMEZ —«Instituciones de Derecho Privado», Tomo I, *Personas*, vol. 4.º, pág. 388— dice que si se circunscribe al caso de la escritura pública es no sólo porque constituye «el supuesto que de modo casi único se observa en la práctica, sino también porque no se ve muy claramente la manera en que el juez llegaría a otorgar un documento privado en ejecución de la sentencia correspondiente». En mi opinión, sin embargo, aunque reconozco que tal supuesto no deja de ser extraño, no debe existir ningún inconveniente en que el Juez o Tribunal dicte un Auto teniendo por emitida la voluntad del ejecutado con valor de documento privado porque en la ejecución se debe dar al ejecutante todo aquello cuanto pide, siempre que ello sea posible.

ha intervenido el consentimiento y los demás elementos necesarios (objeto y causa) e incluso, en ocasiones, con negocios o contratos ya *consumados* en los que se han cumplido las respectivas prestaciones de las partes (por ejemplo, se ha entregado la cosa y pagado del precio). Por tanto, ahora la pretensión que procede ejercitar es la reconocida en el artículo 1.279 del CC, es decir, elevar a escritura pública o llenar una forma escrita, según el caso. Sin embargo, en la práctica se ha extendido la costumbre de plantear la demanda en el sentido de solicitar, por ejemplo, que se condene al otorgamiento de la compraventa cuando, en realidad, la compraventa ya está otorgada y, a veces, consumada. La cuestión no es baladí porque la cuantía del procedimiento en el primer caso (elevar a escritura o llenar una forma) es el coste de esa actividad (en el caso de la escritura, los honorarios notariales según el arancel fijado por el Gobierno atendida la cuantía del negocio) mientras que, en el segundo (otorgamiento de compraventa), viene determinada por el valor de las prestaciones de las partes (por ejemplo, el precio en la compraventa).

Aclarado lo anterior, creo que tiene razón Virginia PARDO (142) cuando considera que las cuestiones que se plantean en esta materia son básicamente tres: *la primera* es la de si la elevación a escritura pública de un documento privado implica verdadera declaración de voluntad; *la segunda* es la de si, en caso de incumplimiento del obligado, puede el juez de alguna forma imponer el cumplimiento de la obligación de «llenar la forma» y, finalmente, *la tercera* es la de si, cabe, a efectos de la inscripción, sustituir la escritura por una sentencia judicial, aunque, en este caso, yo formularía la pregunta de otra manera, concretamente, si cabe sustituir, a todos los efectos legales, la escritura o, en su caso, la forma escrita, por una sentencia judicial.

A mi juicio, con carácter previo al análisis de las tres cuestiones planteadas y para su mejor solución, debería abordarse el significado de la forma en el Derecho Privado español, así como la posición del documento notarial dentro de ese sistema formal y la relación entre dicho documento notarial y otros documentos autorizados por otros funcionarios.

El delicado equilibrio entre seguridad jurídica y libertad individual (principios constitucionalmente garantizados —arts. 1, 9-3 y 10 de la CE—) se logra de una forma bastante perfecta en la regulación de nuestro Derecho Privado contenida en el Código Civil y en el de Comercio, así como en las leyes especiales. En nuestro Derecho Privado se parte del principio general de libertad de forma, el cual constituye una manifestación moderna del viejo adagio del Ordenamiento de Alcalá según el cual «*de cualquier manera que el hombre quiera obligarse, quedará obligado*»; sólo determinadas razones especialmente atendibles (importancia patrimonial del acto —donación o hipoteca—, creación de un nuevo ente jurídico —sociedades anónimas y limitadas—, etc.)

(142) *Op. cit.*, pág. 282 y sigs.

hacen que el legislador imponga una determinada forma —y sólo esa— (ya sea la escritura pública o ya sea el binomio escritura pública-inscripción registral) como requisito constitutivo del negocio jurídico; son los casos de los llamados negocios formales en lo que la forma es *constitutiva* (143) o *ad solemnitatem* o, en la terminología de GONZÁLEZ PALOMINO, *forma de ser* (144). En el resto de casos —incluso en los del art. 1.280 del CC y del art. 51 del C. de Co.— el negocio es perfecto, válido y exigible desde que ha intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez —arts. 1.278 y 1.258 del CC—, sin perjuicio de que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenar la forma exigida por la ley —*forma de valer o ad probationem*— para hacer efectivas las obligaciones propias del contrato como señala el artículo 1.279 del CC (145).

El ordenamiento permite al ciudadano que se vincule jurídicamente de la manera que tenga por conveniente; del mismo modo que la Ley no nos obliga a contratar (podemos comprar o no el periódico) ni nos impone el tipo de contrato a realizar (podemos vivir en un casa arrendada o en propiedad) tampoco nos impone —salvo en los llamados *negocios formales*— la forma en la que debemos plasmar el contrato, quedando a nuestro libre albedrío la decisión de si contratamos verbalmente, con o sin testigos, o documentalmente. Al mismo tiempo el ordenamiento considera conveniente que existan al lado de los documentos privados los documentos públicos, los cuales, en ámbito de las relaciones privadas no contenciosas (146), están constituidos por los documentos notariales y, en particular, dentro de estos, por las escrituras públicas (147). A continuación desarrollaremos estas ideas.

(143) DE CASTRO reserva la expresión «valor constitutivo» (*ad substantiam*) de la forma para aquellos casos en los que la forma da lugar al negocio, de tal modo que sin forma no hay negocio y que la forma, por sí sola, basta para que el negocio exista, utilizando la expresión «valor integrativo» (*ad solemnitatem*) de la forma para aquellos otros en los que la forma es un requisito más, al lado de los demás esenciales del negocio, de tal modo que, si falta, el negocio será nulo o ineficaz.

(144) No obstante, el propio PALOMINO reconoce que esa terminología fue utilizada antes por CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 94, nota 61.

(145) La jurisprudencia del TS en seguida se mostró en contra de la tesis de MUCIUS SCAEVOLA, que entendía que el otorgamiento de escritura debía preceder al cumplimiento de las demás obligaciones del contrato.

(146) El artículo 1 de la Ley del Notariado establece: «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actas extrajudiciales.

Habrà en todo el reino una sola clase de estos funcionarios».

Igualmente el artículo 2 del Reglamento Notarial dice: «Al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho Privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial».

(147) El artículo 144 del Reglamento Notarial en su apartado 2.º nos dice: «Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases».

La soberana voluntad del legislador se ha decantado por un sistema de seguridad jurídica preventiva que pretende la satisfacción del específico interés de los ciudadanos, de tal manera que estos puedan confiar en lograr las legítimas finalidades que persiguen cuando celebran actos y negocios jurídicos y para ello, aparte de otras instituciones, ha entendido —podría no ser así (148)— que es conveniente la existencia de un funcionario público —el Notario— encargado de autorizar los actos y negocios jurídicos lícitos que se le encomienden, así como de dar fe en el ámbito de las relaciones extrajudiciales no contenciosas, asesorando a las partes en orden a conseguir tales fines lícitos (149). En cualquier caso no debemos perder de vista que, aunque el Notario puede actuar como un profesional totalmente privado (por ejemplo, cuando emite un dictamen), como un funcionario *stricto sensu* (por ejemplo, en un acta de presencia o en un testimonio —vulgarmente conocido como compulsa—), la esencia de su función radica, a mi juicio, cuando actúa investido de ambos caracteres de forma inescindible, lo que ocurre, sobre todo, cuando autoriza la escritura pública, que es el vehículo formal en el que, normalmente, como hemos visto, se plasman las declaraciones de voluntad de carácter negocial. En este caso es cuando se desarrolla la función notarial en toda su extensión, porque el Notario no se limita, cual «convidado de piedra», a verter en papel lo que el declarante dice —esto sería una mera acta de referencia o manifestaciones— sino que su labor comienza inicialmente por moldear jurídicamente una voluntad pedestre (150) que, a menudo, como destaca RODRÍGUEZ ADRADOS (151): «es una voluntad *deformada* por prejuicios o falsos conocimientos jurídicos; una voluntad

(148) Si se hubiera optado por un sistema como el anglosajón de seguro de título.

(149) Esta dicción coincide sustancialmente con la utilizada por la legislación notarial e intenta reflejar el doble carácter del Notario como funcionario público que da fe de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos —*de visu et auditu sui sensibus*— y como profesional del Derecho que asesora sobre los fines lícitos que se pretenden conseguir.

(150) Según el artículo 147 del Reglamento Notarial: «El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informar a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento, según minuta, o la elevación a escritura pública de un documento privado.

Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación».

(151) «El documento notarial y la seguridad jurídica», pág. 125, *Escritos Jurídicos*, vol. III.

errónea, por ignorancia, de hecho o derecho, de la situación preexistente o de las normas jurídicas, dispositivas o integrativas, atinentes al caso; una voluntad frecuentemente *incompleta*, porque se dirige sólo a los efectos fundamentales e inmediatos, sin reparar en otros que difícilmente podrán ser calificados de secundarios o accesorios cuando apenas sugeridos aparece la indecisión o el disentimiento; una voluntad *imprevisora*, porque no se han tenido en cuenta los efectos a largo plazo, y mucho menos los acaecimientos que puedan sobrevenir o interferirse, de fundamental importancia en los casos de prestaciones aplazadas, negocios de tracto sucesivo, testamentos, etc.; una voluntad *ilegal*, que choca, en todo o en parte, con el Ordenamiento; y también, en los negocios plurilaterales, un consentimiento *discorde*; si me permite la expresión, y no solamente a la hora de llenar sus lagunas, sino porque, incluso dentro de sus limitadas previsiones, los que creían estar de acuerdo, están de hecho en el desacuerdo más completo».

En este sentido la labor del Notario influye en el proceso interno espiritual del otorgante cuando éste no sabe exactamente qué tipo de negocio quiere realizar (152); efectivamente, en muchas ocasiones hay que dilucidar si lo que se quiere es otorgar testamento o donación, en otras, si donación remuneratoria o contrato de alimentos; evidentemente no es que el Notario otorgue en lugar de la persona que requiere de sus servicios, sino de que le ayude a conseguir los fines lícitos pretendidos a través de una información adecuada y de calidad (tanto sustantiva como fiscal), prestada por un profesional del Derecho altamente cualificado sujeto a un régimen de actuación especialmente riguroso propio del funcionario público (153). La función del Notario no se queda ahí (plasmarse como declaración de voluntad en sentido técnico, es decir, apta para producir los efectos jurídicos queridos, la voluntad natural de la persona) sino que debe comprobar que el contenido de la declaración de voluntad no es contrario a Derecho ni persigue fines ilícitos. Esta labor se desarrolla incluso en los casos de otorgamiento «según minuta» y en aquellos otros en los que la voluntad de las partes se ha plasmado previamente en algún tipo de documento redactado por las partes o por otros

(152) Acaso alguien en su sano juicio piensa que los testadores se sientan delante del Notario y le dicen: «señor Notario, quiero otorgar un testamento legando a mi esposa el usufructo universal con cautela sociniana, instituyendo heredero a mi hijo Pepe con sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* a favor de mi sobrino Juan, sustituido vulgarmente por sus descendientes», o que el anciano que vive solo y que ha llegado a un acuerdo con una familia amiga para que le cuide nos pide «un contrato de vitalicio con condición resolutoria, reserva de usufructo y obligación de no disponer o si lo prefiere, señor Notario, una donación remuneratoria con reserva de usufructo y de la facultad de disposición»; pues «va a ser que no».

(153) Esto se demuestra, entre otras cosas, en el régimen disciplinario, en la obligatoriedad de la jubilación, en la limitación territorial de funciones, en el régimen retributivo establecido por el gobierno, etc., aspectos que nada tienen que ver con la libertad propia de un profesional liberal.

profesionales (154) porque el Notario debe comprobar que lo plasmado en la minuta o en el documento ya firmado es lo que realmente quieren las partes y que ello es conforme a Derecho.

No quiero continuar con esto, ya que otros lo expresaron mucho mejor de lo que lo pueda hacer yo (155), terminaré diciendo que el Notario realiza una indagación de la voluntad de las partes conformando esa voluntad a la ley y procurando, además, en los negocios bilaterales y plurilaterales, en cuanto tercero imparcial, que esa sea la voluntad común, cuidando además de que las partes tengan una adecuada información para lo que debe prestar especial asistencia al contratante necesitado de ella (156). En definitiva, lo que se deriva de lo dicho hasta ahora, es que una declaración de voluntad en escritura pública no es lo mismo que una declaración de voluntad inequívocamente atribuible a una persona; esta última es una voluntad natural, pedestre, mientras que en la primera hay un plus de calidad, porque esa voluntad ha sido tratada jurídicamente por el funcionario competente para ello.

Además, una vez que el Notario ya sabe qué es lo que el otorgante quiere y que ello se ajusta a Derecho, debe realizar la confección del documento conforme a esa voluntad ya tratada jurídicamente y adecuadamente calificada ajustándose, en el aspecto formal, a lo dispuesto en la legislación vigente en cada momento (157) —fundamentalmente la notarial, aunque en ocasiones

(154) Recuerdo que un profesional del Derecho me encargaba la redacción de un contrato que denominaba de «compraventa» porque se transmitía un inmueble a una persona y éste se comprometía pagar un precio consistente en una renta mensual durante la vida del transmitente, cuando, en realidad, lo que las partes estaban otorgando era un contrato de renta vitalicia.

En esta línea debo decir que, recientemente, ha llegado a mis manos una «joya» de un rábula de pueblo; se trataba de un contrato confeccionado sobre los espacios en blanco que dejaba un modelo de contrato privado de compraventa ya preimpreso en el que se decía que A «cedía gratuitamente» a B una determinada finca y que B «cedía gratuitamente» a A otra finca; en definitiva, una compraventa que contenía una permuta y en la que las recíprocas prestaciones se configuraban como gratuitas; una genialidad.

(155) Por ejemplo RODRÍGUEZ ADRADOS en «El documento notarial y la seguridad...», *op. cit.*, págs. 125, 126 y 127.

(156) Así lo exige, como hemos visto, el artículo 147 del Reglamento Notarial.

(157) Recalco la referencia a la legislación vigente en cada momento porque si comparamos una escritura de hace veinte o treinta años con una escritura actual, veremos cómo el volumen de información que ofrece la escritura hoy día es mucho más completo. Pensemos, por ejemplo, en una escritura de compraventa; en los últimos años se plasman en el documento notarial aspectos que antes no siempre aparecían (por ejemplo, la *información registral previa* sobre el estado de cargas del inmueble; la *referencia catastral* de la finca que ayuda a lograr la tan ansiada coordinación entre Catastro y Registro, amén de ayudar desde el punto de vista fiscal a aplicar adecuadamente el principio de capacidad contributiva; la referencia a *los gastos de comunidad del inmueble* y su acreditación mediante el correspondiente certificado del Secretario con el Visto Bueno del Presidente en los edificios en Propiedad Horizontal; la referencia al *estado de deudas por impuestos municipales*, etc.). Del mismo modo, probablemente en los próximos años, el campo de actuación puede verse extendido a otras materias como la vigencia de la *cédula de habi-*

hay que cumplir determinadas prescripciones impuestas por la legislación hipotecaria, mercantil e incluso, fiscal o administrativa.

Al mismo tiempo el Notario debe comprobar que la persona que emite la declaración de voluntad correspondiente se encuentra en condiciones de libertad (ausencia de vicios del consentimiento) y capacidad (según la naturaleza del acto y las prescripciones del derecho sustantivo) (158) en el momento de su emisión (no antes ni después), lo que se concreta, en el llamado «juicio de capacidad» al que se añade el «juicio de legitimación» por el que el Notario debe comprobar que la persona que emite la declaración se encuentra material y formalmente en situación de poder realizarla (es decir, es la persona que puede emitir la voluntad para vincular jurídicamente y no crear falsas expectativas en la otra parte o en terceros ya lo haga personalmente o a través de otro —Apoderado— en cuyo caso el Notario debe comprobar la suficiencia y vigencia de los poderes alegados) (159).

Igualmente el Notario debe controlar que la persona que emite la declaración de voluntad es realmente quien dice ser, formulando el «juicio de identidad» correspondiente. A todo ello se añade el valor de los hechos plasmados en el documento que el Notario percibe por sus sentidos y que quedan cubiertos por la fe pública, así la fecha, la presencia de los otorgantes y del propio Notario, la exhibición de determinados documentos, los pagos de cantidades a su presencia, etc.

Finalmente, después del otorgamiento, el Notario continúa desarrollando su función en dos ámbitos: por un lado, conservando las matrices (160) de los documentos a su cargo durante el plazo legalmente fijado (que puede llegar a los cien años) con la finalidad de que, quienes tengan interés legítimo en

tabilidad, la información acerca de los suministros con los que cuenta la finca o el nivel de contaminación del suelo en caso de solares, etc.

(158) El artículo 167 del Reglamento Notarial consagra la siguiente regla: «*El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.*»

(159) Así el apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, nos dice: «*La reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada bajo responsabilidad del Notario...*»

(160) A propósito de esta cuestión y de la tan manida referencia a la carestía de los honorarios notariales, cabría preguntarse si alguien alguna vez ha reflexionado sobre qué honorarios cobraría una empresa privada si le encomendásemos la custodia, durante cien años, de cualquier papel u objeto sin importancia. El Notario no sólo custodia sino que también asesora, advierte, informa y da seguridad, además de controlar la legalidad, produciendo efectos benéficos para las partes otorgantes, para terceros y para el tráfico jurídico en general; todo ello, en el caso del testamento, por el «enorme» costo de 30 euros.

ellos, puedan solicitar la expedición de copias en cualquier momento; por otro lado, el Notario remite información de diverso alcance a distintos organismos administrativos: en unos casos, se pretende que tales organismos puedan vigilar el cumplimiento de las obligaciones fiscales por los ciudadanos (así, la información que se remite trimestralmente a las Comunidades Autónomas —para la inspección de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones— y a los Ayuntamientos —en orden a la inspección del Impuesto de Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana—, el impreso anual 198 de Activos Financieros que se remite a la Administración estatal, etc.); en otros casos, lo que se persigue es facilitar a los ciudadanos el cumplimiento de determinadas obligaciones (por ejemplo, en el caso de la información mensual que se remite al Catastro de todos los actos que puedan dar lugar a alteraciones catastrales) y, en otros, finalmente, se trata de lograr el adecuado funcionamiento de determinados servicios (por ejemplo, el Registro General de Actos de Última Voluntad o el sistema «vigía») (161).

Por todo lo dicho hasta ahora, no nos puede sorprender que de la escritura pública deriven unos efectos [probatorios —art. 1.218 CC y 319 de la LEC—, de legitimación —art. 17 bis.2 letra a) de la LN—, ejecutivos —517 LEC—, registrales —art. 3 de la LH y 18 del Código de Comercio—, traditorios —1.462-2 del CC—, de preferencia —1.924-3.º del CC—, etc.] entre las partes otorgantes que no se predicen de otras formas documentales (por ejemplo, documento privado), los cuales, en ocasiones, incluso pueden extenderse a terceros (162). Ahora bien, tales efectos no se producen por el mero «capricho» del legislador, sino que derivan de la realización por parte del funcionario autorizante (Notario) de un «control de legalidad», tanto del fondo como de la forma del negocio, lo que implica que esté investido de una serie de facultades (petición de títulos previos, de información registral, recibos del IBI, etc.) y, al mismo tiempo, obligado a cumplir una serie de obligaciones coherentes con la finalidad perseguida. En este sentido es importante destacar que el Notario, a diferencia de otros fun-

(161) Todo ello sin olvidar las obligaciones derivadas de la legislación sobre blanqueo de capitales.

(162) Se habla de «utilizabilidad» de la escritura para aludir a estos efectos frente a tercero. En este sentido, el artículo 1.218 del CC se refiere a determinados extremos (fecha y hecho del otorgamiento de la escritura) que se producen «aun contra tercero». Del mismo modo, la reciente sentencia del TS, de 26 de octubre de 2005 (EL DERECHO 2005/171678) declara haber lugar a la responsabilidad extracontractual de un Notario que, al no solicitar la información registral previa, permitió que pudiera considerarse como tercero hipotecario al comprador con la consiguiente lesión del titular de un embargo para cuya anotación se había presentado en el Registro el mandamiento correspondiente; dicho asiento de presentación —causado por el mandamiento solicitando la anotación preventiva de embargo— estaba vigente, al tiempo de la autorización notarial de la escritura de compraventa pero, sin embargo, había caducado cuando se presentó a inscripción en el Registro de la Propiedad la copia auténtica de dicha escritura.

cionarios —por ejemplo, el juez (163)—, no está limitado por el requerimiento que se le efectúe sino que, antes bien al contrario, está obligado a averiguar qué es lo que verdaderamente pretenden las partes cuando se le encarga la confección de la escritura, pudiendo solicitar la documentación necesaria a tal fin e, incluso, denegar su ministerio si no se le proporciona.

A continuación, una vez analizado el sistema formal y la posición en él del documento notarial, me gustaría explicar por qué esto es así y no de otra manera. NÚÑEZ LAGOS (164) relata muy bien cómo, históricamente, cuando las partes no han encontrado una organización notarial eficiente a fin de obtener los efectos de una sentencia paccionada, han acudido a los Tribunales para lograr, «por la sentencia dictada en un típico proceso fingido, la *actio iudicati*». Efectivamente, continúa diciendo NÚÑEZ LAGOS, en una primera fase de la evolución jurídica (Derecho romano), la transmisión de la propiedad exigía fingir un pleito (la *confessio in iure*). El siguiente paso en la evolución supuso la desaparición de la sentencia, con lo que el efecto pretendido se conseguía con el allanamiento (así para transmitir la propiedad, reivindicaba el comprador y se allanaba el vendedor). Finalmente se eliminó la necesidad de la demanda, lo que determinó que el Juez, al lado de la jurisdicción contenciosa, desarrollara una suerte de «jurisdicción voluntaria» autorizante de múltiples negocios, con eficacia de sentencia pero sin proceso. Posteriormente, a partir de fines del siglo XII, dice NÚÑEZ LAGOS, siguiendo a BRIEGLER, las funciones de jurisdicción ante *litis contestationem (in iure)* del Juez fueron asumidas por los *iudices cartularii* o Notarios, de lo que es una clara manifestación los famosos *instrumenta quarentigia*.

Seguidamente, la evolución jurídica en el ámbito del Derecho Privado conllevó, como elemento de progreso, la separación de la función de juzgar las contiendas entre particulares de la función de asesoramiento y redacción

(163) El principio de congruencia que vincula a Jueces y Tribunales determina que, en ocasiones, las sentencias consagren verdaderos disparates jurídicos. Recuerdo un caso en el que A y B eran copropietarios de una vivienda. El letrado de A formuló demanda en la que, en lugar de solicitar la división de la cosa común, pedía al Juez que condenase a B a comprar a A su mitad indivisa o, alternativamente que condenase a B a vender a A su mitad indivisa. La demanda se admitió a trámite y B no compareció, por lo que el procedimiento continuó en rebeldía del demandado B, al que se le condenó a comprar a A su mitad indivisa; ahora bien, como B (en rebeldía) no se personó para pagar el precio correspondiente, se solicitó que se embargase su mitad indivisa en dicha vivienda para poder pagar la compra de la otra mitad indivisa de A. Total que, al final, con el precio obtenido por ese embargo, se pagó a A su mitad indivisa y después de varios años de procedimiento se llegó a otra comunidad entre B (que tenía la mitad comprada forzosamente a A) y C que adquirió en subasta la mitad de B. Actualmente está ejercitándose la acción de división de la cosa común con la que creo se terminará la cuestión, eso sí, bastantes años después.

(164) «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, editado por REUS, 1945, pág. 423.

de los negocios realizados por esos particulares. El posterior devenir de las cosas determinó, por un lado que, como consecuencia, de la elaboración de la teoría política de la división de poderes, la función de juzgar y ejecutar lo juzgado se configurase como uno de los tres poderes del Estado y, por otro, que se deslindase la labor de fedación en el ámbito judicial, administrativo y privado, atribuyéndose la primera al Secretario Judicial, la segunda a los Secretarios de Ayuntamiento y demás funcionarios de la Administración, y la tercera a los que venía realizando esa labor de asesoramiento y redacción de los negocios entre particulares, naciendo así la función notarial tal y como la concebimos hoy (165).

Llegados a este punto me gustaría abordar la cuestión relativa a la relación del documento notarial con otros documentos públicos. En principio y a tenor de lo dicho, parece que tal relación debería estar clara, máxime si tenemos en cuenta que la legislación vigente (notarial, judicial y administrativa) establece, de forma meridiana, el ámbito de competencia propio de cada funcionario en la línea marcada por la evolución histórica antes expuesta. En cuanto a la legislación notarial, el artículo 1 de la Ley del Notariado (166) nos dice que *«el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales»*, lo cual completa el artículo 2 del Reglamento Notarial (167) diciendo que *«al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho Privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial»*. Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, en su artículo 2 dispone que *«el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales... los cuales no ejercerán más funciones que las mencionadas, las de Registro Civil y las demás que expresamente (el subrayado es mío) les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho»*. Finalmente, la legislación administrativa también reconoce esta distinción y así, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas señala, en su artículo 37, que la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos de las Administraciones (sean patrimoniales o demaniales) se practicará de conformidad con lo previsto en la legislación hipotecaria, es decir, escritura pública, cuando se trata de actos y contratos de Derecho Privado sin contienda, ejecutoria, si hay contienda o disposición administrativa si se trata de actos puramente administrativos; sin embargo, dicha ley permite, en el apartado 2

(165) Esta función, al igual que la de fedación en el ámbito administrativo, debe integrarse, dentro de los poderes del Estado, en el poder ejecutivo.

(166) Ley de 28 de mayo de 1862.

(167) Aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, si bien ha sufrido varias modificaciones posteriores.

del artículo 37, la inscripción de las operaciones de agrupación, división, agregación, segregación y demás previstas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, en virtud de certificación administrativa, siempre que dichos actos no afecten a terceros (168); en definitiva, se viene a reconocer que, cuando la Administración actúa en contacto con terceros, en el ámbito del Derecho Privado, debe someterse a las reglas generales entre las que se encuentran las de forma y documentación de actos y contratos, por lo que, si quiere disponer, en tales casos, de documentación pública debe acudir al Notario sin que tenga carácter de documento público, en este ámbito, el documento administrativo, el cual no es apto para la solemnización de voluntades privadas. Por todo ello, frente a lo que pretende algún Secretario de Ayuntamiento, ni el préstamo del Banco a la entidad local ni la compraventa entre éste y un particular «intervenidas» por tal funcionario son verdaderos documentos públicos y, por tanto, ni tienen eficacia ejecutiva ni son títulos inscribibles.

Sin embargo, en la práctica diaria, la cuestión no es tan clara ya que abundan documentos que pretenden ser públicos pero que están invadiendo competencias propias de otros funcionarios. Así, por ejemplo, las populares «compulsas» (de DNI) que muchos organismos administrativos (especialmente Ayuntamientos) hacen no sólo para expedientes propios sino con la finalidad de acreditar la autenticidad de tales documentos originales ante otros organismos distintos. No obstante, no es esta la cuestión más grave; a mi juicio, todavía es peor la utilización que se hace de Jueces y Tribunales para autenticar negocios jurídicos privados sin contienda entre partes, pretendiendo con ello darle valor de documentos públicos en la medida en que han sido «aprobados» u «homologados» por la autoridad judicial.

No pretendo entrar a analizar aquí la naturaleza de esa homologación judicial (169) en casos como el del artículo 90 (convenio regulador en caso

(168) El párrafo segundo del artículo 206 de la LH insiste en la misma idea cuando establece: «*Mediante certificación administrativa, librada en los términos indicados en el párrafo anterior y con los demás requisitos en cada caso establecidos, podrán inscribirse la declaración de obra nueva, mejoras y división horizontal de fincas urbanas y, siempre que no afecten a terceros, las operaciones de agrupación, división, agregación y segregación de fincas del Estado y de los demás entes públicos estatales certificantes*».

(169) Aunque sí me gustaría que la doctrina procesal profundizase en esta cuestión, concretamente en la diferencia entre la sentencia y los convenios privados homologados judicialmente, teniendo en cuenta que en la sentencia las declaraciones vertidas en la misma son producto del proceso intelectual y volitivo del juez mientras que en los convenios homologados judicialmente el juez aprueba un convenio privado producto del proceso intelectual y volitivo de otras personas —las partes procesales— y que no ha estado sometido a ningún «control de legalidad» previo. Incluso, dando un paso, más se podría perfilar la diferencia entre tales actos (sentencias y convenios aprobados judicialmente) respecto de aquellos otros en los que el convenio se produce entre partes ante el juez (por ejemplo, acto de conciliación) donde el juez intenta la avenencia pero no realiza ningún tratamiento de la voluntad ni «control de legalidad» alguno. En este sentido, notarialmente, tenemos muy claro que un acta no es lo mismo que una escritura por más que

de separación o divorcio) en el que el Juez se limita a controlar únicamente la inexistencia de perjuicio o daño para los hijos y cónyuges —así lo obliga la ley—, pero me interesaría dejar constancia de la importancia de la competencia funcional pues, en tal supuesto, dicha competencia viene delimitada por la existencia de una contienda entre cónyuges y, en concreto, por lo dispuesto en dicho artículo 90 del CC, sin que puedan incluirse, al menos con valor de documento público, otro tipo de negocios como donaciones a los hijos, atribuciones de derechos reales distintas del uso de la vivienda (170), adjudicaciones de bienes a terceros en pago de deudas (171), etc.

De todo lo expuesto sólo me gustaría destacar la necesidad de que los documentos públicos, para ser tales, tienen que estar expedidos y autorizados por el funcionario competente, y ello no sólo desde el punto de vista territorial, sino también desde el punto de vista funcional. Esta distinción, como hemos visto antes, viene recogida en los textos legales (172) aunque, a veces,

tan Notarios seamos en un caso como en el otro y por más que sean documentos públicos ambos y tengan la eficacia probatoria que la LEC brinda a tal tipo de prueba; sin embargo, las actas no son inscribibles ni tienen eficacia ejecutiva y ello porque la actuación del Notario y los requisitos a cumplir en un caso son totalmente distintos a los del otro.

(170) Por ello tiene razón Alejandro FLIQUETE («Instituciones de Derecho Privado», Tomo III, *Obligaciones y Contratos*, 1.^a ed., 2002) cuando critica la Resolución de 29 de julio de 1999 y la extensiva interpretación que ésta hace del artículo 90 del CC, admitiendo no sólo la cesión de uso sino la cesión de propiedad porque, como hemos venido señalando, la competencia de Jueces y Tribunales está marcada por lo establecido en la ley.

(171) La reciente Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 2005 (*BOE* de 7 de diciembre) viene a situar las cosas en su justa medida y confirma la nota de la Registradora que había denegado el acceso al Registro de un Convenio Regulador aprobado judicialmente en el que se adjudicaba a un tercero (hermano del esposo) una cuota de un bien en pago de una deuda ganancial. La DGRN —a la sazón dirigida por un Catedrático y no por Notarios ni Registradores— realiza interesantes afirmaciones como, por ejemplo, «...al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que esté consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse...» o «...es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y de que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación; y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tiene su significación negocial propia...»

(172) Ejemplo de ello es el tan injustamente, a mi juicio, criticado artículo 3 de la Ley Hipotecaria que se refiere a escrituras públicas y ejecutorias, es decir, los dos documentos prototípicos en el ámbito propio de las competencias de los respectivos funcionarios autorizados —Notario si no hay contienda, Jueces y Tribunales, si hay contienda— y a los demás documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial o por el gobierno y sus agentes, donde se incluirían los documentos administrativos y los restantes documentos judiciales e incluso notariales inscribibles según las leyes y reglamentos.

en la práctica no desarrollamos la necesaria finura jurídica para percibirla máxime cuando, en ocasiones, se considera comprometida o menospreciada —en mi opinión, absurdamente— la propia dignidad de la función correspondiente (173).

A este respecto quiero destacar que esta cuestión ya había sido objeto de análisis por algún autor en la doctrina extranjera. Efectivamente, en la bibliografía utilizada para la elaboración del presente trabajo me he encontrado con que CHIOVENDA (174) recoge la opinión de DONATI, según el cual uno de los límites a las sentencias constitutivas viene determinado por la división de poderes (175), de lo que este autor extrae un principio según el cual existe una presunción *contra* toda actividad no jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales. A mi modo de ver las cosas, tal criterio es el seguido por el Derecho español, según resulta de lo dispuesto por la legislación vigente a la que hacemos referencia a lo largo de esta obra —por ejemplo, art. 2.2 de la LOPJ y 1 de la LN—.

Acabada esta digresión debemos entrar a analizar las tres cuestiones a las que antes nos referíamos, confiando en que a su solución puedan ayudarnos las ideas que acabamos de desarrollar.

La primera de ellas es la de si la elevación a escritura pública de un contrato anterior perfecto implica o no verdadera declaración de voluntad.

La contestación a esta pregunta sería simple si nos dejásemos llevar por el maestro CARNELUTTI, a cuyo juicio «un negocio no puede tener más que una voluntad y más que una causa, pero, por el contrario, puede tener más de una forma» (176). En la doctrina procesal española esta línea es seguida por PARDO IRANZO (177), la cual considera que el otorgamiento de escritura pública no encierra una declaración de voluntad, sino que se limita a dar forma «a una relación contractual anterior, perfectamente válida, que no pre-

(173) Digo esto porque, en realidad, el conflicto no se produce entre profesiones o funcionarios sino entre voluntad privada y voluntad judicial; lo que ocurre es que en el ordenamiento español hay un funcionario público (el Notario) encargado de moldear esa voluntad privada y plasmarla en el documento público correspondiente, pero el problema se plantea, en ocasiones, en parecidos términos, cuando no hay Notario de por medio; así, por ejemplo, alguna vez he visto resoluciones judiciales que procedían a nombrar administrador de una sociedad —fuera de los casos de sociedades intervenidas o administradas judicialmente conforme a lo dispuesto, por ejemplo, en los arts. 630 y sigs. de la vigente LEC— en lugar de acudir al procedimiento legalmente previsto, que es el señalado por el número 4 del artículo 45 de la LSRL, es decir, que el Juez convoque Junta General con la finalidad de que sea ésta (único órgano competente) la que nombre Administrador.

(174) *Op. cit.*, pág. 216, nota 7.

(175) Conviene recordar, a estos efectos, que el Notariado y sus funciones formarían parte del poder ejecutivo.

(176) Estas palabras de CARNELUTTI son citadas por los diversos autores que se ocupan del tema, por ejemplo, GONZÁLEZ PALOMINO o NÚÑEZ LAGOS, y de ellos las tomo yo.

(177) *Op. cit.*, págs. 283 y 284.

cisa de un nuevo consentimiento para su validez», adscribiéndose a las palabras que utiliza MONTÓN REDONDO. La misma autora cita (178) como seguidores de esta opinión a FERNÁNDEZ LÓPEZ, CATALÁ COMAS y RODRÍGUEZ DE VALCARCE frente a la solitaria opinión de CALVILLO MARTÍNEZ que entiende que «la elevación a escritura pública de un anterior contrato perfecto implica la emisión de una declaración de voluntad negocial».

Por su parte, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (179) consideran que en estos casos «no se trata de una condena a emitir una declaración de voluntad (puesto que todos los elementos de contrato ya existen y la voluntad ha sido declarada), sino de una conducta a hacer, a realizar la actividad de otorgar escritura pública» alegando que el AAP de Burgos, de 15-1-2003 (*La Ley* 1356573/2003) entendió perfectamente la situación al sostener que el deber de elevar a escritura pública un contrato privado no integra una obligación de emitir declaración de voluntad sino el cumplimiento de una obligación de hacer. Sin embargo otros, como ORTELLS RAMOS (180) consideran que en la elevación a público «el condenado ha de reiterar la expresión de voluntad que ya declaró en su momento».

En general, se echa en falta en la doctrina procesalista la utilización de argumentos de peso para defender una u otra tesis, por lo que creo que es más interesante sumergirnos en la doctrina notarialista donde tenemos que partir de la célebre disputa entre NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO para terminar con las aportaciones más recientes de RODRÍGUEZ ADRADOS y DE LA CÁMARA.

1. LA *RENOVATIO CONTRACTUS* NOTARIAL DE NÚÑEZ LAGOS (181)

NÚÑEZ LAGOS (182) estudia el supuesto de otorgamiento de la escritura en el caso de cumplimiento de la obligación de hacer que impone el artículo 1.279. En tal caso, el otorgamiento de la escritura aparece como el cumplimiento de una obligación de hacer, en concreto, de la obligación legal de llenar una forma. Dicho cumplimiento, es decir, el otorgamiento de la escritura implica la extinción de esa obligación de hacer.

Después de poner de manifiesto que la misma obligación puede derivar de un pacto previo entre las partes, se pregunta sobre qué contenido tiene la prestación de otorgar escritura pública y contesta diciendo que «la obligación legal o contractual de otorgar escritura pública contiene una prestación de

(178) *Op. cit.*, nota 230 en la pág. 284.

(179) *Op. cit.*, pág. 2066.

(180) *Op. cit.*, pág. 335.

(181) Esta tesis gozó de gran predicamento doctrinal y fue consagrada por el TS en la sentencia de 28 de mayo de 1944 de la que fue ponente don Manuel DE LA PLAZA.

(182) *Op. cit.*, sobre todo, pág. 406 y sigs.

hacer (comparecer ante Notario y observar con él una determinada conducta) que obliga, no sólo a lo pactado estrictamente, sino a todas las consecuencias que según la naturaleza del *facere* sean exigidas por la buena fe, el uso o la ley (art. 1.258)».

Entre las consecuencias y obligaciones impuestas por la ley a las partes está la de someterse a la legislación notarial para lograr la escritura pública. Dicho otorgamiento aparece como un negocio de pago o cumplimiento de la obligación legal o contractual de otorgar escritura. A este respecto afirma «que en la discutida teoría de la naturaleza del cumplimiento de las obligaciones, aun aquellos que sostienen que el pago no es, por regla general, un contrato, ni siquiera un negocio jurídico, convienen y admiten que el cumplimiento tiene siempre carácter de negocio jurídico bilateral en aquellas obligaciones de hacer en que la prestación de una parte necesita de la aceptación y colaboración de la otra...». Por ello, a su juicio, no cabe duda de que en el otorgamiento de escritura pública juega un papel preponderante el elemento volitivo de las partes, pues la obligación de otorgar escritura es común a las mismas y no privativa de una sola de ellas, y la Legislación Notarial exige expreso consentimiento de las partes en el acto y para el acto de otorgamiento —el subrayado es mío—.

Seguidamente señala que ese sometimiento a la legislación notarial implica, entre otras, dos consecuencias trascendentales:

- a) la escritura, salvo caso de meros reconocimientos a que se refiere el artículo 1.224, por obligación la redacta el Notario, adaptándola a la Ley, y
- b) el consentimiento de las partes es nuevo, distinto e independiente del que hubieren prestado al acuerdo preliminar.

Para terminar dice «por lo uno (a) y por lo otro (b), por interferencia de la legislación notarial, hay una *renovatio contractus* en el mejor sentido de Degenkolb. Pero es una *renovatio*, no por mera voluntad de las partes, sino por imperio y absorción de unas normas de carácter adjetivo formal de la legislación sobre el instrumento público».

El principal inconveniente que RODRÍGUEZ ADRADOS (183) ve en esta tesis es su excesivo apoyo reglamentario, que no puede salvarse con su conocida interpretación del artículo 1.217 del CC (184), convertido en norma en blanco a favor de la legislación notarial, con inclusión del Reglamento. Además,

(183) En su obra «Valor y efectos de la escritura pública», *Escritos Jurídicos*, vol. VI, pág. 325.

(184) Para NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 385, «el edificio jurídico del instrumento público ha tomado del Código Civil un espléndido solar —el art. 1.217— y tres paredes maestras, mejor dicho, fachadas (arts. 1.279, 1.218, 1.224)».

la tesis de NÚÑEZ LAGOS no me sirve del todo porque la perspectiva o enfoque del presente trabajo se centra más en el caso de incumplimiento de la obligación de hacer (llenar una forma) por alguna de las partes y su posible sustitución judicial que en el de cumplimiento voluntario.

2. LA TESIS DE GONZÁLEZ PALOMINO

Para este autor (185) el artículo 1.278 considera «...el contrato perfecto y rematado por el consentimiento. Desde entonces obliga. Y obliga cualquiera que sea su forma (“*de ser*”): cualquiera que haya sido la forma de manifestación del consentimiento».

Hay casos, sigue diciendo, «en que la Ley exige una forma especial, más fuerte o más lucida, para HACER EFECTIVAS LAS OBLIGACIONES QUE NAZCAN DE UN CONTRATO YA PERFECTO. Esta forma NO PUEDE SER “FORMA DE SER” DEL CONTRATO PORQUE EL CONTRATO YA “ES”...»

El artículo 1.279 exige y PRESUPONE PARA SU APLICACIÓN QUE EL CONTRATO EXISTA CON SU FORMA CONSENSUAL. Lo único que se exige es que el *consentimiento* exista ya, por anticipado. De forma gráfica dice DON JOSÉ: «las partes no pueden ni tienen por qué compelerse a prestar un nuevo consentimiento, sino a *llenar una forma* ...LLENAR una forma de “valer”; UNA FORMA PARA HACER EFECTIVAS LAS OBLIGACIONES. Ni más ni menos».

Ambas partes pueden compelerse a llenar la *forma de valer*, pero esta obligación *no es la misma que forma el objeto del contrato sino complementaria y posterior al contrato*; porque el contrato obliga a todo lo que sea consecuencia de él según su naturaleza, el uso y la Ley (art. 1.258).

Para GONZÁLEZ PALOMINO (186) el artículo 1.279 del Código Civil es «*la acción declarativa*» del Derecho notarial, porque es el caso más claro y patente de *escritura sin negocio*: sin declaración negocial o, si se prefiere, de documento con negocio *dentro*; *con declaración* pero *sin declaración negocial*. Para los notarialistas es lo que fue para los procesalistas el proceso sin derecho.

Este autor considera que «*la base metodológica del Derecho notarial posible está en las formas de valer de un negocio anterior perfecto*, o sea: en el *documento sin negocio*... El caso típico que nos ofrece esta posibilidad es el del artículo 1.279 del Código Civil, en el que, por hipótesis, se nos presenta por la norma el supuesto de UN NEGOCIO CONSENSUAL PER-

(185) *Op. cit.*, pág. 271 y sigs.

(186) *Op. cit.*, págs. 26 y 265.

ECTO, pero que necesita de UNA FORMA PARA HACER EFECTIVAS LAS OBLIGACIONES que del negocio *deriven*».

En definitiva, «EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS DEL ARTÍCULO 1.279 HAY UNA DECLARACIÓN, como es inevitable que la haya en todo documento, PERO NO ES UNA DECLARACIÓN NEGOCIAL SINO CONFESORIA».

3. TESIS DE RODRÍGUEZ ADRADOS

Para RODRÍGUEZ ADRADOS (187) la escritura de elevación a público de un documento privado guarda, notarialmente, evidentes analogías con el reconocimiento «especial», es decir, con aquella variedad de las escrituras reconocitivas en las que se reconoce un documento privado, que, se une, con la eficacia que el artículo 1.224 denomina novatoria, de tal manera que en los supuestos de discordancia ha de estarse a la escritura de reconocimiento y no al documento reconocido. Se otorga pues, una escritura pública normal, que tiene por contenido una declaración de voluntad, de manera que es el mismo documento privado originario el que, mediante esta nueva escritura a la que queda unido, se consiente y se convierte también él en escritura pública.

A su juicio, debe quedar bien claro «que, aunque la escritura no introduzca la menor alteración respecto al documento privado, su contenido está constituido por las declaraciones coetáneas de voluntad, como en todas las escrituras, de manera que estaríamos ante un supuesto de repetición del negocio». Incluso en el caso de que una parte, en general el vendedor, no se prestase a elevar a público el documento privado, la escritura de elevación a público —escribía RODRÍGUEZ ADRADOS bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881— será otorgada de oficio por el Juez, en trámites de ejecución de la sentencia, por rebeldía del demandado en unión del demandante victorioso. Pero el Juez está limitado por el fallo de la sentencia, y éste a su vez por el *petitum* de la demanda y el de la contestación, con los que tiene que guardar congruencia, por lo que la escritura será de elevación pura y simple, sin complementos adiciones ni actualizaciones. Aun así, sus efectos son muy superiores al convertir el documento privado en escritura pública.

Finalmente remata la cuestión con otro párrafo muy interesante que nos dice (188): «a mi manera de ver hay que partir del Código Civil; determinar, ante todo, cuál es el fundamento del artículo 1.280 y, en concordancia, qué tipo de documento público exige. Porque evidentemente el artículo 1.280 no se consideraría cumplido, aunque se trate de documentos públicos, con un

(187) «Valor y efectos...», *Escritos Jurídicos*, vol. VI, págs. 310 y 311.

(188) «Valor y efectos de...», pág. 325, *Escritos Jurídicos*, vol. VI.

acta de protocolización del documento privado precedente; ni con un acta de manifestaciones, si fuera admisible; ni tampoco con una sedicente escritura de reconocimiento común, aunque sea de las permitidas con ese nombre en el artículo 1.224. En todos estos casos los contratantes seguirían pudiendo compelerse ex artículo 1.279, a llenar la forma prescrita por el artículo 1.280. Porque lo menos que puede querer el Código es que se aumente la confusión añadiendo un nuevo documento al documento o documentos... Todo lo contrario, a fines de reducción de la conflictividad, de seguridad jurídica extra-judicial, y de seguridad también en la celeridad y en el resultado del proceso si llegare a plantearse, y también en pro de la justicia, la Ley pretende un documento redactado por un profesional, que desbroce toda la situación jurídica anterior, limpiándola de errores e ilegalidades, la refunda en un texto único y profundice en el negocio para lograr su adecuación a la voluntad actual de las partes, y que como funcionario depure y controle su legalidad y le confiera autenticidad; porque sólo así será título material y formal, título registrable, título ejecutivo».

El propio autor reconoce que presenta especiales dificultades el caso extremo, cuando el negocio hace años que se concertó y además está ya consumado; ha sido entregada la cosa y totalmente pagado el precio. Pero también entonces puede prestarse un nuevo consentimiento negocial en escritura pública, que no modifica la situación jurídico-real creada, sino que la refuerza, y la dota, para lo futuro, de una firme base contractual.

D) POSICIÓN DE DE LA CÁMARA

Este autor (189) también ha realizado reflexiones sobre el tema que nos ocupa distinguiendo entre dos hipótesis diferentes, según que las declaraciones negociales se emitan por vez primera al otorgarse el instrumento público o éste las formalice *a posteriori*. Lo primero acontece frecuentemente cuando se trata de negocios unilaterales (renuncias, apoderamientos, ratificaciones). Lo segundo es posible, aunque improbable, si el negocio es un contrato. Siempre que la perfección del negocio se produce a través del documento, éste tiene carácter dispositivo, pues el negocio nace con el instrumento. Por el contrario, si el negocio se ha perfeccionado con anterioridad al otorgamiento, el instrumento público no es sino la nueva forma de un negocio jurídico preexistente. No hay confesión, puesto que el documento no se remite a un negocio anterior que se reconoce existente, sino simplemente re-

(189) En su trabajo «El Notario latino y su función», publicado en la *Revista de Derecho Notarial* (año XIX, núm. LXXVI), pág. 65 y sigs., especialmente las págs. 298 y sigs.

petición de las declaraciones negociales emitidas, con el fin de alcanzar las ventajas peculiares de la forma pública notarial. En la medida en que la declaración documentada por medio de la escritura difiera de la inicial, hay que preguntarse si las partes han querido o no modificar el negocio. En vista de que el otorgamiento de la escritura implica una expresa y solemne prestación de consentimiento, es razonable presumir *iuris tantum*, la intención de modificar.

Para el caso específico de la elevación a escritura pública de un documento privado, considera que ello implica no sólo la confesión de la paternidad o autoría del documento, sino, además, la reiteración ante Notario de las declaraciones negociales que se contienen en el primero, pero rechaza tanto que sólo exista una declaración confesoria (tesis de GONZÁLEZ PALOMINO) como que pueda existir una *renovatio contractus* (NÚÑEZ LAGOS) o incluso un contrato de fijación jurídica.

Por tanto, la conclusión que podemos extraer de las tesis expuestas es que, en la doctrina notarialista, predomina (190) la consideración de que en la elevación a escritura pública de un documento privado (supuesto más frecuente de los previstos por el art. 1.279) hay una verdadera declaración de voluntad, ya sea porque hay una *renovatio contractus*, ya porque existe una repetición del negocio o una reiteración de las declaraciones de voluntad ante el Notario.

La segunda de las cuestiones que nos planteábamos era la relativa a si la Autoridad Judicial podía imponer, de alguna manera, la obligación legal de llenar una forma.

Hasta la entrada en vigor de la LEC de 2000 el Juez procedía a sustituir al obligado compareciendo personalmente para «llenar la forma», es decir, la autoridad judicial otorgaba la correspondiente escritura de elevación a público del documento privado de que se trate (normalmente compraventa) en unión del demandante victorioso. Ello era así porque se entendía, con buen criterio, a mi modo de ver, que esa conducta de «llenar una forma» era una actividad fungible, al menos, desde el punto de vista jurídico. Aunque la LEC de 1881 no contenía ningún precepto que expresamente autorizase esta forma de actuar, lo cierto es que, en la práctica, se venía procediendo de esta manera sin mayores problemas.

En estos casos, la única cuestión que a veces se planteaba derivaba del conflicto que se podía producir entre el Notario encargado de redactar un documento acomodado a las prescripciones legales (notariales, fiscales y registrales), completando a tal fin las omisiones que pudiera contener el documento privado, por un lado, y la imposibilidad del Juez, por otro, de apartarse de la declaración de condena consagrada en la sentencia —eleva-

(190) La única excepción a esta forma de pensar la constituye GONZÁLEZ PALOMINO.

ción a público del documento tal y como estaba—, la cual, a su vez, estaba determinada por el *petitum* de la demanda (principio de congruencia) (191). Tal situación implicaba que, en ocasiones, algunas manifestaciones propias de la parte vendedora debiesen efectuarse por la parte compradora, de modo análogo a lo que ocurre con los bienes adjudicados en procedimientos de ejecución (192).

Con la nueva LEC de 2000 parece claro que si se entiende que en la elevación a público de documento privado hay una verdadera declaración de voluntad, se aplicará el artículo 708 que hemos comentado. Por ello, los que parten de la tesis contraria —no hay nueva declaración de voluntad— entienden que no es aplicable el precepto y que, por tanto, al igual que sucedía con la vieja LEC de 1881, el juez debe sustituir al condenado compareciendo ante el Notario (193).

En una línea intermedia parece situarse GARCÍA GARCÍA (194) quien, al comentar este precepto, parece admitir ambas posibilidades cuando afirma que «si la sentencia condena al otorgamiento de escritura pública, el Juez ha de otorgar dicha escritura en rebeldía del condenado. Pero también cabe interpretar que el Juez ha dado por emitida la declaración de elevación a escritura pública en virtud del silencio, si bien deberá formalizarla la otra parte».

Sin embargo, a mi modo de ver las cosas, creo que tiene razón PARDO IRANZO cuando reconoce que «la nueva LEC no se refiere expresamente a este supuesto, probablemente porque lo entiende comprendido dentro del supuesto general de condenas a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC) a pesar de que, como ya hemos dicho, no hay una nueva declaración de voluntad» (195). Efectivamente, si la nueva ley quiere establecer una

(191) El apartado 1.º del artículo 218 de la LEC dice: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate».

(192) La Resolución de la DGRN, de 22 de marzo de 1999, a la que ya nos hemos referido, señaló «...debiendo bastar en estos supuestos la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario, bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior».

(193) En tal sentido se muestra Alejandro FLIQUETE (*op. cit.*, pág. 544), ya que dice que: «en este caso, la escritura de elevación será autorizada por notario y otorgada de oficio por el juez —ocupando la posición del demandado rebelde— en trámites de ejecución de sentencia en unión del demandante...». En esta línea parece situarse también María Paz GARCÍA RUBIO —*op. cit.*, pág. 1897—, la cual considera que para cumplir las exigencias formales (no sólo en caso de negocios formales sino también en los no solemnes en los que una parte compele a otra a llenar una forma) será necesaria la comparecencia de la autoridad judicial supliendo la rebeldía del inculpidor.

(194) *Op. cit.*, pág. 946, nota 485.

(195) *Op. cit.*, pág. 286.

regulación unitaria y completa (196) de la ejecución no cabe entender que se haya olvidado de una cuestión tan arraigada en la práctica judicial anterior; más bien me inclino a pensar que si la ley no ha recogido tal posibilidad es porque no ha querido. Además, hay que recordar que el principio de legalidad consagrado constitucionalmente se concreta, en el ámbito procesal civil, en el artículo 1 de la LEC (197), por lo que los Jueces y Tribunales deberán ajustarse a lo dispuesto en la ley, también en el caso de la ejecución, y, por tanto, no cabe acudir a medidas de ejecución no previstas legalmente. En último término, y por si no son suficientes los argumentos anteriores debemos recordar que, en nuestra opinión, dicho precepto (art. 708) debe aplicarse no sólo a las declaraciones de voluntad en sentido estricto y técnico sino también a aquellas otras declaraciones voluntarias de las que puedan derivarse efectos jurídicos —ya se produzcan en relación al ejecutante o en relación a terceros—, por ejemplo, meros actos jurídicos, declaraciones confesorias, etc. Por todo ello considero que a las elevaciones a público de documentos privados también se aplicará el artículo 708 de la LEC, por lo que si el ejecutado no comparece, el juez, por medio de Auto, tendrá por prestado su consentimiento, debiendo el ejecutante otorgar la correspondiente escritura a la que se incorporará el mencionado auto judicial.

La última cuestión a abordar, siguiendo el esquema que planteaba PARDO IRANZO, es la relativa a si una resolución judicial puede sustituir a la escritura a efectos de inscripción o, incluso, a todos los efectos legales. La propia autora defiende (198) *ab initio* esa posibilidad basándose en que el artículo 3 de la LH cita como documentos inscribibles a las ejecutorias (documento formal y solemne en el que se consigna una sentencia firme) y los demás documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial; no obstante, reconoce, *a posteriori*, que no hay norma alguna en el ordenamiento que establezca que la sentencia supla a la escritura pública (199). Seguidamente y apoyándose en la redacción que el precedente del artículo 708 tenía en el Anteproyecto —art. 707.1 (200)— considera que en la *mens legislatoris* está

(196) Tal y como afirma la Exposición de Motivos, según vimos al principio del trabajo.

(197) Dicho precepto reconoce el llamado «principio de legalidad procesal» al establecer: «*En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*».

(198) *Op. cit.*, págs. 286 y 287.

(199) Más bien, el ordenamiento establece lo contrario porque, como hemos visto, el reparto de competencias exige que cada funcionario se ocupe de su parcela.

(200) Dicho precepto, tal y como señala PARDO IRANZO, *op. cit.*, pág. 286, establecía «*cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo..., la emitirá el tribunal, a instancia del ejecutante, con plenos efectos si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio, pudiendo llevarse a cabo las inscripciones registrales que procedan, sin necesidad de documentar la declaración en escritura pública*».

la necesidad de elevar a escritura el negocio para terminar concluyendo que le parece un rodeo inútil exigir la elevación a escritura pública del documento privado entendiendo inscribible (a pesar de la *mens legislatoris*) la resolución judicial.

Virginia PARDO IRANZO cita también a otra autora (201), concretamente CATALÁ COMAS, la cual defendía, ya bajo la vigencia de la LEY DE ENJUICIAMIENTO de 1881, la posible inscripción de la resolución judicial por considerar tal solución la más coherente y menos costosa; los argumentos o razones que esgrime, según PARDO IRANZO, son los siguientes:

- El artículo 2 de la LH prevé la inscripción de los títulos traslativos o declarativos del dominio y la sentencia es, sin duda, un título.
- El artículo 3 de la LH exige para la inscripción que los títulos estén consignados en escritura pública o en ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el gobierno o sus agentes. La ejecutoria es inscribible directamente, sin necesidad de mandamiento judicial.
- Se inscriben sin ningún problema las sentencias en que la propiedad se adquiere por usucapión.
- Existen preceptos que permiten la inscripción de resoluciones judiciales para supuestos en que también cabe la escritura pública (v.gr., art. 69 RH).

A mi juicio, estas posiciones no son las correctas, al menos a la luz del Derecho vigente que viene a recoger el resultado de la evolución histórica antes expuesta; otra cosa totalmente distinta es, obviamente, lo que el legislador pueda establecer en el futuro. A continuación procederemos a rebatir los diversos argumentos utilizados comenzando por la referencia al coste y a la presunta inutilidad de la escritura.

Como hemos tenido ocasión de ver, algún autor (por ejemplo, CATALÁ COMAS) alega lo costoso del otorgamiento de la escritura pública; es éste un argumento que se utiliza con total desconocimiento. En este sentido ya en los trabajos parlamentarios de la reforma de la LEC de 1992 (202), algún diputado hacía la misma crítica cuando se discutía la posibilidad de que, en determinados casos, la competencia de las declaraciones de herederos fuese asumida por los Notarios —lo que, finalmente, ocurrió para el caso de declaraciones de herederos a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge—; la realidad práctica (más de trece años después) ha demostrado todo lo contrario; si las declaraciones de herederos tardaban entre tres y seis meses, ahora se hacen en un mes (y eso porque el Reglamento Notarial establece una cautela temporal de

(201) *Op. cit.*, pág. 285.

(202) Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

veinte días) y si costaban unos 600 euros (203), ahora cuestan unos 100 euros. Por tanto, la carestía alegada puede derivar más de los impuestos indirectos que llevan aparejados normalmente los actos y contratos documentados notarialmente que de la propia retribución profesional del Notario.

Tampoco creo que el otorgamiento de la escritura sea un rodeo inútil (según afirma V. PARDO IRANZO); como hemos visto el legislador ha considerado conveniente primar la documentación pública también en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas sin impedir ni siquiera desconocer la utilización de otros sistemas (documento privado, declaración testifical, etc.) pero partiendo de que, en línea de principio, el acceso a los Registros Públicos y los demás efectos privilegiados (ejecutivos, traditorios, etc.) sólo pueden tener lugar si el negocio se formaliza en escritura pública; y ello es así, como hemos visto, no por un capricho del legislador o por el deseo de favorecer a una casta de funcionarios sino porque la intervención del Notario asegura la adecuación formal y material del negocio a la legalidad vigente (204), y a tal fin dota a ese funcionario de las competencias necesarias para que pueda indagar la voluntad de las partes, solicite la información correspondiente (catastral, registral, fiscal, situación posesoria y de cargas, etc.) y, en último término, pueda negarse a autorizar el acto, contrato o negocio si no se ajusta a la legalidad (205). Nada de eso ocurre en el caso de la autoridad judicial que está limitada por el contenido de la demanda; por ello, como hemos visto antes, las competencias de ambos funcionarios son totalmente diversas, aunque complementarias y sólo en algún terreno (cuando el legislador así lo quiere, por ejemplo, jurisdicción voluntaria) concurrentes; no es misión de la Autoridad Judicial autorizar actos jurídico-privados cuando no hay contienda entre las partes al igual que no es la del Notario la de dictar sentencias (206).

(203) No perdamos de vista que, si bien no se cobran tasas judiciales, es necesario remunerar el trabajo de letrados y procuradores y que estas actuaciones exigen la intervención obligatoria de letrado cuando el valor de los bienes de la herencia exceda de 2.404,05 euros. No se me diga que, ante la escasez de recursos, cabe acudir al beneficio de justicia gratuita, porque en este campo también se prevén medidas para los Notarios.

(204) No debemos olvidar que, como consecuencia del acceso a esos Registros Públicos, especialmente el de la Propiedad, se pueden producir no sólo efectos de publicidad y legitimación sino también efectos sustantivos, de tal modo que quien adquiere de un titular inscrito, a título oneroso y con buena fe, será mantenido en su adquisición (art. 34 de la LH); por ello, es imprescindible que la documentación que acceda a la inscripción esté perfectamente acomodada a la legalidad, tanto desde el punto de vista sustantivo (título material) como desde el formal, y por ello también el legislador encomienda a un funcionario específico (el Notario) dicho «control de legalidad», el cual no se limita al aspecto formal, como hemos visto antes, sino que profundiza en lo sustantivo.

(205) Recordemos que el artículo 3 del RN, apartado 3.º, considera obligatoria la prestación del ministerio notarial *«siempre que no exista causa legal ... que lo impida»*. Esta idea es desarrollada por el artículo 145 del mismo cuerpo legal.

(206) En último término, como hemos visto, en este reparto de funciones subyace la división entre poderes del Estado.

Por ello, el artículo 1.279 del CC y el artículo 3 de la LH dicen lo que dicen y no otra cosa. Por tanto, si la pretensión que se ejerce es la de «llenar una forma» porque así lo establece la ley, el juzgador deberá condenar a lo que se le pide y en la ejecución deberá dársele al ejecutante exactamente lo que se le ha reconocido en el proceso declarativo (es decir, la escritura pública o el contrato escrito, según los casos); acaso ¿no es la ejecución en especie uno de los logros que deben perseguirse, según la doctrina procesal?; a mi modo de ver las cosas, no existe razón alguna para que ello no sea así en el caso del artículo 1.279 del CC (207).

Si se considera que es un pequeño rodeo (que no lo creo personalmente) es, al fin y al cabo, un inconveniente con el que tiene que pechar el que ha contratado en documento privado o verbalmente; el ordenamiento le da esa posibilidad (208), pero tiene que asumir las consecuencias de su decisión entre las que están que, para obtener los efectos privilegiados de otra forma, tiene que acudir a ella por lo que, en último término, deberá buscar la confianza allí donde la ha depositado, es decir, en la otra u otras partes del contrato.

Vayamos ahora a la crítica de los argumentos propiamente legales y jurídicos utilizados, como antes apuntábamos, por CATALÁ COMAS:

1. Se dice que la sentencia también es título de los previstos en el artículo 2 de la LH, pero como muy acertadamente redarguye PARDO IRANZO, eso sí *sólo* a través de una nota a pie de página (209), la sentencia es título en sentido formal y el artículo 2 hace referencia a título en sentido material, en definitiva, a las causas de adquisición del dominio y demás derechos reales contempladas en el artículo 609 del CC.
2. Se argumenta también que la ejecutoria es título formal en el sentido del artículo 3 de la LH; nada que objetar aquí, lógicamente la sentencia es título formal, pero lo es para los casos en que hay contienda entre partes (declarativa del dominio, pleitos sobre usucapión, deslin-des, etc.), así como para los demás casos que la ley lo prevé (por ejemplo, art. 82.1 de la LH); lo mismo cabe decir de los demás documentos judiciales.
3. Se alude a que se inscriben sin problema las sentencias en que la propiedad se adquiere por usucapión. El argumento así formulado

(207) No olvidemos que, según el artículo 570 LEC, *la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante*.

(208) Pero también pone a su disposición casi 3.000 notarías distribuidas a lo largo de todo el territorio nacional, de tal modo que pueda acceder con facilidad al documento público.

(209) *Op. cit.*, nota 234, pág. 285.

puede compartirse, pero nada añade al problema que tratamos de resolver porque, de nuevo, las sentencias mencionadas derivan de un contencioso entre dos personas, el titular registral y el usucapiente, en el que el primero no reconoce que se hayan producido los requisitos legalmente establecidos para la usucapición y el segundo trata de probar que sí se han producido; el juez ejerce su función (juzgar y, en su caso, ejecutar lo juzgado) dicta la correspondiente sentencia y esa sentencia se inscribe en el Registro correspondiente como no puede ser de otro modo, pero esto nada añade a lo que venimos diciendo. Lo mismo cabe decir respecto del argumento utilizado por Virginia PARDO IRANZO que trae a colación la inscribibilidad de las resoluciones judiciales firmes de adjudicaciones hereditarias; en este caso, al igual que en el de división de la cosa común, si hay acuerdo entre los copartícipes, se otorga la escritura pública y, si no lo hay, se ejercen la *actio communi dividundo* o la *actio familiae erciscundae* y, entonces, la sentencia que contenga la división o partición será inscribible. Nada tengo que objetar a este modo de pensar pero, tal razonamiento, por sí solo, tampoco sirve para fundamentar la tesis que se pretende defender sino más bien lo contrario, pues de nuevo se pone de manifiesto el reparto de competencias entre funcionarios: si hay acuerdo, se acude al Notario y si no lo hay a los Jueces y Tribunales.

4. Finalmente, se alude al artículo 69 del RH (210); este argumento es el que mejor podemos utilizar para rechazar la tesis que lo invoca y para defender la nuestra. Dicho precepto contiene una regulación especial que facilita al dueño directo y al útil obtener la inscripción de los foros, subforos y demás derechos reales análogos, así como la de su dominio directo o útil respectivo; pues bien, si observamos la dicción se refiere a escrituras públicas de *constitución o reconocimiento* del foro o documentos privados, aprobados por convenio ante Notario, *en los que se establezca o reconozca* el foro —la cursiva es mía—; sin embargo, al referirse a los documentos judiciales menciona los «testimonios de los actos de conciliación y de los deslindes, apeos y prorrates realizados judicialmente», sin añadir ninguna alu-

(210) Dicho precepto, en su párrafo 1.º, establece: «*El dueño directo o el útil podrán obtener la inscripción de los foros, subforos y demás derechos reales de igual naturaleza, así como la de su dominio directo o útil respectivo, mediante la presentación de las escrituras públicas de constitución o reconocimiento del foro, o de los testimonios de los actos de conciliación y de los deslindes, apeos y prorrates realizados judicialmente, o mediante la de los documentos privados, aprobados por convenio ante Notario, en los que se establezca o reconozca el foro o consten los deslindes, apeos y prorrates extrajudiciales*».

sión a «constitución o reconocimiento» porque estas palabras evocan declaraciones de voluntad realizadas voluntariamente constitutivas de un negocio jurídico cuyo cauce formal puede ser bien el documento privado o bien la escritura pública pero, en ningún caso, en ausencia de contienda entre partes, el documento judicial.

Los documentos a los que alude este artículo del RH deben agruparse, a mi juicio, en tres grupos. En primer lugar están las escrituras públicas de constitución o reconocimiento del foro, es decir, el supuesto en que las partes voluntariamente han acudido a constituir o reconocer el foro; en segundo lugar, se encuentran el acto de conciliación o la sentencia judicial en las que se contengan los deslindes, apeos o prorrateos, es decir, que ha existido una contienda entre partes —sobre dichos aspectos— que ha terminado bien con acuerdo o bien con sentencia y, en último término, estarían los documentos privados —aprobados por convenio ante Notario— en los que bien se establezca o reconozca el foro o bien contengan los deslindes, apeos y prorrateos extrajudiciales.

En ocasiones se plantean dudas respecto del caso específico del acto de conciliación a que se referían los artículos 460 y siguientes de la LEC de 1881 —todavía vigentes, en virtud de la Disposición Derogatoria única, número 1, regla 2.^a de la LEC—, dado que el párrafo 2.º del artículo 476 dice que, «*cuando lo convenido no pueda ejecutarse ante el Juez ante el que se celebró el convenio, tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne*». A mi modo de ver, no varía el criterio que he sostenido, por lo que el acto de conciliación, como acto previo a un pleito, recogerá acuerdos sobre asuntos que puedan ser objeto de juicio (a modo de transacción) y será difícil que como consecuencia de ello resulte un negocio jurídico (de compraventa, sociedad, arrendamiento, etc.) porque entonces la labor de intento de avenencia del juez no sería tanto la de un funcionario del Estado, miembro del poder judicial, cuanto la de un agente, corredor o intermediario, que es el que se dedica al acercamiento de posturas negociales entre partes. En relación a esta cuestión, una reciente Resolución de la DGRN (de 22 de febrero de 2006 y publicada en el *BOE* de 24 de marzo) da la razón a la Registradora que denegó la inscripción de un testimonio de un acto de conciliación en el que el acreedor hipotecario que, previamente había expedido un documento donde reconocía que la cancelación económica del préstamo hipotecario, se avenía a prestar su consentimiento para la cancelación. La Dirección General de los Registros estimó el recurso de la Registradora que recurrió el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia (el asunto arranca del año 2000) y contiene un párrafo muy interesante que se sitúa en la línea de lo que venimos defendiendo en este trabajo y que dice «...al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de

enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).»

Para terminar esta cuestión voy a referirme a otros intentos, en unos casos prácticos y en otros casos doctrinales, utilizados para sustituir la escritura pública por el documento judicial en este campo. Así, en primer lugar, hay que destacar como, en la práctica forense, se ha intentado otra vía, a mi juicio más costosa e inútil que la de la escritura, para evitar ejercitar la pretensión prevista en el artículo 1.279 del CC, que es la de acudir al expediente de dominio dirigido a reanudar el tracto sucesivo interrumpido. No obstante, esta alternativa ha encontrado el rechazo de la doctrina de la Dirección General; en concreto, la reciente resolución de 12 de mayo de 2005 (BOE de 30 de julio), después de aludir a otras Resoluciones, como las de 22 de mayo de 1995, 1 de junio de 1996, 13 de abril de 1999 y 24 de septiembre de 2002, señala que el expediente de dominio no es el instrumento adecuado para rectificar el Registro si no existe una auténtica interrupción del tracto al haber adquirido el promotor del expediente directamente del titular registral.

Desde otra perspectiva más doctrinal y teórica, MONTERO AROCA y FLORES MATÍES consideran (211) que la misma finalidad (de la elevación a público) se podría conseguir de otra manera. La petición de la demanda podría ser que se declare la existencia anterior del contrato de compraventa (título material) y luego pedir que se inscriba en el Registro la sentencia misma en cuanto en ella se declara que existe un título traslativo de dominio de un inmueble. La sentencia, en la fórmula de ejecutoria que se emplea en el artículo 3 de la LH, es también un título formal que permite la inscripción del título material. Esta forma de argumentar es, a mi modo de ver, mucho más correcta, si bien dichos autores olvidan que en la demanda se debe solicitar que se declare no sólo la existencia del contrato sino también la del modo, es decir, la entrega (y, por tanto, el dominio del comprador), pues en el ámbito contractual el título material es complejo y está formado por el contrato más la entrega (212) y todo ello porque el objeto de la inscripción no es ni el título material ni el formal sino, como destaca GARCÍA GARCÍA (213), el derecho real. En realidad, lo que realmente ocurre en este caso es que se está ejercitando una acción declarativa del dominio (o, en su caso reivindicatoria) frente al titular registral o, a falta de éste, frente a sus herederos. En cualquier caso, uno u otros o, cuando proceda,

(211) *Op. cit.*, pág. 2066.

(212) El artículo 609 del CC dice «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». La Resolución de la DGRN, de 11 de septiembre de 2001 (BOE de 30 de octubre) afirmó que «no basta con que la sentencia declare que determinada persona o personas son titulares de una finca o participación indivisa de la misma, pues debe constar cuál es el título por el que se adquirió su derecho». En parecido sentido la Resolución de 28 de octubre de 2005 (BOE de 7 de diciembre).

(213) *Op. cit.*, pág. 58, nota 11.

la administración de la herencia, deben ser necesariamente demandados para evitar que se pueda producir indefensión como ha tenido ocasión de manifestar, en reiteradas ocasiones, la Dirección General de los Registros y el Notariado (214). Por lo expuesto, no creo que pueda defenderse, como hacen los citados autores (215), que en tal caso pueda prescindirse de los herederos de una persona muerta, obteniendo una sentencia declarativa de la existencia del negocio que pudiera acceder al Registro correspondiente.

Tal tesis no puede prosperar porque, de tratarse de inmuebles inscritos, el respeto a las exigencias del principio del tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y a los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y de prohibición de la indefensión, exige demandar al titular registral o a sus herederos (216). Si, por el contrario, se trata de inmuebles no inscritos, creo que tiene razón ORTELLS RAMOS (217) cuando, citando a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, dice que aunque es frecuente afirmar que la sentencia declarativa del

(214) En esta línea la Resolución de 24 de febrero de 2006 (BOE de 4 de abril), dictada a propósito de un supuesto de elevación a público de documento privado en el que la demanda se había dirigido contra los herederos desconocidos de una persona fallecida, ha señalado que «no cabe entender, sin embargo, en este caso, que la herencia, siendo ignorados los llamados a aceptarla, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando un administrador que la represente (arts. 6.4, 7.5, 540, 790.1, 791.2.2.º, 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con quien sustanciar entretanto el procedimiento, sin que la falta de ese cargo que asuma la defensa jurídica de la herencia pueda entenderse suplida simplemente mediante la demanda y citación genéricas de los causahabientes desconocidos del causante, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos...», e igualmente que «la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aun no aceptada (ni, por tanto, los del definitivo heredero que será, en última instancia, el Estado o entidad pública correspondiente, como resulta de los arts. 956 y sigs. del Código Civil y concordantes de la legislación foral) si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indeterminado».

(215) *Op. cit.*, págs. 2066 y 2067; en concreto, en esta última página afirman: «si en el primer caso —condena a elevar a escritura pública— se dice por el Tribunal Supremo que no puede condenarse a hacer a personas indeterminadas, porque no se puede luego ejecutar la condena a hacer, en el segundo la situación es diferente, ya que la sentencia declarativa no puede ejecutarse bastando la incorrectamente llamada ejecución impropia que consiste en inscribir en el Registro».

(216) Análogicamente podemos traer a colación la Resolución de la DGRN de 12 de junio de 2001 (BOE de 13 de julio) que deja claro que en la escritura de elevación a público de documento privado es necesaria la intervención de las dos partes (vendedora y compradora). Aunque el supuesto de la Resolución se refería a un acta otorgada unilateralmente por una parte, creo que esta doctrina también nos sirve para el caso de sentencia. Dicha Resolución es interesante también porque repasa la distinción entre las escrituras de elevación a público de documentos privados y las meras actas de protocolización.

(217) *Op. cit.*, pág. 175.

dominio dictada en juicio ordinario, cuyo objeto haya sido una acción reivindicatoria o declarativa de dominio, es título suficiente para la inscripción de inmatriculación «se olvida la eficacia relativa de la sentencia dictada en el juicio y la ausencia de los trámites típicos del expediente de dominio que garantizan el interés de otras personas y, señaladamente, la intervención del Ministerio Fiscal». En esta línea se ha pronunciado también la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en Resolución de 30 de abril de 2005 (la cual cita las de 6 de julio de 1993 y la de 20 de febrero de 1999), nos dice: «históricamente se ha afirmado con cierta ligereza que una sentencia dictada en un juicio declarativo ordinario es inmatriculable, pues tal procedimiento es un juicio contradictorio y, en consecuencia, goza de superiores garantías que el expediente de dominio. Sin embargo no es así pues, como ha dicho la doctrina más autorizada, la relatividad de la cosa juzgada hace que la sentencia sólo sea eficaz frente a los litigantes o sus causahabientes, mientras que el expediente de dominio goza de mayores garantías de protección a terceros, como son las citaciones a dichos terceros, la publicación de edictos y, sobre todo, la intervención del Ministerio Fiscal».

VII. CONCLUSIONES

De la exposición realizada en las páginas anteriores podemos extraer una serie de conclusiones (unas, de derecho material y otras, de derecho procesal) que son las siguientes:

- el ordenamiento sustantivo español permite configurar el precontrato bien como obligación de celebrar un nuevo contrato —al modo clásico—, o bien como derecho de opción en cuya virtud se puede poner en vigor y dar eficacia a la total relación jurídica proyectada por la sola voluntad unilateral del optante; la interpretación de la voluntad de las partes es la que permitirá determinar, en cada caso, qué contenido contractual se ha establecido;
- en el primer caso —precontrato clásico— cabe pactar tanto que sea posible sustituir la voluntad del incumplidor a través del cauce del artículo 708 de la LEC (número 1 y apartado 1.º del número 2) siempre, claro está, que la naturaleza del contrato lo admita, como que no quepa acudir a tal vía y deba procederse necesariamente a la indemnización de los daños y perjuicios causados (apartado 2.º del número 2 del mismo precepto); en este sentido, la existencia de arras penitenciales o fórmulas similares son signos indicativos de que la voluntad de las partes puede haber sido excluir la ejecución en especie;
- en el segundo caso —derecho de opción— la sentencia que ponga fin al procedimiento declarativo puede declarar existente el contrato y

condenar a las consecuencias derivadas del mismo (por ejemplo, pago del precio, entrega de la cosa, etc.) ordenando la adecuación del Registro de la Propiedad a la realidad reflejada en la sentencia, siempre que ello se haya solicitado así en la demanda;

- el procedimiento previsto en el artículo 708 de la LEC es aplicable no sólo a los casos de los precontratos, sino también a todos aquellos otros en los que, por disposición legal o contractual, exista una obligación de emitir una declaración de voluntad que no se haya cumplido voluntariamente por el obligado a ello;
- igualmente dicho precepto (708 LEC) rige no sólo en las condenas a emitir declaraciones de voluntad contenidas en resoluciones judiciales o arbitrales firmes sino también cuando, como consecuencia de una transacción judicial o de un convenio aprobado judicialmente, las partes hayan asumido obligaciones consistentes en la emisión de declaraciones de voluntad y no las cumplan voluntariamente;
- en el artículo 708 de la LEC se regula la ejecución de una resolución de condena y el Auto judicial, teniendo por emitida la voluntad del ejecutado, suple únicamente esa declaración de voluntad que debió emitir el condenado y que no emitió;
- en los negocios unilaterales, el AUTO judicial, teniendo por emitida la voluntad del ejecutado, será inscribible o anotable directamente, si el ejecutante lo pide, salvo que se trate de negocios formales en cuyo caso habrá de observarse la forma exigida por la Ley al igual que si se pretenden obtener otros efectos distintos (ejecutivos, etc.) de la mera toma de razón en Registros Públicos;
- en los negocios bilaterales y plurilaterales será necesario que el ejecutante y, en su caso, los demás sujetos no intervinientes en el procedimiento judicial, pero que sean parte en la relación material, otorguen el negocio correspondiente, siendo suplida la voluntad del ejecutado por el Auto judicial;
- finalmente, si se ejercita la pretensión contenida en el artículo 1.279 del Código Civil debe aplicarse el artículo 708 de la LEC y, por tanto, ya no es necesario que la Autoridad Judicial sustituya al contratante renuente mediante su comparecencia personal; ahora bien, ello no es óbice para que el ejecutante quede eximido de otorgar la correspondiente escritura pública, no sólo por las razones apuntadas para el caso de negocios bilaterales y plurilaterales, sino también porque la ejecución debe perseguir la satisfacción procesal plena del demandante y porque el propio artículo 708 de la LEC obliga a la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y contratos. No obstante, en estos casos, si se quiere prescindir de la escritura pública cabe acudir a una sentencia declarativa

del dominio del adquirente, siempre que se justifique su derecho de propiedad y se exprese el título de adquisición.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE (Constitución Española)
- LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil)
- LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial)
- CC (Código Civil)
- LH (Ley Hipotecaria)
- RH (Reglamento Hipotecario)
- C. de Co. (Código de Comercio)
- LSRL (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)
- LN (Ley Notarial)
- RN (Reglamento Notarial)
- TS (Tribunal Supremo)
- DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado)

RESUMEN

EJECUCIÓN FORZOSA

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO) ha venido a satisfacer los deseos de gran parte de los operadores jurídicos sustituyendo la vieja normativa encarnada por la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881. Entre los preceptos aparentemente más novedosos se encuentra el artículo 708 que disciplina la ejecución de resoluciones que condenan a la emisión de una declaración de voluntad. Este aspecto es el que se estudia en el presente trabajo, tratando de poner de manifiesto los problemas de interpretación que puede plantear, así como sus posibles soluciones y ello, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

La tarea perseguida exige partir del análisis de algunos conceptos sustantivos, como es el del precontrato, en cuanto la doctrina procesal que se ha ocupa-

ABSTRACT

ENFORCEMENT OF JUDGMENT

The new Civil Proceeding Act (ACT 1/2000 OF 7 JANUARY) has satisfied the desires of many legal operators by replacing the old set of rules embodied by the former Proceeding Act of 1881. One of the apparently most novel rules is article 708, which disciplines the enforcement of judgments sentencing a party to issue a declaration of intention. This point is the subject studied in this paper, which attempts to map out the problems of interpretation that may arise and their possible solutions, and to do so from both the substantive and the procedural points of view.

The task herein pursued necessarily begins with the analysis of a number of substantive concepts such as the precontract, whereas procedural doctrine on the topic considers the precontract to be one of the primary cases envisaged in the

do del tema considera que es uno de los principales supuestos contemplados en la norma en cuestión. Posteriormente se estudian los diversos problemas que plantea el precepto, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, para terminar con la referencia a otros casos en los que la norma puede entrar en juego, prestando especial atención a la condena a elevar a escritura pública.

En definitiva, la obra pretende hacer surgir en el lector determinadas inquietudes que van más allá de lo que aparentemente muestra la letra del precepto; en concreto, ¿es un verdadero caso de ejecución?, la resolución judicial ¿puede suplir la voluntad de aquellos que no han sido parte o que, habiéndolo sido, no han prestado declaración de voluntad negocial alguna?, ¿qué ocurre en el caso de los negocios formales?; estas y otras cuestiones se abordan en un trabajo que espero sea lo suficientemente interesante para que el lector no se aburra.

rule in question. Subsequently there is a study of the different problems the rule suggests, both substantively and procedurally, and the paper ends by referring to other cases where the rule may come into play, paying special attention to sentences requiring notarization.

In short, the work endeavours to arouse in the reader certain concerns that go beyond the apparent letter of the law, to wit: Is it a true case of enforcement? Can a judgment replace the intention of persons who have not been party or, having been parties, have not declared any intention to transact? What happens in the case of formal transactions? These and other questions are dealt with in a work that I hope is interesting enough not to bore the reader.

(Trabajo recibido el 20-06-2006 y aceptado para su publicación el 11-07-2006)