

Contrato de transacción: Título inscribible

(Comentario a las Resoluciones de 25 de febrero,
9 y 10 de marzo de 1988)

SUMARIO: A) CONCEPTO.—B) NATURALEZA JURÍDICA: a) TRANSACCIÓN; b) FIGURAS AFINES: Allanamiento, desistimiento, renuncia y caducidad. Convenio de suspensión de pagos. Convenio regular de la separación. Novación. Acto de conciliación.—C) ELEMENTOS: a) PERSONALES; b) REALES; C) FORMALES.—D) CONTENIDO: a) VALIDEZ; b) EFICACIA.—E) CLASES: a) EXTRAJUDICIAL; b) JUDICIAL: Extraprocesal (causa). Procesal (objeto).—F) TÍTULO INSCRIBIBLE: a) TRANSACCIÓN JUDICIAL: ESCRITURA PÚBLICA; b) TRANSACCIÓN JUDICIAL: Escritura pública (extraprocesal). Testimonio del auto aprobatorio (procesal). Sentencia ejecutoria: escritura pública. Documento privado.—G) ANEXO: Resumen del contenido de las Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988.—H) BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS.

No obstante la amplitud del sumario que antecede, vamos a reducir nuestro estudio a los aspectos formales de la transacción inmobiliaria y sus relaciones con el Registro de la Propiedad, centrándonos, particularmente, en la problemática de la inscripción del auto aprobatorio que pone fin al procedimiento entablado.

A) CONCEPTO

Nuestro Código Civil, que dedica a la transacción sus artículos 1.809 a 1.819, la define en el primero de ellos diciendo: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Estamos, pues, ante un contrato referido a un objeto —cosa o derecho— litigable o litigioso, o por razón de un litigio o de un

posible litigio, y en la medida en que afecte a un inmueble o derecho real y reúna los requisitos legales de todo contrato —y en particular los de éste—, puede ser susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad.

La doctrina, destacando el carácter esencial de "la eliminación de una incertidumbre mediante concesiones recíprocas" (1), señala como elementos estructurales de su concepto: 1) incertidumbre de las partes sobre la relación jurídica (apreciación subjetiva sobre datos objetivos de la relación); 2) sustitución de la relación dudosa por una nueva relación jurídica cierta e indiscutible; 3) eliminación de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas, que incluye el mero "sacrificio" moral y excluye la simple renuncia o donación (2). "El presupuesto necesario para poder transigir —señala Peláez— es la existencia de una situación de litigio manifestada al exterior mediante la pretensión (material) de una parte y la oposición de la otra (generada por un conflicto de intereses)" (2 bis).

La transacción es, pues, *un contrato privado*, cualificado por sus rasgos de consensualidad, reciprocidad y onerosidad, *sobre un objeto litigable o litigioso o con ocasión de un litigio* (3). Y como tal debe cumplir con los

(1) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 625.

OGÁYAR AYLLÓN, T.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1983, págs. 1-82. "El fundamento de la transacción radica en la voluntad de los interesados... al amparo de la libertad proclamada en el artículo 1.255 del Código Civil, libertad que afecta no sólo a la conclusión del contrato, sino también a la determinación de su contenido... dirigido a eliminar una incertidumbre jurídica... La transacción exige siempre que entre las partes exista un conflicto o controversia..." (págs. 2 y 3). Los elementos esenciales de la transacción vienen recogidos, como indica Ogáyar, en la STS de 21 de octubre de 1977 (pág. 19).

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. 4, Ed. Reus, Madrid, 1988, págs. 814 y ss. "... la transacción —es— el contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica..." (pág. 815).

(2) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 626-629. OGÁYAR: *Op. cit.*, págs. 3-4. (Relación jurídica incierta/Intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable/Recíproca concesión de las partes.). CASTÁN: *Op. cit.*, págs. 815-819. (Relación jurídica incierta/Intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable/ Recíproca concesión de las partes).

(2 bis) PELÁEZ, Francisco J.: *La transacción. Su eficacia procesal*, Ed. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1987, págs. 22 y 23. Esta exigencia la recoge expresamente la doctrina del Tribunal Supremo: SS de 1 de diciembre de 1955, 31 de enero de 1985...

Sobre reciprocidad en las concesiones, véase SSTs de 3 de mayo de 1972, 21 de octubre de 1977 y 15 de octubre de 1985, y SAT de Barcelona de 13 de diciembre de 1985 ("sacrificios de orden moral"), entre otras muchas, *op. cit.*, págs. 50-51.

(3) OGÁYAR: *Op. cit.*, pág. 5. Si el objeto no lo constituye una controversia judicial o extrajudicial no estamos ante una transacción (R 9 enero 1903).

Sobre el carácter contractual de la transacción, véase PELÁEZ, págs. 7 y ss (SSTS 16 abril 1904, 26 abril 1963 —...la transacción es un contrato siquiera éste presente carac-

requisitos generales del artículo 1.261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa), los específicos de la transacción y los particulares de los "contratos autónomos que puedan integrarse en él" (STS de 4 noviembre 1969), ya que, como destaca Peláez, el carácter obligacional u obligatorio de la transacción hace necesaria su distinción de los negocios objeto de su contenido (compraventa, por ejemplo) y de los de disposición que sirven para ejecutarla, entrando de lleno en el campo de la teoría del título y el modo ("La propiedad y los derechos reales no surgen por efecto de los contratos obligatorios, sino por virtud de la tradición subsiguiente": *op. cit.*, págs. 55-56).

En Derecho comparado, por su parte, la doctrina ha elogiado la precisión terminológica del Código Civil italiano de 1942, que introduce como elemento definitorio la reciprocidad de las concesiones, apuntando la posibilidad de que la transacción dé lugar a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica distinta del objeto de la "litis". Efectivamente, en su artículo 1.965 dice: "(Nozione). La trasazione é il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. / con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesta o della contestazione delle parti". Y del concepto legal destaca la doctrina la *incertidumbre subjetiva* ("incertezza soggettiva") y la resolución de un conflicto mediante recíprocas concesiones que, con ocasión de la "litis", tengan por objeto la propia relación litigiosa o la creación, modificación o extinción de otra distinta ("le parti risolvan tale conflitto mediante 'reciproche concessioni' —aliquida daré e aliquie retinere—: se la concessione fosse unilaterale... non avremmo una transazione bensì una 'rinuncia'") (3 bis).

terres especialísimos que lo distinguen de los demás"— y 14 mayo 1982, entre otras), y recientemente la STS de 30 de octubre de 1989 (Avance del *BCRN* núm. 1).

En todo caso, hay que distinguir entre la causa de la transacción —resolución o prevención de un litigio: *timor litis*—, su objeto inmediato —recíprocas concesiones para dar certeza a la relación controvertida—, y su objeto mediato —o contenido de esas recíprocas concesiones: dar, prometer, o retener determinada "cosa, sea o no la cuestionada. En la transacción, pues, no coincide siempre el objeto mediato e inmediato. Las recíprocas concesiones pueden crear una nueva relación jurídica, respecto al objeto litigioso o litigable (certeza), en base a realizar mutuas concesiones sobre otros objetos no litigables ni litigiosos. Diversidad ésta que da lugar a la distinción entre la transacción pura y la transacción compleja, según se transija directamente sobre el objeto puesto en litigio o sobre otro distinto (según coincida o no el objeto mediato e inmediato del contrato).

(3 bis) / *Codici Civile e di Procedura Civile e le leggi complementari*, anotado y coordinado por Mario Abate, ed. Casa Editrice La Tribuna-Piacenza, Piacenza (Italia), 1990, pág. 355. Para la forma, págs. 355, 287, 467 y 471.

B) NATURALEZA JURÍDICA

a) TRANSACCIÓN

El estudio de la naturaleza jurídica de la transacción se centra en la calificación del contrato como traslativo o declarativo de derechos, estando dividida la doctrina en su catalogación jurídica, quizá por conjugar ambos caracteres, con prevalencia de uno u otro según los casos (4), y entrar —de hecho— de lleno en ese tercer género de actos de riguroso dominio, que algún sector doctrinal denomina "especificativos de derechos", y que se asemejan a los traslativos en la capacidad de disposición y a los declarativos en el objeto, significando en todo caso una mutación jurídica sustantiva en cuanto a la titularidad y al ámbito material de ejercicio del derecho.

En cualquier caso, se califique de traslativo —doctrina romanista: "transigere est alienare"— o de declarativo del negocio jurídico —toda vez o según el caso (5)—, con los efectos sustanciales que conlleva —usucapión—, la cuestión gravita sobre el contenido patrimonial repercutido, y sobre el objeto concreto transigido, en cuanto surja del contrato un nuevo acto divisorio o particional —traslativo—, o la renuncia —"sacrificio compensado"— a la pretensión —declarativo—. En este caso será traslativo para el renunciante y declarativo para la otra parte, que se ve favorecida por el "reconocimiento" indubitado de su derecho.

Peláez, por su lado, señala que "la transacción es un contrato de eliminación de una controversia, fuente de una relación jurídica nueva que

SENSALE, SACCO, PEZZUTI, BOVE y DE FUSCO (en colaboración): *Manuale de Diritto Civile (Istituzioni de Diritto privato)*, Ed. Simone (serie Pocket), III edc, Napoli (Italia), 1986, pág. 500. Para la forma y el carácter constitutivo de la transacción, pág. 501.

Sobre la doctrina española, véase PELÁEZ, *op. cit.*, pág. 5. La reciprocidad de las prestaciones no presupone la necesidad de su equivalencia (SSTS 14 marzo 1955 y 19 diciembre 1960: *op. cit.*, pág. 49).

(4) Igual que ocurre con la partición o con la división de la cosa común. Camy destaca el carácter " eminentemente traslativo " de la transacción (*Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles, en especial la caducidad*, Ed. CEH del CRP y M, Madrid, 1989, pág. 157, pgfo. 151).

(5) Véase CAMY, *op. y pág. cit.*; OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 6-8; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 824, "la doctrina moderna... —lo considera— simplemente declarativo..." (Moxó lo considera declarativo y "determinativo", pág. 825). PUIG BRUTAU, que recoge la opinión de Albaladejo favorable a su catalogación como declarativo, entiende que la transacción será "traslativa en la medida en que atribuya el derecho... se trata de un contrato que deja superada la firmeza que podía tener la situación anterior a base de crear una certeza nueva", *op. cit.*, pág. 634. La Resolución de 6 de diciembre de 1947, por su parte, la considera declarativa en un caso de transacción pura.

va a ocupar el lugar de la primitiva", dejando aparte la diversidad —declarativa/traslativa— de su contenido, que en ningún caso muta la naturaleza de este contrato. Se pone "término —como dice Carreras— a una incertidumbre psicológica y a una litigiosidad objetiva" (*op. cit.*, pág. 111).

La doctrina italiana (Nicoló, Santoro-Passarelli), con idéntica orientación —en parte—, partiendo de su naturaleza bilateral y onerosa, destaca su carácter *constitutivo* ("perché conesa le pati modificano la situazione giuridica peesistente attraverso le reciproche concessioni, le quali, como si é detto, possono riguardare anche rapporti diversi da quelli controversi", distinta, pues, del negocio de "ascertamento", aseveración o reconocimiento judicial de la certeza de la relación jurídica que la escritura privada revela) (3 bis).

b) FIGURAS AFINES

Y el hacer gravitar, precisamente, la naturaleza de la transacción en el más o menos complejo objeto de la misma, arrastra la consecuencia de presentar similitud con otras figuras jurídicas, distinguiéndose sustantivamente en esa litigiosidad de las pretensiones encontradas que contractualmente se dirimen.

La analogía o semejanza trasciende al problema planteado: la forma. La partición —y en concreto la judicial—, según la STS de 18 de junio de 1962, presenta la nota común con la transacción de ser también un "contrato liquidatorio" o "negocio jurídico de fijación" (6). El allanamiento y el acto de conciliación, por su lado, así como el desistimiento, pueden ser efectos de una transición. *Pueden* ser el efecto procesal de la transacción, sin que por ello se vea afectada su naturaleza, ya que su ámbito es mucho más amplio (7). Otras causas, además de este contrato, provocan la conciliación, el allanamiento o el desistimiento.

En nuestra doctrina, Peláez señala como elementos diferenciales entre la transacción, la renuncia y el allanamiento, la unilateralidad de la declaración de voluntad en los dos últimos casos. Distinguiéndose del desistimiento, en que éste no pone fin a una controversia, sino al proceso, de la caducidad, en la persistencia de la acción, y del arbitraje, en la intervención del tercero como componedor de las pretensiones (*op. cit.*, págs. 128-131).

(6) Véase CASTÁN: *op. cit.*, pág. 820.

(7) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 630; y OGÁYAR, *op. cit.*, pág. 49: STS de 5 de junio de 1926, sobre allanamiento.

Mayor analogía presenta con los convenios reguladores de la suspensión de pagos y de la separación conyugal (8). La diferencia, sin embargo, estriba en la fuente de las obligaciones. El convenio, en suspensión de pagos, debe sujetarse a las disposiciones legales, origen de existencia y cobertura de su legalidad. El convenio tiene que darse dentro de la suspensión, y aunque tenga un indudable contenido privado, como la transacción, en cuanto acuerdo entre las partes sobre objeto litigioso aprobado por el Juez, la posición del deudor no puede ser considerada como enteramente "libre" ni se actúa al amparo del artículo 1.255 del Código Civil. Estaría dentro del estrecho campo, podríamos decir, que las normas de orden público o derecho necesario dejan a la voluntad privada (9). Asimismo, el convenio regulador de la separación presenta similitud, origen convencional y aprobación judicial —se incorpora a la sentencia de separación, nulidad o divorcio—, con el contrato de transacción, pero tres diferencias fundamentales lo apartan de él: la carencia de "incertidumbre subjetiva" de la relación jurídica, la ausencia de contrato —se trata según el art. 81.1.º del Código Civil de una simple "propuesta"— y la ilicitud de su objeto, conforme al artículo 1.814 del Código Civil (10). El objeto de sí mismo no

(8) ROCA SASTRE, R.: *Dictámenes jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, vol. 2, pág. 1085; suspensión de pagos: "se trata de un contrato de transacción que, según claramente declaró la Sentencia de 30 de diciembre de 1932..."

(9) Tal es el carácter de la Ley de Suspensión de Pagos, según la doctrina y la jurisprudencia. Particularmente, en materia de hipotecas, pueden verse las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987.

(10) Los efectos patrimoniales de las sentencias de separación, nulidad y divorcio —estado civil—, y su incorporación a las mismas de los actos liquidatorios o particionales, regidos por el régimen convencional o legal supletorio aplicable, no se fundamentan en la incertidumbre acerca de la fuerza o posición de las pretensiones de ambos cónyuges, salvo error o falsedad. Así la STS de 20 de octubre de 1954 declara que la transacción no es válida si se basa en un hecho falso, conocido por una de las partes, que el Juez aprecia y valora con ocasión de la aprobación previa a la incorporación en autos de la transacción (PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 627).

Por otra parte, dejando a un lado el carácter no contractual del convenio y la desafortunada denominación legal —es una simple propuesta—, que el convenio sea parte de la sentencia declaratoria del nuevo estado civil de los cónyuges —nulidad o divorcio— o de la modificación de éste —separación personal—, plantea el problema de la ilicitud del objeto, ya que el artículo 1.814 del Código Civil sustrae expresa e imperativamente del ámbito de la transacción las cuestiones relativas al estado civil de las personas, matrimoniales y sobre alimentos futuros, contenido ordinario de una sentencia de ese tipo. El convenio, pues, por razón de su objeto nunca podrá ser una transacción, por ser ilícito, precisamente. Aunque OGAYAR (*op. cit.*, pág. 49) entiende que no debe incluirse en la frase "cuestiones matrimoniales" las relativas al régimen económico-matrimonial —1.326 CC: alteración paccionada del régimen—, susceptibles de transacción, la realidad muestra cómo ese medio material puede afectar decisivamente a las relaciones personales siendo capital punto de conflicto en los pleitos sobre el estado civil, donde la cuestión estrictamente "personal" entre cónyuges está ya decidida. CASTÁN, por su parte, recogiendo el contenido de las SSTs de 17 de junio de 1944 y 13

es litigioso, o si lo es, no pasa de ser un simple desacuerdo en el acto divisorio (o liquidatorio de la sociedad conyugal). Si se extiende a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, con pretensiones encontradas, sí puede llegar a tener carácter transaccional (que a efectos formales no pasará de una presunción, ya que no media litigio sobre ese punto). Es decir, el convenio puede arropar una transacción real y efectiva, pero extrajudicial y preventiva con visos de ilicitud. El desacuerdo no puede presumirse. En otro caso, no habría convenio (11). Con la limitación advertida: si se integra como un todo en la sentencia, nunca podría ser una transacción, dada la prohibición del artículo 1.814, ya que se reúnen al tiempo los tres requisitos de su aplicabilidad (estado civil, cuestión matrimonial y alimentos futuros). No obstante, la doctrina y la jurisprudencia se muestran favorables a la transacción sobre el contenido patrimonial de las relaciones matrimoniales (10).

Desde otra perspectiva y atendiendo a la eficacia del contenido del contrato transaccional, se ha planteado el paralelismo o identidad entre la novación y la transacción, en base a la certeza novatoria que se imprime en la relación jurídica afectada por la incertidumbre subjetiva, en la relación jurídica litigable o litigiosa. Cuestión que viene unida al problema de la naturaleza jurídica de la transacción, de tal suerte que su calificación jurídica va a determinar ese paralelismo. Según, pues, consideremos a este contrato declarativo, traslativo, determinativo o constitutivo, la figura de la novación va a hacer acto de presencia. Para Peláez Sanz sí se produce tal novación. "Si la transacción es un contrato de eliminación de una controversia siendo fuente de una relación jurídica nueva que va a ocupar

de octubre de 1966, dice que "la prohibición del artículo 1.814 no se ha de extender a las consecuencias de carácter puramente patrimonial que puedan derivarse del estado civil de una persona determinada, porque tales consecuencias revisten carácter privado y no afectan al orden social ni al interés público" (*op. cit.*, pág. 831, nota 2). En el mismo sentido, MANRESA (*Código Civil español*, t. 12, Ed. Reus, Madrid, 1973, pág. 157) y PUIG BRUTAU (*op. cit.*, pág. 636). Díez-PICAZO y GULLÓN, por su lado, se muestran favorables a la interpretación restrictiva del precepto (sobre la existencia o subsistencia del matrimonio no se puede transigir: *Sistemas de Derecho civil*, vol. II, 5.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 474). En todo caso, la "incertidumbre" y, en consecuencia, la posible existencia de la transacción (incertidumbre subjetiva sobre datos objetivos ciertos de la relación jurídica), dependerá en cada caso de la naturaleza del derecho inmobiliario, por lo que a nosotros respecta.

(11) Desde el punto de vista inmobiliario, los aspectos transaccionales del convenio son muy limitados y, en principio, puede realizarse la partición de bienes mediante escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, sin que por ello pensemos que su causa última sea la prevención de un litigio. Causa común a cualquier acto divisorio en que media acuerdo. El convenio, no obstante, presenta la nota distintiva de que se realiza con ocasión de la demanda de separación, nulidad o divorcio y de un pleito en curso, y de que lo decide —no sólo aprueba— el Juez (*vid.* nota 24, sobre su catalogación como negocio jurídico de familia).

el lugar de la primitiva, se puede concluir que "la transacción produce una novación de las obligaciones anteriores". Las partes... deciden eliminar la situación conflictiva... y sustituirla por otra clara" (*op. cit.*, págs. 124-125). A diferencia de las teorías declarativas y constitutivas de la transacción, y de la traslativa, en algunos casos, la novación hace acto de presencia en esta concepción determinativa de la certeza de la relación jurídica o de la composición de la "litis".

Finalmente, cabe plantear esa afinidad o analogía con el *acto de conciliación* {*vid. infrd.*). La conciliación, dice Fernández, "es una actividad preprocesal —pero jurisdiccional— y facultativa para actor y demandado, que pretende conceder a los futuros litigantes la oportunidad de solventar sus diferencias en presencia del juez" (11 bis: pág. 224). Institución profundamente modificada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que ha suprimido su carácter obligatorio, siendo en la actualidad un "acto potestativo del actor" (pág. 225), resultado de la exhortación del juez (art. 692.1.º LEC), que en caso de avenencia —acuerdo o convenio mediante recíprocas concesiones— es "una transacción judicial pura y simple, que produce excepción de cosa juzgada... y que es —si efectivamente lo es— título ejecutivo" (salvo acciones declarativas y constitutivas). "El legislador ha reinventado la "transactio" romana (págs. 448-449). Identidad —conciliación/transacción— que se ve reforzada por el contenido del artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que excluye del acto de conciliación las materias no susceptibles de transacción (pág. 225).

Ahora bien, a pesar de esa similitud o identidad que presenta en algunos casos, el ámbito material de transacción es más amplio, o mejor dicho, distinto, que el del convenio en conciliación. Este convenio tiene una "naturaleza peculiar". Pues aunque el Tribunal Supremo suela asimilarlo a la transacción (S 19 diciembre 1953) por entender que ese convenio —como nuevo acuerdo de voluntades— en un contrato (STS 16 diciembre 1953), de ambas figuras se distingue. Del contrato, por ser susceptible de ejecución forzosa, cuando no exceda de 500.000 pesetas, y de la transacción, cuando excede de esa cuantía, por carecer de dicho efecto ejecutivo.

(11 bis) DÉLA OLIVA, A./ FERNÁNDEZ, M. A.: *Derecho procesal civil*, Ed. PPU, Barcelona, 1988, t. II, págs. 223 y ss.

MONTERO AROCA, J., en Cortés Domínguez, y otros: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 307.

Asimismo, puede verse PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 231-245.

Sobre la Resolución de la Dirección General, véase ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. III, págs. 231-234 (Considerandos 1.º y 2.º, pág. 233). Sobre la necesidad de documentar en escritura pública el convenio en conciliación, y Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 25 de julio de 1880 (ROCA/MOLINA, *op. cit.*, t. VIII y I, págs. 326 y ss. y 1136, respectivamente).

Esto es, el convenio celebrado ante Juez de Paz o de Distrito, por razón de la cuantía (5.000 ó 500.000 pesetas), es título ejecutivo judicial y abre directamente la vía de apremio como si de una sentencia firme de condena se tratase (caso de que su objeto no sea meramente declarativo o constitutivo y sin fuerza de cosa juzgada material); y el convenio, cuando el valor de lo conciliado exceda de 500.000 pesetas, "tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne" (art. 476.11 LEC). Su finalidad, pues, como señala Fernández, podría haberse logrado, suprimiendo el acto de conciliación, a través de la transacción judicial y extrajudicial, dotadas de superior eficacia (págs. 227-231).

En definitiva, la conciliación con avenencia —continúa diciendo Fernández— nada añade a la transacción judicial, siquiera de la extrajudicial se distinga por "la presencia del Juez, que, con las funciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil le encomienda (art. 471), es poco más que simbólica" (pág. 224). Y desde el punto de vista formal, sin perjuicio de que más adelante volvamos sobre ello, dada la naturaleza de la conciliación, el *acta* de la misma no elimina *per se* las normas generales del Código Civil. Montero Roca, por su parte, ubica la conciliación dentro de la denominada "autocomposición", "entendida como *status termini* en el que se ha logrado la avenencia de los interesados —y— se resuelve en una de las tres formas de ésta: desistimiento, allanamiento y transición" (11 bis).

En cualquier caso, esta equiparación jurisprudencial entre transacción y acto de conciliación, como negocios jurídicos privados, sí nos ofrece una visión clara sobre el título inscribible, al profundizar en la naturaleza o trascendencia jurídico-procesal de la *aprobación o presencia judicial*, sustraídos ambos contratos del ámbito de la *decisión judicial*. Dice la Resolución de 14 de junio de 1897, que toma por base los artículos 1.049, 1.050 y 1.077-1.092 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 807, 808, 834 y 932 del Código Civil, sin que por el paso del tiempo haya variado su doctrina, lo siguiente: "Considerando que la *aprobación judicial* de las liquidaciones y particiones de herencia, *hechas extrajudicialmente*..., es un requisito que tiene sólo por objeto dar mayor solemnidad o autenticidad a las expresadas operaciones, que no implica ni exige el *examen de la validez* de su contenido por el Juzgado, el cual viene obligado a llenar dicho requisito... cuando los interesados manifiestan su conformidad o no formalizan oposición alguna en el término señalado al efecto/Considerando que, dado el *carácter meramente formulario*, que tiene semejante aprobación, es evidente que *no pueden equipararse* en sus *efectos* a las *resoluciones que dictan los Jueces y Tribunales*, previo el examen de la certeza de los hechos y su apreciación con arreglo a las leyes...". En ambos casos, transacción y operaciones particionales aprobadas por el Juez, y en el de la

avenencia en conciliación ante el mismo, no estamos en presencia de una resolución judicial (11 bis).

B) ELEMENTOS

a) PERSONALES

La capacidad para transigir, como antes señalábamos, es la misma requerida para los actos de disposición, y afecta particularmente, por tanto, a los supuestos de representación legal (arts. 166-1.º y 3.º —patria potestad—, 185 —ausente—, 271-3.º —tutela—, 290 —cúratela—, 323 y 324 —emancipación—, 804 —administrador de la herencia—, 1.377 —cónyuge incapaz—, 1.810—patria potestad—, 1.811 CC—tutela) como voluntaria (arts. 1.812 —corporaciones— y 1.713 —mandato— CC: expresa).

La autorización o aprobación judicial, cuando fuere necesario, tendrá lugar antes o después de la transacción, respectivamente, pero siempre será anterior a "su consumación o producción de efectos" (SSTS 10 abril 1908, 3 marzo 1909, 8 junio 1917, 21 mayo 1940, 11 noviembre 1955, 14 marzo 1955 y 30 noviembre 1961) (12).

b) REALES

La aplicación general de los artículos 1.261 —objeto cierto que sea materia del contrato—, 1.271 —objeto en el tráfico jurídico, moral y lícito—, 1.272 —posible— y 1.273 —determinable— del Código Civil, dentro del ámbito específico de la transacción, que señala el artículo 1.809 —objeto litigable o litigioso—, ensancha sobre manera la extensión material de este contrato, fuera ya de las prohibiciones y limitaciones expresas que por razones de orden público establecen los artículos 1.813 y 1.814, aplicando las reglas generales de interpretación de los contratos, conforme al artículo 1.815 (v. STS de 26 junio 1946) (13).

Dar, prometer o retener alguna cosa o derecho, personal o real (SSTS 16 abril 1904 y 8 marzo 1933). Y retener un derecho real no equivale, como dice la Resolución de 12 de marzo de 1930, a ratificarlo, sino a

(12) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *op. cit.*, págs. 157-159, y *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, t. II, págs. 638-641 y 646-649. OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 20-37. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 828, sobre el carácter de la autorización judicial previa —anulabilidad—.

(13) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 637. *Vid. supra* nota 10.

"reconocer una situación jurídica ya existente, por lo que ha de hacerse esa manifestación, con todos sus requisitos, sin confusión ni ambigüedades, sin que ese asiento impida el acceso al Registro de la transacción que lo ratifica, pues aun cuando en el folio registral no se recoja esa incertidumbre en la titularidad, a la que pone fin la transacción, el recogerla ahora, impidiendo un posible litigio en el futuro, constituye un 'reconocer', que, asegurada la titularidad registral, es inscribible conforme al número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y el 7.º de su Reglamento" (14).

c) FORMALES

Y si la amplitud de objeto es característica de cualquier controversia transaccionable, la forma que puede adoptar este contrato no difiere de cualquier otro (arts. 1.278 a 1.280 del CC). La transacción, según la jurisprudencia, puede ser verbal o escrita, pública o privada (SSTS 3 mayo 1958, 29 abril 1966 y 10 febrero 1977), aunque "se infiera que en algunos supuestos" podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública, y

(14) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 830. OGÁYAR AYLLÓN, *op. cit.*, 37 y ss. Para el texto transcrito, véase CAMY, *op. cit.*, en primer lugar, pág. 157. Así en caso doble inmatriculación, una de las partes puede reconocer el derecho preexistente de la otra, que actuó al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298, párrafo final, Reglamento Hipotecario ("Los que se crean con derecho a los bienes o partes de ellos cuya inscripción se haya practicado conforme al art. 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente *enjuicio declarativo*, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente *anotación preventiva*"). Si el derecho que se pretende hacer valer es el de *doble inmatriculación* de toda o parte de la extensión de una finca, debe extenderse la nota del 313 del Reglamento Hipotecario, al anotar la demanda. Reveladora de la situación litigiosa como un hecho jurídico, y su conveniencia aparece incluso en el supuesto de que se haya ejercitado la acción al amparo del artículo 298, párrafo final, sin seguirse el procedimiento del 313 y aunque el mandamiento sólo ordene extender la anotación. La dificultad de extender dicha nota, no obstante la conveniencia apuntada, puede surgir del principio de rogación, el interesado puede incurrir en el olvido de solicitarlo del Juez, sin reparar en la caducidad de la anotación. Pero dada la importancia del problema, y el vacío legal ante la falta de correlación entre el 298 y 313 del Reglamento Hipotecario, cabría, al menos, extender una *nota* al margen de la inscripción de dominio *de mera relación*, que advierta al tercero, caso de que la anotación caduque y el procedimiento subsista. Seguramente, la suspensión de efectos del principio de fe pública que establece el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, no deberá contraerse al plazo de dos años, pues, recurrida la inmatriculación —que es el supuesto legal de su aplicación—, y aunque no se estime conveniente la extensión de la nota —la anotación puede prorrogarse—, el plazo habrá de computarse a partir del fin —registral— de la controversia o de la cancelación de la anotación por caducidad, salvo que se practique ésta por desestimación o desestimiento de la demanda (en caso de transacción, a partir de la inscripción de la misma), o se entienda que el plazo debe surtir efectos frente a los terceros que no recurrieron (puesta en litigio la existencia material misma de la finca tal y como se inscribe, no creemos que deba entrarse en distingos).

siempre conveniente el empleo de la forma escrita STS 29 abril 1966). Ogáyar y Puig Brutau indican que el artículo 1.815 parece dar por supuesta la forma escrita, al hablar de "los objetos expresados determinadamente" y de la "inducción necesaria de sus palabras" (15).

En definitiva, esa libertad de formas no es otra que la que impone la obligatoriedad de la escritura pública para los negocios jurídicos inmobiliarios (arts. 1.280 CC y 3 LH). Así lo entienden la generalidad de los autores y la propia jurisprudencia transcrita, destacando la aplicabilidad de los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento (16). Y el funcionario competente para autorizar el acto es en principio, el Notario y no el Juez, como en cualquier compraventa. La transacción es un contrato privado.

Por otro lado, desde el punto de vista registral inmobiliario, no debe olvidarse la teoría apuntada del título y el modo (arts. 1 y 3 LH en relación a los arts. 609, 1.095 y 1.462 del CC). "La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada o intestada y *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...*" (art. 609 CC). Y sólo la escritura pública *equivale* a la entrega de la cosa —tradición instrumental: art. 1.462 CC—, sin que la inscripción llegue a sustituir a la tradición (y sin tradición no cabe la inscripción, entiende Roca) (16 bis). El documento privado, incluso en el caso de la transacción judicial procesal, no sería suficiente. En ejecución de sentencia, tendría que poner el Juez al titular en posesión de la cosa (v. *infra*).

(15) OGÁYAR y PUIG BRUTAU, *ops. cit.*, págs. 54 y 637.

(16) OGÁYAR y PUIG BRUTAU, *ops. cit.*, págs. 54-55 (forma *adprobationem*) y 638. CASTÁN, *op. cit.*, págs. 831-832. MANRESA, *op. cit.*, págs. 163-164 (forma escrita *ad probationem* y ausencia de prueba testifical —STS 6 mayo 1955—).

(16 bis) CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Ed. M. Pons, Madrid, 1990, págs. 237 y ss., y en concreto págs. 249-251. "Estos dos exponentes legislativos —arts. 609 y 1.095 CC— de la admisión de la teoría creo que no solucionan definitivamente el problema, ya que, de una parte, queda pendiente el carácter abstracto o causal que a la *traditio* se le aplique y, de otro, la solución hipotecaria que al problema de la doble venta se le da" (pág. 244).

ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1979 págs. 222 y concordantes.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, 1.1, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, págs. 639 y ss.: "la tradición es elemento constitutivo de la adquisición del dominio y derechos reales, junto al título, y que, en consecuencia, se requiere para la práctica de la inscripción; pero que no queda desvirtuada por la falta de posesión real del <tradens>... La tradición instrumental es requisito necesario para la práctica de la inscripción... y si de la misma escritura resulta que no se ha querido otorgar la tradición instrumental, el documento no es inscribible, por no tratarse de un <título traslativo> ni <constitutivo de derecho real>... —pág. 670—.

La importancia práctica de la forma de la transacción, no obstante el principio general de libertad de forma que recoge la jurisprudencia (SSTS 20 octubre 1928, 3 mayo 1958, 29 abril 1966, 10 febrero 1977, 4 diciembre 1985: forma *adprobationem*, sin perjuicio de que "en algunos supuestos podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública" —STS 29 abril 1966—) y que por imperativo de los artículos 1.280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria, impone la forma pública en los negocios jurídicos inmobiliarios, como reconoce unánimemente la doctrina, ha sido —la importancia práctica— destacada por Peláez, como determinante de "la fuerza y eficacia de la transacción". Y así mientras la escritura pública abre el juicio ejecutivo —art. 1.429 LEC—, el documento privado sólo "serviría de apoyo a una acción para acudir a un declarativo ordinario (*op. cit.*, págs. 73-78).

Hay que distinguir, pues, entre título ejecutivo, título de ejecución y título inscribible. Peláez, siguiendo a Fernández, señala como presupuestos concurrentes del proceso de ejecución la acción ejecutiva —licitud de la ejecución— y el título ejecutivo —documento "abstracto" necesario para la ejecución—. Los títulos ejecutivos pueden, a su vez, ser judiciales —transacción judicial— y extrajudiciales —escritura pública—. El título ejecutivo judicial por excelencia es la sentencia firme de condena. No lo son ni las sentencias meramente declarativas ni constitutivas, porque no llevan aparejada una declaración de responsabilidad (*op. cit.*, págs. 221-224). Ahora bien, dentro de los títulos ejecutivos, conviene distinguir —como hace Herce Quemada— entre títulos de ejecución o ejecutorios (sentencia firme de condena) "que conducen directamente a la ejecución forzosa", y títulos ejecutivos propiamente dichos (escritura pública), "que permiten solamente entrar en juicios declarativos especiales sumarios para lograr rápidamente el título de ejecución propiamente dicho" (*op. cit.*, pág. 226). Y en este sentido únicamente la transacción judicial "procesal" será título de ejecución cuando tenga por objeto un contenido parangonable a la sentencia firme de condena. Así, la forma ordinaria del título inscribible será la escritura pública, y sólo excepcionalmente la transacción judicial "procesal", acompañada de las diligencias conducentes a la ejecución de sentencia, es decir, cuando la transacción sustituye a la sentencia de una forma cualificada, puede llegar a ser inscribible. Y decimos puede, ya que, dada la variabilidad de su contenido, y habida cuenta del objeto omnicompreensivo de la transacción, es difícilmente imaginable el supuesto en que llegue al Registro la transacción por vía de ejecución de sentencia (o de apremio, como dice el art. 1.816 CC). Pues si el contenido de la transacción es condenatorio, la falta de cumplimiento dará lugar al apremio sustitutorio y al embargo inmobiliario, en su caso (si tiene por objeto

un contrato de compraventa de un inmueble, aunque el Juez entregue la cosa o la ponga en posesión del adquirente, ¿cómo evitar la aplicación del 1.280?, teniendo presente lo dicho sobre los requisitos esenciales de la transacción: ¿sería inscribible el documento privado incorporado al proceso?). Y si es declarativa —reconocimiento dominical— o constitutiva —aseguramiento mediante hipoteca—, ¿cómo se ejecutará?, ¿cuáles serán las diligencias conducentes a la ejecución salvo la sustitución de una de las partes por el Juez en el otorgamiento público? ¿Hasta qué punto, entonces, sustituye la transacción —judicial— "procesal" a la sentencia? El Código dice que produce entre las partes excepción de cosa juzgada (sin la extensión de la que produce formal y materialmente la sentencia: anulabilidad contractual), y que podrá ejecutarse por la vía de apremio, por la vía de apremio sustitutorio —indemnizatorio—. Salvo la excepcional ejecución forzosa en forma específica, que no excluye —incluso considerando oportuna la sustitución del transferente en rebeldía por el Juez— la escritura pública, el proceso ejecutivo se resuelve en una indemnización compensatoria. Como vemos, la transacción sustituye con distinta eficacia la sentencia que pudiera recaer en el pleito que resuelve, abriendo camino a la ejecución, sin que excluya el cumplimiento de las reglas generales en materia de forma que rigen en nuestro ordenamiento. La transacción "condenatoria" puede dar lugar a la adjudicación de un inmueble en pública subasta y por causa de lo transigido, pero el título inscribible sería el resultado del procedimiento ejecutivo al que aquélla dio lugar (escritura pública de venta judicial o testimonio del auto de adjudicación al acreedor del inmueble embargado). Las partes en el proceso de ejecución, y ello es revelador, son acreedor y deudor (obsérvese, además, que el art. 1.816 sólo se refiere a la transacción judicial incorporada al proceso o "procesal").

En Derecho comparado, en el Código Civil italiano el distinto carácter de la forma de la transacción se distingue con nitidez. La regla general impone la forma *ad probationem*, y la excepción, la forma *ad substantiam*. El artículo 1.967 dispone: "(Prova). La transazione deve essere provata per iscritto, fermo il disposto del n. 12 dell'articolo 1.350"; y el 1.350 (que encabeza la "Sezione IV. Della forma del contratto"), bajo la rúbrica "Atti che devono farsi per iscritto", señala: "Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità:... 12) le transazioni che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti (en general relativos a los contratos inmobiliarios o relativos a inmuebles, en los que se constituyan derechos reales). Por su parte, el 2.643 sujeta a inscripción la transacción "inmobiliaria" y a previa forma pública su documentación en los términos del artículo 2.657 (art. 2.643:

"Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:... 13) le transazioni..."). Ahora bien, este articulado da lugar a la siguiente interpretación: 1.º Regla general: "Il contratto di transazione richiede la forma scritta 'ad probationem' (art. 1.967); 2.º Excepción: "Se però ha ad oggetto controversie relative a diritti reali su beni immobili, la forma scritta é richiesta 'ad substantiam' (art. 1.350 n. 12) e l'atto deve essere 'trascritto' (art. 2.643 n. 13) (3 bis).

D) CONTENIDO

a) VALIDEZ

"Como todo contrato —dice Puig Brutau—, la transacción está sometida a las reglas generales de los artículos 1.261, 1.265 y 1.300, con sus concordantes, del Código Civil". Así lo establece el artículo 1.817, que añade algunas reglas específicas, en unión del 1.818 y 1.819, nacidas de la especial naturaleza de esta fórmula contractual, sobre desistimiento de la demanda, aparición de nuevos documentos y existencia de sentencia en el procedimiento entablado (*op. cit.*, pág. 639).

La calificación registral, entonces, será la ordinaria de los contratos, en cuanto a nulidad y anulabilidad, y la de los documentos judiciales (arts. 18 LH y 100 RH), si éste es el conducto por el que accede al Registro, con la problemática que luego expondremos.

b) EFICACIA

La eficacia de la transacción entre las partes y frente a tercero tampoco ofrece particularidad alguna, pues, como advierte la doctrina, el pronunciamiento del inciso primero del artículo 1.816 dista poco del que recoge el 1.091 del mismo Código. Hablar de "autoridad de cosa juzgada" o de "fuerza de ley" y ser posible la impugnación del contrato, elimina diferencias. Sólo la ejecución por vía de apremio —art. 1.816, inciso 2.º— introduce una novedad no habitual, nacida precisamente de la aprobación judicial y del fin del procedimiento entablado. Si la transacción es extrajudicial y no ha mediado pleito —transacción preventiva— ni demanda, no parece ni oportuna ni necesaria la aprobación judicial. El Juez se inhibiría de la cuestión (STS 3 noviembre 1911: "la transacción en documento privado no tiene el concepto de judicial") (17).

(17) PUIG BUTRAU, *op. cit.*, págs. 638 y 632.

La importancia del carácter judicial o extrajudicial de la transacción va a influir determinadamente en la forma del título inscribible.

E) CLASES

Suele clasificarse la transacción en judicial y extrajudicial, pura o compleja, declarativa o traslativa, según el elemento definitorio que se destaque, bien sea la forma, bien el contenido, bien la trascendencia jurídica. La distinción fundamental, no obstante, en orden a la eficacia, es la primera de ellas, ya que las otras pueden concurrir a un tiempo (extrajudicial, compleja y traslativa, o judicial, pura y declarativa o reconocitiva) (17 bis).

a) EXTRAJUDICIAL

En principio, toda transacción, en cuanto contrato privado sobre un objeto litigable o litigioso, es extrajudicial. Es un contrato que se perfecciona fuera del proceso. "La transacción —dice Ferrandis— es siempre extrajudicial en cuanto a su celebración; pero puede producir efectos judiciales o extrajudiciales. Solamente para el cumplimiento de la transacción judicial (celebrada extrajudicialmente pero incorporada después al proceso pendiente) procederá la vía de apremio, conforme al artículo 1.816 del Código Civil". "En realidad —añade Puig Brutau—, hay que establecer las siguientes distinciones:

- La transacción extrajudicial que evita que se inicie un pleito.
- La transacción igualmente extrajudicial por la que las partes desisten de un pleito en curso, en cuyo caso, se produce el efecto especial del párrafo segundo del artículo 1.817.
- Por último, la transacción propiamente judicial, que deriva de un acto incorporado al proceso en curso y que permite instar directamente la vía de apremio (art. 1.816)" (18). Puntualización que me lleva a distinguir, a efectos prácticos, dos grandes tipos de transacción, judicial y extrajudicial, y dentro de ellas la judicial extraprocesal (cuando la transacción se menciona como causa de desistimiento pero no se incorpora al proceso), la judicial procesal (o ejecutiva), la extrajudicial preventiva (evita el pleito) y la extraju-

(17 bis) Véase PELÁEZ, *op. cit.*, págs. 58-67.

(18) PUIG BUTRAU, *op. cit.*, pág. 631.

dicial disuasoria (que se traduce en un simple allanamiento, desistimiento o abandono de la acción, sin expresar la causa).

b) JUDICIAL

Parece claro, a tenor de lo expuesto, que la eficacia ejecutiva de la transacción es resultado directo de la transacción judicial procesal y mediato de la extrajudicial y extraprocesal, sin que quepa interpretar que con la condena al cumplimiento de lo pactado "se sustituye la sentencia ejecutoria por una transacción, pues declarada en aquella la eficacia de ésta, han de tenerse en cuenta los pactos en ella consignados para llevar a efecto el fallo que obliga a su cumplimiento (STS 3 noviembre 1911) (19). Y menos aún que el carácter judicial de la partición desnaturalice el contrato privado. La sentencia ejecutoria, mediata o inmediatamente, y sin perjuicio de la exigencia general de la escritura pública en los contratos inmobiliarios, es ineludible. Luego, en principio y con independencia de la clase de partición, el título que accederá al Registro será la escritura o la sentencia ejecutoria, resultado del cumplimiento voluntario o forzoso de lo transigido. Veamos.

La primera cuestión, quizá ya suficientemente clara, es la del aspecto procesal de la transacción judicial, la de la trascendencia jurídica de la aprobación judicial. Dice Ogáyar que, a su juicio, "el objeto de la transacción es todo el derecho de las partes, tanto el material como el procesal... —aunque— la transacción, como contrato privado, no cambia por el hecho de que sus consecuencias puedan o no reflejarse en un proceso, por lo que si se desea poner fin a un proceso... ha de reunir los mismos requisitos que condicionan su eficacia en el derecho material" (20).

Herce Quemada, como indica Ogáyar (pág. 9), "afirma que la transacción judicial no siempre tiene carácter procesal, aunque produzca en todo caso el efecto de terminar el proceso ya iniciado". Distingue, pues, dos supuestos, según la transacción sea causa u objeto del proceso. Distinción

(19) PUIG BUTRAU, *op. cit.*, págs. 632-633.

(20) *Op. cit.*, págs. 8-10. La forma, pues, será pública, y el Juez no admitirá, en principio, la transacción en documento privado, sino como resultado del artículo 1.278 del Código Civil. No obstante, desde un punto de vista registral, este extremo no es calificable. Es competencia del Juez el requerir la forma pública de la transacción inmobiliaria, cuando ninguna de las partes no se opone a su otorgamiento de la escritura, y de lo que se trata es de poner fin al proceso con carácter ejecutivo —residual—, en caso de incumplimiento. En la doctrina, GUASP, a diferencia de PRIETO CASTRO, es contrario a la consideración de la transacción judicial como procesal, mientras DE LA PLAZA defiende la "doble condición de contrato regulado por el derecho material y procesal" (pág. 8-9).

que nos da pie a establecer la siguiente subclasificación de la transacción judicial:

Extraprocesal (causa)

Es extraprocesal la transacción judicial cuando, siendo ésta la causa de la terminación del proceso, no se incorpora al mismo (cuando "las partes... sólo aporten al proceso la manifestación escueta de que han llegado a un acuerdo"). Y aunque esa causa produzca el efecto advertido, por la suspensión del mismo, y ulterior desistimiento, allanamiento del demandado o caducidad de la instancia, nunca será procedente la vía de apremio que prevé el artículo 1.816 (21).

Procesal (objeto)

La transacción judicial procesal —o judicial "propia"— será aquella, por su parte, en que "las partes realicen la transacción ante el Juez del proceso, quedando los términos de la misma recogidos en el acta que se extiende al efecto". La "institución tiene el carácter de un verdadero acto procesal, ya que se lleva a efecto dentro del proceso... pudiéndose pedir, por consiguiente, la ejecución de lo convenido por los trámites de la ejecución de sentencia". La jurisprudencia —añade Ogáyar—, ante la falta de regulación legal —la LEC sólo recoge la transacción como excepción enjuicio ejecutivo: art. 1.464.9.º—, señala que "para que exista transacción judicial es necesario que se celebre ante la presencia judicial, incorporándola al proceso". Es necesario que "el juez la apruebe por auto, en él acuerde el fin del mismo y el archivo de las actuaciones (pág. 9).

En cuanto al valor o eficacia de esta transacción judicial, una parte de la doctrina considera que debe equipararse a la *sentencia firme*, y otro sector estima que estamos ante un *nuevo contrato*. El texto literal del artículo 1.816 parece abogar por la primera dirección —"autoridad de cosa juzgada". La intervención judicial no recae sobre el fondo del asunto decidido por las partes, sino sobre su cumplimiento (SSTS 6 abril 1894, 27 junio 1907, 27 junio 1928, 30 marzo 1950), impidiendo el "examen judicial de las cuestiones transigidas". Sin embargo, como apunta Ogáyar, "por

(21) Situación que lleva a algunos autores a la consideración, no obstante, de la transacción como judicial —DÍEZ-PICAZO—, y a otros a considerarla extrajudicial, "impropia", en base a la SSTS de 21 de abril de 1942 y 24 de abril de 1911 —OGÁYAR (*op. cit.*, pág. 10)—.

mucha que sea la analogía de la transacción con la sentencia, es indudable que aquélla no tiene en sí los caracteres que se derivan de la decisión judicial". La distinción transacción-sentencia se patentiza además en la capacidad del Juez para valorar la validez de lo acordado (certeza del hecho controvertido —STS 20 octubre 1954—, causa, dolo...), a diferencia de lo que ocurriría tratándose de una resolución judicial (22).

Ahora bien, como indica Ogáyar, la transacción por sí, y a pesar de su condición de excepción judicial —art. 1.464.9.º LEC—, *no es título ejecutivo*, debe constar en *documento público* —art. 1.429 LEC—. Aspecto sustancial al objeto del presente estudio. La aprobación judicial de la transacción, una vez calificada la concurrencia de sus requisitos esenciales (arts. 1.261 y ss., 1.809 y ss. CC) y la incorporación del documento transaccional al proceso (SSTS 22 abril 1911 y 21 abril 1942), no significa que el título sea ejecutivo y hábil, a efectos registrales para producir la inscripción. El Juez, en principio, exigirá, bajo su competencia, que el contrato inmobiliario conste —según vimos— en escritura pública, y aun admitiendo el documento privado ratificado ante él por las partes —fuera del caso del art. 1.278 del CC—, su incorporación al proceso en vía "declarativa" —extintiva del mismo, en este caso— no hace nacer, en ese momento, el título inscribible. Es necesaria la sentencia ejecutoria, aunque se trate de un caso de doble inmatriculación —como el planteado— y la transacción contenga un "reconocimiento" de la titularidad registral de una de las partes (23). Incluso en el caso de admitir la transacción judicial sobre los elementos patrimoniales de la separación y la catalogación del convenio incorporado a la sentencia como tal contrato, la sentencia inscribible es la declarativa de la separación, nulidad o divorcio. En este sentido, debieran interpretarse las Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988. Sin el "plus" de la ejecución, no dejaremos de estar ante un documento privado que legalmente debió documentarse en escritura pública, conforme al artículo 1.280 del Código Civil (24).

(22) OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 57-59. La última distinción es obra de FÉNECH NAVARRO. Díez-PICAZO/GULLÓN, *op. cit.*, pág. 475. Para la Sentencia de 1954, antes señalada, a efectos de la incertidumbre en cuestiones patrimoniales del matrimonio, véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 627-628.

(23) Para los efectos sustantivos y procesales apuntados de la aprobación judicial, véase OGÁYAR, *op. cit.*, págs. 59-61. La aprobación judicial de un acto contenido en un documento público o privado no convierte a éste en documento judicial. Así lo entiende la Resolución de 14 de junio de 1897 (véase ROCA/MOLINA. *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. III, págs. 231-234), que recoge José María DE MENA Y SAN MILLÁN en su *Calificación registral de los documentos judiciales*, pág. 44 (Ed. Bosch, Barcelona, 1985).

(24) Obsérvese, a efectos de no considerar el convenio como transacción judicial, que el artículo 81.1.º dispone que se acompañe la *propuesta de convenio*, luego es el

"La transacción judicial —señala De la Oliva—, supone, ante todo, un negocio jurídico-material que no sólo, como se ha dicho, se documenta en un "acta" mediante el correspondiente "acto" procesal, sino que ha de ser homologada por el tribunal..., con la consecuencia inexorable de una resolución judicial (un auto...) que recoge los pactos transaccionales, les confiere fuerza ejecutiva y dispone, sin posibilidad de recurso, el sobreseimiento del proceso" (11 bis: pág. 432).

F) TITULO INSCRIBIBLE

Finalmente, y a la vista de lo anterior, damos paso al análisis del título inscribible según el tipo de transacción ante el que nos encontremos.

a) TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL: ESCRITURA PÚBLICA

Si la transacción es extrajudicial, "propia" o preventiva, la aplicación de las reglas generales impone la escritura pública, como entiende la doctrina, destacando el contenido de los artículos 3 y 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento.

Obviamente, igual que en el caso de la compraventa, si una de las partes se niega a elevar el documento privado a escritura pública, y éste es el contenido de la demanda (art. 1.278 del CC), el Juez condenará a la otra a su otorgamiento, o suplirá su voluntad, en caso de rebeldía, una vez probada la existencia y validez de la transacción realizada, sin decidir sobre la cuestión de fondo. Para que tenga carácter ejecutivo y acceda al Registro, vía apremio, debe constar previamente en documento público (art. 1.429 LEC).

Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, el que en definitiva realiza la liquidación de la sociedad conyugal. El Juez, a diferencia del supuesto de transacción judicial, entra en el fondo del asunto y decide, siendo su resolución recurrible (arts. 90 y 95 CC y disp. adic. 6.ª.7 y 10 de la Ley de 7 de julio de 1981). La actuación privada es de mera proposición sin carácter contractual o pre-contractual alguno. En este caso, no podemos hablar, con independencia de lo dispuesto en el artículo 1.814 del Código Civil, de transacción. No obstante, López Alarcón lo considera como "un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia, en el que aquéllos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales (véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. IV, págs. 83 y 163 —arts. 95 y 1.395 CC). Catalogación que no lo convierte en un contrato privado, sino, más bien, en lo contrario: un contrato de Derecho de Familia regido virtualmente por normas de derecho necesario, dentro del ámbito del 1.814 del CC.

b) TRANSACCIÓN JUDICIAL

Escritura pública (extraprocesal)

Si la transacción, por su parte, pone fin al proceso sin incorporarse al mismo —mediante acta y auto aprobatorio—, por la fórmula del desistimiento, allanamiento o caducidad de lo actuado, puede dar lugar a la cancelación de la demanda anotada, pero no será título inscribible. La escritura pública no puede eludirse. La causa inmediata del mandamiento cancelatorio será esa caducidad, allanamiento o desistimiento, y la causa mediata permanecerá —registralmente— oculta.

También puede ocurrir que, interpuesta la demanda, no se dé curso al procedimiento por la conciliación previa de las partes —avenencia—. "Es extremadamente interesante —dice De Mena— examinar si el... —acto— de conciliación, y naturalmente su reflejo en el testimonio del acta correspondiente, tiene el concepto de documento judicial a los efectos de su calificación e inscripción" (25). Y tras estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 13 junio 1972 y 5 noviembre 1976 —"el acto de conciliación no es un verdadero juicio ni se puede asimilar a los actos de jurisdicción voluntaria", "es un negocio jurídico particular") y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RR 1 julio 1943 y 25 julio 1864 —"lo contenido en los actos de conciliación sólo tienen el carácter de documento auténtico, en cuanto a la certeza de la celebración del acto y lo acordado en él, *sin* que los interesados se eximan de hacer constar en escritura pública sus convenios de avenencias... por lo que aunque los certificados de actos de conciliación tienen el carácter de documentos auténticos, cuando se refieran a... la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales *no son títulos suficientes* para los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad") y la doctrina —Alegre, González, Monet, Guasp, Aragoneses, Herce—, señala que su

(25) DE MENA Y SAN MILLÁN, *op. cit.*, págs. 46-52. La Resolución de 25 de julio de 1864 no la he localizado en el repertorio de jurisprudencia registral de Roca/ Molina, pero dada su identidad de contenido con la Resolución de 25 de julio de 1880, debe tratarse de ésta, donde la Dirección General corrobora la Resolución del Presidente de la Audiencia Territorial, cuyo segundo considerando dice: "Considerando que el funcionario público competente para dar fe de los contratos y' actos extrajudiciales es el Notario, según se dispone en el artículo 1.º de la Ley del Notariado, y que las certificaciones expedidas por los Secretarios de los Juzgados Municipales, con respecto a lo convenido en los actos de conciliación, sólo tiene el carácter de documento auténtico en cuanto a la certeza de la celebración del acto y a lo ocurrido en él, sin que a los interesados se exima de hacer constar en escritura pública sus convenios o avenencias cuando se refieren a la constitución, trueque o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles..." (t. I, pág. 1.136, Ed. Bosch, Barcelona, 1953).

extensión y eficacia no pasa de reconocer la certeza de la existencia de un documento privado y el compromiso de las partes de elevarlo a escritura pública. Es un acto sin *imperium*. La naturaleza jurídica del contrato documentado privadamente no se ve alterada (sin entrar en el posible fraude de ley). Y, como pusimos con anterioridad de manifiesto, si el convenio en conciliación no exime del otorgamiento de la escritura pública, a pesar de su incorporación al proceso, menos aún evitará ese tipo de documentación, una transacción judicial "extraprocesal".

Testimonio del auto aprobatorio (procesal)

Otra cuestión, quizá más problemática, es la suficiencia como título inscribible del testimonio del auto aprobatorio de la transacción judicial propia o procesal. Incorporado el contrato (documento privado o escritura pública) al litigio en curso, y acordada su finalización mediante auto, como consecuencia de la aprobación de aquél, el testimonio de éste no es *per se* documento inscribible. La ejecución judicial de lo acordado, conforme al artículo 1.816 del Código Civil, elemento diferenciador de esta clase de transacción, sólo procede a instancia de parte interesada, ante el incumplimiento de la otra. Luego, la consecuencia de la actuación judicial, cuando no medie apremio, será la cancelación de la demanda anotada y la inscripción de la escritura pública transaccional, sin que se supla este requisito por el testimonio del auto aprobatorio de lo convenido y de la transacción incorporada (el Juez, en principio, habrá ya exigido la forma pública del contrato: art. 1.280 CC). Aunque conste en escritura y así lo revele el testimonio, incluyendo su texto íntegro, el título adecuado sigue siendo aquélla y no su reflejo procesal. O, en su defecto, la resolución ejecutoria. Como vimos, sólo es título ejecutivo el documento público —art. 1.429 LEC— y, en otro caso, la transacción judicial "procesal" sólo producirá el efecto de excepción, en los términos del artículo 1.464.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ogáyar, *op. cit.*, pág. 59). Si el Juez despacha la ejecución sin exigir la constatación pública de la transacción o resultando ésta de la propia actuación judicial, nosotros inscribiremos la sentencia ejecutoria. Nunca el auto de aprobación. En otro caso, si el derecho discutido en el pleito a que pone fin la transacción es de carácter formal y lo que se pretende es la constatación registral de la pretensión transigida, sin ejecución judicial, ¿habría que proceder a ésta sin el otorgamiento de la escritura pública? ¿Son las transacciones declarativas y constitutivas inscribibles sin este requisito? En principio, no. ¿Incluye la transacción el aspecto formal el efecto sustitutorio de una sentencia declarativa o constitutiva?, ¿y si una de las partes se niega a la comparecencia?,

¿deberá la otra utilizar el medio del artículo 1.278 del Código Civil o iniciar el proceso de ejecución?, ¿bastaría para el reconocimiento de dominio el mandamiento judicial que contenga una providencia al efecto? Nosotros entendemos que el testimonio del auto aprobatorio de la transacción judicial como la certificación o testimonio del acta que contiene la avenencia en conciliación no son directamente inscribibles, y por las mismas razones apuntadas para este último caso. Otra cosa distinta es el Juez en ejecución de la transacción judicial "procesal" —1.816 CC— dicte un *nuevo auto* —mejor que una providencia— acordando la virtualidad del efecto declarativo o constitutivo de la misma. Siendo inscribible éste por testimonio y no aquél, por contener una decisión judicial. La transacción judicial que consta en documento privado no es formalmente una sentencia (la de condena daría lugar en último término a la indemnización sustitutoria). La naturaleza jurídica de la aprobación judicial no reviste a la transacción del carácter de decisión judicial, según apuntamos con anterioridad (26).

Decíamos que la cuestión era problemática porque debe plantearse en este punto, otra vez, la existencia o inexistencia de los presupuestos de la aplicación analógica de la jurisprudencia contenida en las tres idénticas Resoluciones de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988, sobre inscripción del convenio regulador de la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, tres son también las razones de la imposible asimilación de situaciones: 1.^a La naturaleza jurídica del convenio: el convenio es un acto típicamente procesal, donde el derecho que aplica el Juez, órgano decisor, es el derecho sustantivo. El convenio se produce y perfecciona *dentro* del procedimiento. Los cónyuges sólo "proponen", no contratan entre ellos. La aprobación judicial sustantiviza, da existencia a este parti-

(26) Si se reconoce un derecho inscrito, por ejemplo, la inscripción deviene ejecutiva por la propia naturaleza de la actuación registral, superándose las previsiones legales de eficacia de lo transigido —art. 1.816 CC, apremio—. Ejecución "declarativa", sin apremio. Si se reconoce el dominio inscrito de una finca y se acuerda la reducción de la superficie de otra, en un supuesto de demanda de doble inmatriculación, la transacción puede dar lugar a la cancelación de la demanda de doble inmatriculación anotada, pero aunque el reconocimiento dominical no dé lugar (que sí lo da: R de 12 marzo 1930) a asiento alguno la reducción de cabida requiere escritura pública, salvo que entendamos que la providencia ejecutoria de la transacción adoptada por el Juez, como diligencia conducente a la ejecución de "sentencia", acompañada del correspondiente mandamiento, o mejor aún, dado el objeto de la resolución, el auto por el que se acuerde la reducción, en base la transacción judicial, sería inscribible a través de su testimonio. En este caso, no se inscribe la transacción judicial "procesal" que consta en documento privado, sino la resolución judicial, ya que el artículo 1.816 del Código Civil sólo dice que producirá efectos de cosa juzgada y podrá hacerse efectiva por vía de apremio. Aunque se incorpore al proceso no forma parte de una decisión judicial —como sería el auto subsiguiente— y sólo causa de la finalización del litigio.

cular "negocio familiar". En el convenio hay tres partes, los dos cónyuges y el Juez, que actúa con *imperium*, que enjuicia, decide y resuelve. 2.^a La naturaleza jurídica de la transacción: la transacción es un contrato privado extrajudicial, al que puede dársele eficacia ejecutiva a través de la aprobación judicial. Aprobación condicionante no de la existencia del contrato ya perfecto, sino de su eficacia ejecutiva. La transacción judicial sólo abre la vía de apremio (arts. 919 y ss. LEC). La transacción no puede extenderse a cuestiones matrimoniales, y a pesar de lo que dice la doctrina, la indisolubilidad de los aspectos personales y patrimoniales del matrimonio se patentizan en la reforma del Código Civil, que al regular el convenio excluye la transacción, siendo el Juez el órgano decisor sobre un "negocio procesal" que se perfecciona dentro del procedimiento. 3.^a Las distintas consecuencias procesales del convenio y de la transacción. Resultado de las diferencias jurídicas existentes entre ambas figuras es la diversidad del título inscribible en cada caso. En el primer caso, según la Dirección General, es suficiente el testimonio judicial de la sentencia firme de separación, de la que el convenio forma parte (arts. 281 LOPJ, 3 LH y 34 RH). No el testimonio del convenio, que puede —debe— estar aprobado por el Juez antes de dictar sentencia y no es inscribible. En el segundo de ellos, el título inscribible será el testimonio de la sentencia ejecutoria, no del auto de aprobación de la transacción, o la escritura pública en que se documente el contrato privado (27).

Podemos concluir diciendo que, incluso en el caso de transacción judicial procesal, acentuado el paralelismo o identidad que a estos efectos presenta con la avenencia en conciliación, la sustitución de la sentencia por el contrato no opera formalmente (27 bis).

(27) En caso de la partición hereditaria, la aprobación judicial no impide el otorgamiento de la escritura pública. Incluso en el juicio ejecutivo la adjudicación del inmueble al mejor postor y la cesión del remate deben documentarse en escritura pública, conforme al artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las únicas salvedades de la adjudicación en pago de deuda (RR de 23 septiembre 1967 y 20 marzo 1968) y la cesión en el judicial sumario —tal y como prevé, con carácter general, la regla 17 del 131 de la Ley Hipotecaria— (R de 25 abril 1989). El artículo 224 del Reglamento Hipotecario así lo establece al ocuparse del título inscribible en el procedimiento ejecutivo ordinario. Según la STS de 9 de marzo de 1985 el otorgamiento de la escritura pública "entraña la consumación del contrato simplemente perfeccionado en la subasta a la que ha de seguir la liquidación de cargas, con el efecto consiguiente en el precio (art. 1.515) antes del otorgamiento de la escritura" (véase GARCÍA GARCÍA: *Código de legislación hipotecaria...*, Ed. Cívitas, 2.^a ed., Madrid, 1990, pág. 201, nota 31).

(27 bis) Esa equiparación entre transacción y acto de conciliación, en cuanto permite aplicar la jurisprudencia hipotecaria sobre la necesidad de escritura pública, tiene al tiempo un fundamento positivo. Los artículos 460.11, 4.º, para la conciliación preprocesal, y 692, III, para la intraprocesal, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 75 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral (según interpretación doctrinal) (véase PELÁEZ,

Sentencia ejecutoria

El testimonio de la sentencia ejecutiva —sentencia o auto ejecutorio— es el título idóneo para practicar la inscripción de la transacción judicial (28). Y ello, con independencia de la forma que adoptó o debió adop-

op. cit., págs. 248-249). Hoy, tras la publicación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990 (RD-L 521/90; *BOE* 1 mayo 1990), el artículo 84.4 señala que el acuerdo de conciliación "se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias", remitiéndose a la ley procesal en su artículo 234.1 (se elimina el empleo del término "apremio", como hizo la reforma de la LEC).

El efecto sustitutivo de la sentencia firme, simple o cualificado, no va más allá del nacimiento o no de un *título de ejecución*, según se trate de transacción extrajudicial o judicial extraprocésal —sustitución simple— o judicial procesal —sustitución cualificada— (jurisprudencial y doctrinalmente considerado: *op. cit.*, págs. 246-247 y 249 y ss.).

(28) Si es extrajudicial, aun constando en escritura pública, no es por sí misma inscribible —al requerir una ulterior actuación, como puede ser otorgamiento de otra escritura complementaria del acuerdo transaccional—, el carácter de título ejecutivo (art. 1429 LEC) del documento que recoge la transacción, o su oposición por vía de excepción, puede dar lugar a la condena del demandado, y su cumplimiento —según el caso— a ese otorgamiento complementario.

En este punto, conviene hacer algunas precisiones conceptuales. Según el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las "resoluciones de los Tribunales y Juzgados, en los negocios de carácter judicial, se denominarán: <Providencias>, cuando sean de tramitación. <Autos>, cuando decidan incidentes o... puedan producir a las partes un perjuicio irreparable... cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia. <Sentencias>, las que decidan definitivamente las cuestiones de pleito... <Sentencias firmes>, cuando no quepa contra ella recurso alguno... <Ejecutoria>, el documento público y solemne en que se consigne una sentencia firme". La Ley Orgánica del Poder Judicial reproduce, por su lado, esta misma clasificación.

Las providencias, resoluciones de mera tramitación o de "ordenación material" (como las denomina el art. 245.1.a) de la LOPJ) responden al necesario "impulso procesal" (de oficio) de las actuaciones, "cuando se producen los supuestos de hecho (procesales) contemplados por la ley", sin perjuicio de la mayor o menor complejidad de la decisión y de las distinciones doctrinales entre providencias de mera y de no mera tramitación. Se trata de resoluciones externamente no motivadas o sucintamente motivadas —arts. 248 LOPJ, 252 y 316 LEC— (DE LA OLIVA, A./FERNÁNDEZ, M. A.: *Derecho Procesal Civil*, Ed. PPU, Barcelona, 1988, t. II, págs. 131-133).

Los autos "son las resoluciones —'externamente motivadas'— que se dictan para resolver cuestiones de importancia, afectantes a los intereses de los litigantes dignos de protección, pero distintas de la cuestión principal o 'de fondo', distintas, por tanto, del objeto 'principal y necesario' del proceso... que deciden 'cuestiones incidentales' que no —le— pongan fin" (DE LA OLIVA, *op. cit.*, pág. 134. Ver arts. 369 LEC y 245A.b) y 248.2 LOPJ, y la observación de este autor, pág. 135, sobre la novedad introducida por la LOPJ —arts. 290 y 291— de dictar la resolución en virtud de la *propuesta de providencia o de auto*, realizada por el Secretario judicial).

La sentencia, finalmente, es la "decisión terminal del proceso", entre o no en el fondo del asunto, y particularmente si sobre él decide —condenatoria, absolutoria, declarativa...— (*op. cit.*, págs. 135 y ss.; arts. 369 LEC y 145A.c) LOPJ).

La sentencia firme se denomina, a su vez, "*sentencia ejecutoriada*", cuando "habiendo sido impugnada en tiempo y forma, no admite otras vías impugnadas" y "*sentencia consentida*", cuando no se recurrió (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia*

tar el contrato transaccional. Pero, según veíamos, esa sentencia si es de condena, salvo cumplimiento forzoso en forma específica ("diligencia conducente a la ejecución"), se traduce en una indemnización de daños y perjuicios, un embargo inmobiliario por impago y la venta en pública

de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Edersa, Madrid, 1984, pág. 370). Términos estos que no pueden confundirse con los de sentencia ejecutoria o ejecutiva y ejecutoria. Podríamos decir, que sentencia ejecutoria o ejecutiva es el resultado de la ejecución de una sentencia firme. La sentencia firme, de no cumplirse puntualmente por la partes en la medida que corresponda, puede hacerse efectiva a través del procedimiento ejecutivo. Dice el artículo 923 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen. En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria —la sentencia ejecutoria, debe entenderse—, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancias del acreedor..." Si por medios coercitivos, pues, no cabe hacer cumplir lo ordenado en la sentencia por tratarse de una actividad personal del condenado, la "indemnización resarcitoria viene a satisfacer... la resistencia" de éste (VÁZQUEZ IRUZBIETA, *op. cit.*, pág. 944). Y el artículo 926 añade: "Cuando en virtud de sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá inmediatamente a ponerlo en posesión de la misma... En otro caso, se procederá en la forma prevenida en los artículos 928 y siguientes para el resarcimiento de perjuicios". Cumplimiento forzoso en forma específica o indemnización sustitutiva, en definitiva, es el resultado de la ejecución.

"Si se trata de un inmueble, dependerá del título por el que la cosa deba entregarse al actor, distinguiéndose en este caso lo que es una sentencia declarativa —'basta ordenar la entrega de la posesión'— de lo que es una sentencia constitutiva de derecho —si 'debe agregarse... una actividad administrativa referente al Derecho registral, que es a lo que se refiere el artículo con la expresión <practicando a este fin las diligencias conducentes que solicite el interesado>'—" (VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 950).

La "ejecutoria", conforme al artículo 369 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no es un acto ni una sentencia, sino un título formal, el documento público y solemne que contiene una sentencia firme (arts. 596.7.º y 598 LEC). No deben confundirse con ella ni la sentencia ejecutoria o ejecutiva —resultado de la ejecución de sentencia, cuando procediere— ni la sentencia ejecutoriada —firme, recurrida y confirmada.

Así pues, los títulos inscribibles, resultado de la actuación judicial serán: mandamientos (que recogen literalmente una providencia firme), testimonios (de un auto o sentencia firme) o/y ejecutorias (de sentencia firme). Y, como advierte CAMY (*op. cit.*, pág. 178), en cuanto la sentencia o auto otorguen a los favorecidos por ellos un "título jurídico pleno de su derecho"— declarativo, reconocitivo, modificativo, traslativo...— serán directamente inscribibles, a través del oportuno testimonio. El problema surge, no obstante, del contenido que la resolución judicial revela, que puede sustituir o no a la escritura notarial, en tanto que el soporte de la demanda sea un documento privado. El procedimiento judicial puede dar lugar al otorgamiento de una escritura pública —art. 1.514 LEC— o a la protocolización de lo actuado —partición judicial—, y la amplitud de ese contenido nos obliga a analizar caso por caso, para calificar la idoneidad del título formal. La ejecución de sentencia, pues, a través de esas "diligencias complementarias" que recoge el mencionado artículo 926, puede imponer dicho otorgamiento, ante la negativa o rebeldía del condenado.

La jurisprudencia se ha ocupado de algunos supuestos concretos. La STS de 21 de diciembre de 1981 declaró que "no pueden practicarse la liquidación de gananciales ni las operaciones divisorias de una herencia en la vía de apremio de un juicio ejecutivo

subasta, dando lugar a la escritura pública de venta judicial —1.514 LEC— o al testimonio del auto que adjudica el bien al acreedor. Y si ejecuta una transacción declarativa o constitutiva, da lugar a una nueva resolución judicial —inscribible como tal y no como transacción. Siempre, pues, el

(VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *op. cit.*, pág. 105). La Resolución de 10 de julio de 1918, por su parte, señala que la sentencia declarativa del dominio sobre determinadas fincas no inscritas, consecuencia de un contrato privado de cesión, no es título inscribible (ROCA/MOLINA, *Jurisprudencia registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, t. V, pág. 211).

Otra cuestión, distinta de la anterior, es la de la naturaleza del mandamiento judicial, que inserta providencia al respecto, ordenando la extensión de determinado asiento registral, al que se acompaña testimonio de la resolución judicial. Si puede considerarse "diligencia conducente" a la ejecución de la sentencia firme y, en consecuencia, título inscribible idóneo. Y más aún, si cabe la analogía —no lo creemos— con aquellos supuestos que sin decidir el Juez —sentencia— están dotados excepcionalmente de ejecutabilidad, por la vía de apremio, como la transacción judicial y el acto de conciliación.

Todo ello nos lleva a la necesaria distinción conceptual del medio de ejecución según la naturaleza de la sentencia. La función jurisdiccional —como destaca DE LA OLIVA— abarca dos tipos distintos de actuaciones, que dan lugar a dos tipos diversos de proceso (proceso de declaración y proceso de ejecución). La tutela efectiva de la pretensión incluye, en definitiva, tanto el reconocimiento o aplicación del Derecho —sentencia decisoria— como la necesidad de "realizarlo". "El órgano jurisdiccional 'dice' el Derecho ante el caso concreto a través de un 'proceso de declaración'. Pero ese 'decir el Derecho' no se lleva a efecto de una sola manera. La pretensión marca, en principio, el tipo de *sentencia declarativa*. Y así puede hablarse de *sentencia meramente declarativa*, cuando el pronunciamiento se limita a declarar 'simplemente lo que se ajusta o no a las normas jurídicas (existencia o inexistencia de un derecho subjetivo, de una relación o situación jurídica...)', de *sentencia declarativa de condena*, cuando 'además de una declaración de lo jurídico —dirige—, un mandato a una de las partes (eventualmente a las dos)', y *sentencia constitutiva*, cuando se crea 'un estado, relación o situación jurídica'. Ahora bien, la sentencia por sí —sea declarativa, condenatoria o constitutiva— puede no ser suficiente. Y no es suficiente si el demandado no realiza o no tolera voluntariamente su contenido. Momento en que se abre el proceso de ejecución, ya que la potestad jurisdiccional se desarrolla 'juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado' (art. 117.3 de la Constitución y 2.1 de la LOPJ)". El proceso de ejecución, sin embargo, puede tener lugar sin fase declarativa previa y "no todo 'lo juzgado' necesita de un proceso de ejecución propiamente dicho" (como ocurre, según DE LA OLIVA, con las sentencias meramente declarativas y las constitutivas: *op. cit.*, t. I, págs. 61-63). "Ni la actividad —pues, señala FERNÁNDEZ— es 'siempre' un complemento necesario del proceso de declaración, ni a toda ejecución debe preceder 'necesariamente' un juicio declarativo" (*op. cit.*, t. III, pág. 4).

De esta forma, el primer problema registral, es el de la naturaleza de la sentencia. Sea meramente declarativa, constitutiva o de condena, sea simplemente "ejecutiva" —o ejecutoria—. Terminológicamente, denominamos aquí "ejecutiva" al resultado del proceso de ejecución o apremio, con independencia de su origen. Esto es, son inmediatamente ejecutivas, las que son resultado de un proceso de ejecución sin cognición previa, y mediatamente ejecutivas, aquellas en que la fase de ejecución se ve precedida del proceso declarativo (consecuencia de la ejecución "propia"). Por lo que, habida cuenta del distinto contenido del pronunciamiento judicial, y del carácter del procedimiento ejecutivo (que salvo ejecución específica, es netamente pecuniario), los títulos formales inscribibles serán: el testimonio o ejecutoria de las sentencias meramente declarativas y

instar la ejecución es necesario, pudiendo dar lugar esa actuación a un nuevo título inscribible que trae causa de la transacción judicial aprobada e incorpora al proceso que pone fin. Se necesita, en definitiva, ese "plus" de la actuación judicial (*decisoria*), siendo el Juez el que, dentro de su

constitutivas (acompañadas, en su caso, de "una serie de actividades" que... no representan más que un complemento de la sentencia "constitutiva": ejecución "impropia". Véase MORENO CATENA, V., en Cortés Domínguez y otros, *Derecho procesal*, E. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, t. I, v. II, pág. 369), que no requieran actuación ulterior del demandado, el testimonio de la adjudicación del inmueble en pago al acreedor, el testimonio de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el testimonio de la sentencia declarativa condenatoria, acompañado de las diligencias conducentes a su ejecución (cuando sean susceptibles de ejecución específica) y la escritura pública de adjudicación al mejor postor o de cesión del remate en ejecución ordinaria.

"Las sentencias 'meramente declarativas' y las 'constitutivas' (observa FERNÁNDEZ) no son susceptibles de ejecución forzosa. Ocasionalmente... pueden necesitar ciertas actuaciones complementarias destinadas a reforzar su efectividad práctica" —ejecución impropia—. Y de esas variadas *actuaciones*, destacan por su amplitud "las relacionadas con la inscripción o rectificación de un Registro público... en todo caso distintas de las que integran la ejecución ordinaria de sentencias de condena. Así, v. gr., la sentencia que declara la nulidad de un acto jurídico que causó una inscripción registral es inscribible en el Registro de la Propiedad al efecto de obtener la cancelación o rectificación del asiento correspondiente; la sentencia que declara la propiedad a favor de una determinada persona puede, a su vez, ser inscrita... Estos actos y otros de contenido similar tienen como origen la sentencia, son su complemento y deben ser acordados a instancia del interesado, pero nada tienen en común con el proceso de ejecución en sentido propio". Testimonio de la sentencia y mandamiento con inserción literal de la providencia, que acuerda la "ejecución" del título inscribible (o la simple expedición del testimonio, según el caso).

"Algo similar sucede con las sentencias constitutivas..., v. gr., la sentencia que divide la cosa común debe complementarse con las actividades necesarias para que cada condómino obtenga la propiedad resultante de la división, y que puede incluir la venta de un bien en pública subasta: la sentencia de divorcio. En ningún caso debe ponerse en relación la ejecución impropia con la ejecución de títulos ejecutivos de naturaleza extrajudicial, —que— son siempre ejecución en sentido propio" (*op. cit.*, t. III, págs. 4-5).

A diferencia de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, "la sentencia firme 'de condena' es el título ejecutivo por excelencia... A ella se equiparan... ciertos títulos ejecutivos (laudo arbitral..., convenio obtenido en conciliación)". Las primeras "no incluyen declaración de responsabilidad" y las segundas producen "plenos efectos jurídicos... de modo inmediato" (*op. cit.*, pág. 41).

La sentencia de condena legítima, pues, para el ejercicio de la acción ejecutiva, y se fundamenta en efectividad de la prestación mediante la responsabilidad patrimonial del condenado, con independencia de la naturaleza de aquella. El problema lo plantean las condenas ilíquidas (dar alguna cosa, hacer o no hacer), ya que el procedimiento es típicamente pecuniario. Si no cabe el cumplimiento forzoso en forma específica, surge la liquidación de la "deuda ilíquida" y el resarcimiento de daños y perjuicios. La oposición del condenado a la entrega o realización de la prestación se traduce en su responsabilidad patrimonial universal (embargo de bienes, anotación preventiva, venta en pública subasta, testimonio o escritura pública). Ahora bien, por lo que a inmuebles se refiere, antes de esa liquidación advertida, cabe instar la ejecución específica mediante la adopción de las "diligencias conducentes que solicite el interesado... En otro caso, se procederá en la forma prevenida en los artículos 928 y siguientes para el resarcimiento

propia competencia, quien debe arbitrar el medio de ejecución más conveniente.

Y dejamos en manos del Juez o Tribunal la decisión, porque incluso esta posibilidad —nuevo auto decisorio— es problemática. En la doctrina, Peláez (también puede verse la legislación general sobre ejecución de sentencias: 28), partiendo del punto de referencia que nos ofrece la ley procesal en materia de conciliación, que no supera los límites del nacimiento de un título de ejecución (en la preprocesal inferior a 500.000 pesetas, en la intraprocésal y en la laboral) o de un título ejecutivo (en la preprocesal superior a 500.000 pesetas, si consta ya en escritura pública —art. 1.429.1.º—, y a pesar de su consideración como documento público y solemne —art. 476), Peláez —decíamos— que estudia la eficacia de la transacción estrictamente judicial (procesal), entiende que sólo serán ejecutables las transacciones cuyo contenido se asemeja a las sentencias mero-declarativas o constitutivas y sí las de condena —dar, hacer o no hacer—. Con lo que, de no ser viables las diligencias conducentes a la ejecución de lo acordado sobre el inmueble en cuestión (que es donde nosotros ubicamos la nueva providencia o auto), la transacción de condena dará lugar al embargo preventivo y a la subasta pública, se traducirá en el resarcimiento de daños y perjuicios, y la transacción declarativa o constitutiva tendrá que documentarse inexorablemente en escritura pública (*op. cit.*, pág. 267-269). No es otro el efecto sustitutorio, la forma no está incluida en el artículo 1.816 del Código Civil, que de manera excepcional atribuye a la

de perjuicios" (art. 936 en relación al 923 de la LEC). "Cuando la sentencia condene a entregar una cosa inmueble, el Juez deberá proceder inmediatamente (mediante auto) a poner al —ejecutante— en posesión de ella" (FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 277). Y si condena a emitir una declaración de voluntad, "el Estado puede sustituir —con carácter excepcional— al deudor en la emisión de voluntad, como en la determinación del objeto sobre el que la voluntad debe recaer... —siempre que— pueda resultar indispensable" —o el objeto esté determinado en la sentencia (casos de pública subasta, adjudicación en pago, formalización judicial del compromiso, en virtud del contrato preliminar de arbitraje: *op. cit.*, 278).

(29) ALONSO FURELOS, J. M.: *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el Derecho español*, ed. autor, Córdoba, 1989, pág. 153: así lo entiende este autor respecto de las medidas provisionales que afecten a la administración y disposición de los bienes (susceptibles únicamente de anotación preventiva).

(30) En CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, 11.ª ed., Madrid, 1987, págs. 1012 y ss., 1017 y 1018.

PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, t. IV, 2.ª ed., Barcelona, 1985, págs. 83 y 84.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1986, págs. 154 y ss.; véase págs. 155 y 158.

ROCA TRIAS, E., en Amorós Guardiola y otros, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, v. I, págs. 540 y ss., y en particular 545-548, 554-555, 559, 566-567.

transacción judicial —procesal— el carácter de título de ejecución, no de escritura notarial (31).

Escritura pública

Si la transacción constaba en escritura pública, como hemos advertido, y ésta es directamente inscribible, no sería necesaria instar la ejecución en cuanto al contenido objeto de registración, a menos que la ejecutoria sirva de complemento —por ejemplo, identificando el inmueble o alguna circunstancia esencial impeditiva de la inscripción no subsanable de otra forma.

Documento privado

Después de lo expuesto, parece claro que la transacción judicial que incorpore al proceso un documento privado sólo puede acceder al Registro mediante la oportuna ejecutoria, que refleje la tradición operada, en su caso, y sin que baste el testimonio judicial del auto aprobatorio.

G) ANEXO: RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES DE 25 DE FEBRERO, 9 Y 10 DE MARZO DE 1988

1.º SUPUESTO DE HECHO Y NOTA DE CALIFICACIÓN

Se presenta en el Registro un mandamiento judicial ordenando la inscripción del convenio regulador de la separación, en virtud de sentencia

(31) La Resolución de 28 de septiembre de 1876 dice: "Considerando que la verdadera cuestión del presente recurso gubernativo consiste en resolver si una vez convenido... en *¿juicio verbal* promovido... la venta de las dos terceras partes de la casa, objeto del litigio..., tenía facultades el Juez de Paz... para otorgar como otorgó en nombre y por la resistencia del —obligado a ello— la escritura de venta... Considerando que las leyes no conceden a esta clase de *convenios y transacciones*, por más que sean hechas en juicio, el valor de cosa juzgada, y que aun cuando fuese posible dar a la de que se trata la misma fuerza que el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara para lo convenido en *acto de conciliación* (o transacción judicial "procesal", podemos añadir), es indudable... que sólo puede llevarse a efecto por el Juez de Paz, si no excediese de la cantidad prefijada, y si excediese de esta suma..., por el Juez de primera instancia, de la manera y en la forma prevenida para la ejecución de las sentencias... Considerando... la falta de competencia del expresado Juez de Paz, por la cuantía de la cosa litigiosa, para llevar a efecto el referido convenio" (ROCA/MOLINA, *op. cit.*, t. I, págs. 656-658).

Esta Resolución deja entrever la posibilidad del otorgamiento de la respectiva escritura de venta por Juez competente, en trámite de ejecución de sentencia, como medio de hacer efectiva la transacción (diligencia conducente a la ejecución), en el mismo sentido apuntado (actuación judicial complementaria: nuevo auto o escritura pública).

firme estimatoria de la demanda, que aprueba la liquidación de la sociedad conyugal y las adjudicaciones resultantes, según testimonio acreditativo de ambos extremos —sentencia y convenio—.

El Registrador suspende la inscripción por no constar la elevación a escritura pública del convenio regulador de la separación que la sentencia aprueba y, en su caso, la aportación de aquélla.

2.º FUNDAMENTO DEL RECURSO

El recurrente, en base a la consideración general de documento público o auténtico de los testimonios judiciales (arts. 3 LH, 34 RH, 1.280.3.º y 1.216 CC y 596 LEC), fundamenta la inscribibilidad de la adjudicación inmobiliaria contenida en el convenio regulador en la disposición adicional novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que prevé la inscripción de las sentencias de separación, concepto que incluye tanto sus efectos personales como patrimoniales.

3.º INFORME DEL MAGISTRADO-JUEZ

Sobre la distinción de la diferente tramitación procesal de las demandas que se interponen de común acuerdo o de forma contenciosa, señala como título inscribible idóneo, para las primeras, el testimonio de la resolución judicial, que aprueba el convenio, ya que es el Juez el que efectúa "la calificación sobre la —procedencia— de los acuerdos sometidos a su consideración" (disp. ad. 6.ª.2 de la Ley 30/1981 y 90 del CC), y el testimonio del auto aprobatorio de la liquidación de la sociedad conyugal o el acta de protocolización de las operaciones particionales, en trámite de ejecución de sentencia (arts. 95, 1.410, 1.081, 1.083 y 1.092 del CC), para las segundas.

4.º INFORME DEL REGISTRADOR

Sin cuestionar el carácter público del testimonio judicial, entiende que la disposición adicional novena de la Ley 30/1981 no se está refiriendo a la liquidación de la sociedad conyugal, sino a los efectos personales de las sentencias o resoluciones judiciales que afectan a la capacidad (art. 2.4 LH), y que los efectos de las sentencias de separación —arts. 83 y 95 CC— no son liquidatorios ni atributivos de la titularidad dominical de los bienes, consistiendo la aprobación judicial del convenio un mero acto aprobatorio

de la voluntad de las partes, que no forma parte de la voluntad decisoria judicial. La aprobación, pues, "no altera el *carácter contractual* del convenio, y la misma no eleva a público el documento privado firmado por los cónyuges", como ocurre con la partición hereditaria (normas que deben aplicarse supletoriamente por la remisión del art. 1.410 del CC hace). "Es un mero control". El convenio, pues, es una transacción judicial "procesal", y como tal la escritura pública es ineludible, según este criterio.

5.º AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

El Presidente, sin embargo, interpreta la legislación en el sentido de que "el convenio... se integró plenamente en la ejecutoria... incardinándose en la ejecutoria y constituyendo su propia y específica entraña". Así pues, no estamos ante una transacción judicial procesal que se hace efectiva por su ejecución —caso ordinario— y que habilita el testimonio como título inscribible, sino ante la ejecución de una sentencia judicial que incluye la liquidación patrimonial de la sociedad conyugal (entendemos nosotros: en otro caso, la titulación idónea sería la misma, pero las razones distintas).

6.º DISPOSICIONES INVOCADAS

- Disposición adicional novena de la Ley 30/1981: "Las sentencias de separación, nulidad y divorcio... A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio".
- Artículo 81.1.º del Código Civil: "... Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".
- Artículo 86, párrafo 2, del Código Civil: "... deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta del convenio regulador de sus efectos —divorcio—, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".
- Artículo 90, párrafos 2, 3 y 4, del Código Civil: "Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobadas por el Juez, salvo si... Desde la aprobación, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.
Las medidas... convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente..."

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio".

- Artículo 103.4.^a del Código Civil: El Juez, si no existe convenio aprobado —si no lo aprobó él—, deberá "señalar... los bienes gananciales o comunes que... se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición..." (la capacidad decisoria se reserva al Juez: art. 81 habla de "propuesta" con la limitación del 103).

7.º RESOLUCIÓN: DOCTRINA

"... Se trata en el presente supuesto de un acuerdo de los cónyuges que *acontece —y se perfecciona— dentro de la esfera judicial* y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado —civil— de casado..." (Considerandos 2.º y 3.º).

La Dirección General, en consecuencia, excluye la posibilidad de transacción procesal y acentúa el carácter judicial de la decisión, en consonancia con el artículo 1.814 del Código Civil, al tiempo que concatena indisolublemente los efectos personales y patrimoniales del matrimonio. El mal llamado "convenio" (sólo lo es en atención a su origen), la denominada "propuesta de convenio" se perfecciona —nace— dentro del proceso. Y sólo la sentencia firme, cuando medie demanda de separación, nulidad o divorcio, disuelve el régimen económico del matrimonio (29).

8.º COMENTARIO: NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO

Ni que decir tiene que la naturaleza jurídica del convenio va a ser determinante de la idoneidad de la forma. Precisamente, éste es el punto sobre el que resuelve el recurso, el carácter judicial y no contractual del convenio.

No obstante, la cuestión no es pacífica en la doctrina. La problemática gira en torno a la importancia o valoración que se haga de la intervención judicial, y particularmente en aquellos casos en que la voluntad de las partes se mantiene tras la homologación judicial. En principio, dos cuestiones apartan al convenio del contrato, la naturaleza del propio derecho de familia (*ius cogens*) y su integración en el contenido de la sentencia (no podemos admitir, si el convenio es parte de la sentencia, que se haya perfeccionado extrajudicialmente; igual que en caso de la propuesta de providencia, el conforme del Magistrado la convierte en resolución judicial), y una sola la acerca a él, la autonomía de la voluntad que la propia

ley pondera (plena autonomía de la voluntad limitada por el orden público —hijos—). La extensión de las facultades del Juez, al entrar en el fondo del asunto, delimita esa autonomía, según su actuación se limite a proteger los mutuos intereses de las partes —cónyuges e hijos—, afectando determinados bienes a las cargas familiares o asegurando su levantamiento, o revise el acuerdo en profundidad entrando de lleno en la equivalencia de las prestaciones y en la identidad, cuantitativa y cualitativa, de lo adjudicado, sin que los cónyuges puedan de común acuerdo —reconocimiento o renuncia— enervar los preceptos legales sobre liquidación de la sociedad conyugal. La extensión, pues, de su facultad decisoria u "homologadora" y el propio fundamento de la denegación, la modificación del convenio (en caso de que la nueva propuesta elimine el obstáculo que motivó la decisión judicial) o la adopción unilateral de las medidas procedentes (art. 103 CC, en defecto de convenio "aprobado"), cuando sea objeto de recurso por una o para ambas partes, irá delimitando el ámbito contractual y judicial del convenio. Hoy por hoy, el que decide es el Juez, el convenio es parte de la sentencia, y el carácter contractual se presenta muy debilitado (la Dirección General dice que se perfecciona dentro del proceso). La autonomía de la voluntad sólo opera como propuesta, y sólo si prospera, habría identidad entre lo querido y decidido.

En la doctrina, García Cantero entiende que "'los efectos de las sentencias de nulidad, separación o divorcio será los que los cónyuges determinen de común acuerdo'. La filosofía que inspira tal regla —art. 90 CC— es que nadie mejor que los propios cónyuges para fijar las consecuencias que se deriven de una sentencia estimatoria recaída en un proceso matrimonial, evitándose así la intromisión judicial en la esfera íntima de la familia. El único requisito legal es el de la aprobación judicial para controlar el posible daño para los hijos o el grave perjuicio para uno de los cónyuges". Autonomía de la voluntad limitada por el artículo 1.814 del Código Civil (consentimiento a la separación o divorcio por compensación económica), la igualdad entre los cónyuges (principio constitucional) y las normas imperativas del Código Civil (30).

Puig Brutau, recogiendo la postura de López Alarcón, acentúa el carácter de negocio jurídico bilateral y familiar del convenio, y destaca, por su lado, la delicada función que la reforma atribuye al Juez (30).

Díez-Picazo y Gullón destacan que el "carácter contractual —del convenio— no tiene por qué desaparecer si el papel que se otorga a la autoridad judicial es el de simple homologación... —sin embargo— no nos encontramos ante un puro negocio jurídico de Derecho Privado, sino ante un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública —preponderante—" (30).

Roca Trías, finalmente, señala "la relatividad del papel de la voluntad de los interesados", derivada "del contenido y del control judicial", y poniéndole en relación con la transacción y con la subsistencia del 1.814 (que prohíbe la transacción sobre "un estado civil determinado"), añade "en el convenio sólo se transige sobre cuestiones patrimoniales derivadas de una situación personal que se consolida en virtud de la sentencia". Y respecto al título inscribible, aboga, dada la libertad de formas en materia de convenios y la exigencia de forma pública para la inscripción, en la idoneidad de la sentencia que aprueba el convenio, ya que lo que se inscribe es aquélla y no éste (30).

Luis M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad